

# Les droits subjectifs, outils premiers et naturels du Droit de la compliance

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE<sup>1</sup>**

*Agrégée des facultés de Droit,  
professeur de Droit de la régulation et de la compliance,  
Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

**Résumé.** Dans la conception traditionnelle de l'architecture des secteurs régulés par le Droit et dans le Droit de la compliance qui prolonge les techniques étatiques de régulation, les droits subjectifs ont peu de place. Désormais cette configuration n'a plus lieu. Au contraire, les droits subjectifs sont aujourd'hui au cœur, ils le seront de plus en plus : ils sont et seront les outils premiers du Droit de la compliance. Pourquoi ? Parce qu'ils constituent un « outil » d'une grande efficacité pour assurer le fonctionnement entier d'un système dont les buts sont si difficiles à atteindre. Puisqu'il faut faire feu de tout bois pour concrétiser ces buts, les autorités publiques non seulement s'appuient sur la puissance des opérateurs cruciaux, mais encore distribuent des prérogatives aux personnes qui, ainsi incitées, activent le système de compliance et participent à la réalisation du « but monumental ». Les droits subjectifs peuvent s'avérer les outils les plus efficaces pour atteindre effectivement les buts fixés, à tel point qu'on peut les considérer comme des « outils premiers ».

Mais il convient d'avoir plus de prétention et de concevoir les droits subjectifs comme les outils les plus « naturels » du Droit de la compliance. En effet, parce que tous les « buts monumentaux » par lesquels le Droit de la compliance se définit peuvent se ramener à la protection des personnes, c'est-à-dire à l'effectivité de leurs prérogatives, par un effet de miroir entre les droits subjectifs donnés comme moyens par le Droit aux personnes et les droits subjectifs qui constituent le but même de tout le Droit de la compliance, notamment la protection de tous les êtres humains, même s'ils sont en situation de grande faiblesse, les droits subjectifs deviennent un « outil naturel » du Droit de la compliance. Nous ne sommes donc qu'à l'orée de leur déploiement et c'est

---

1. Cet article s'appuie sur un document de travail bilingue, doté de développements techniques complémentaires, de références et de liens hypertextes. Il est librement accessible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/les-droits-subjectifs-premiers-outils-naturels-du/>

sans doute sur eux que pourra se réguler l'espace digital dans lequel désormais nous vivons, afin que nous n'y soyons pas étouffés et qu'il constitue pour nous tous un espace civilisé.

Dans cette conception plus ambitieuse d'« outils naturels », les droits subjectifs sont l'avenir du Droit de la Compliance.

**Introduction.** Il fut un temps où les techniques de régulation n'étaient avant tout que des calculs de la meilleure tarification, repris par des entreprises en monopole, tandis que les techniques de compliance n'étaient qu'obéissance aux prescriptions qui nous régissent. Tout cela pouvait donc n'être qu'affaire de règles à calcul et de badines, maîtrisées par des ingénieurs, et n'être constitué que de réflexes mécaniques de « conformité » à toutes sortes de normes grâce au corset qui assure que chacun soit plié devant celles-ci. Dans la perspective d'une régulation et d'une compliance ainsi conçues, c'est-à-dire dans leur seule efficacité, il ne serait pas requis d'insérer des prérogatives pour les personnes. De telles prérogatives ne pourraient d'ailleurs qu'être source d'inefficacité, de coût et de contestation, tandis que l'ordre viendrait des chiffres posés à l'avance et de *process* maîtrisés.

Les systèmes ont depuis évolué pour intégrer au contraire ces prérogatives de chaque personne : les droits subjectifs. Cette évolution est-elle vraiment acquise ? Sans doute plus effectivement dans le Droit de la régulation que dans son prolongement qu'est le Droit de la compliance. Cela peut étonner puisque le Droit de la compliance, en ce qu'il déploie le Droit de la régulation dans les entreprises, devrait au contraire favoriser les droits subjectifs en rencontrant l'entreprise, laquelle est un groupement de personnes... Mais la réticence moderne à définir l'entreprise comme un groupe de personnes et la préférence donnée à une définition de l'entreprise comme un « actif », un « bien » dont des investisseurs seraient les propriétaires, explique sans doute la mise à l'écart des droits subjectifs non seulement en régulation mais encore dans le Droit de la compliance, alors même que celui-ci se déploie dans l'espace de l'entreprise.

En outre, si la régulation est depuis longtemps l'objet d'une branche du Droit dans laquelle les droits ont pleine place, la présentation de la compliance par le terme de « conformité », désignant ainsi l'assurance avérée de l'obéissance à toutes les règles applicables, ne laisse pas d'espace aux prérogatives des personnes, les droits apparaissant à l'inverse comme des résistances à l'obéissance qui serait attendue d'elles. Là encore, l'attente de ce qui serait un bon rapport de conformité entre des comportements et des prescriptions s'obtiendrait par un « design », l'informatique étant la nouvelle forme du calcul, amélioré par des outils de précision où l'être humain n'est pas requis. La faillibilité de celui-ci et le peu de confiance que l'on devrait lui faire conduisent même à exclure les personnes des outils de compliance et à concevoir la compliance entre machines, non seulement pour alerter des défaillances, mais encore pour

fabriquer les « réglementations » et connecter celles-ci, dans un « tissu réglementaire » sans maille sautée, enveloppant entièrement les êtres humains. Le règne des machines, qualifiées d'« intelligentes », serait venu.

Cela serait donc comme à regret, et sans doute parce que quelques juridictions constitutionnelles attachent encore quelque prix à des droits fondamentaux, que les systèmes de conformité des comportements aux règles font quelques places aux prérogatives des personnes, à leurs droits subjectifs premiers. L'on dit parfois que cette concession fait partie des coûts. Cela serait donc comme par un « forçage » que les droits subjectifs existeraient dans les systèmes de compliance, une sorte de prix que l'efficacité de la compliance doit verser en tribut à l'État de Droit. Une dépense somptuaire...

Si, dans une définition pauvre, l'on admettait que la compliance ne soit que cette « conformité », débouchant sur un paysage dans lequel les comportements des personnages s'ajustent aux règles gouvernant les situations, la compliance n'étant que la façon la plus « efficace » d'assurer l'application des règles, dans une perspective mécanique du Droit, alors il faudrait effectivement réduire les prérogatives des personnes à une part congrue, car tout « surcoût » a vocation à disparaître, même s'il est ici produit par les exigences constitutionnelles. Dans la bataille qui s'annonce entre l'efficacité d'application des règles et le souci des prérogatives juridiques des personnes, lesquelles devraient avant tout obéir et non pas revendiquer leurs droits – surtout lorsqu'il s'agit de leur droit à ne pas obéir ou de leur droit à garder des secrets dans des techniques de compliance qui reposent sur la centralisation des informations –, l'efficacité de l'efficacité ne pourrait que, par la puissance même de cette tautologie, l'emporter...

La défaite pourrait n'être pourtant pas totale ; la collaboration serait encore possible et active entre des personnes se prévalant de leurs droits subjectifs et le Droit de la compliance. En effet, par de nombreux aspects, si les droits subjectifs ont été reconnus dans les systèmes de compliance, c'est non seulement parce que le Droit de la compliance, comme toute branche du Droit, ne peut se déployer que dans le respect des droits fondamentaux gardés par les textes juridiques fondamentaux, mais aussi en raison de l'efficacité des droits subjectifs comme « outils de compliance ».

C'est parce qu'ils constituent un « outil » d'une grande efficacité pour assurer le fonctionnement entier d'un système dont les buts sont si difficiles à atteindre, parce qu'il faut faire feu de tout bois pour concrétiser ces buts, que les autorités publiques non seulement s'appuient sur la puissance des opérateurs cruciaux, mais encore distribuent des prérogatives aux personnes qui, ainsi incitées, activent le système de compliance et participent à la réalisation des « Buts Monumentaux ». Les droits subjectifs peuvent ainsi s'avérer être les outils les plus efficaces pour atteindre effectivement les buts fixés, à tel point qu'on peut les considérer comme des « outils premiers » (I).

Mais il convient d'avoir plus de prétention, voire de renverser la perspective. En effet, parce que tous les « buts monumentaux » par lesquels le Droit de la compliance se définit peuvent se ramener à la protection des personnes, c'est-à-dire à l'effectivité de leurs prérogatives! S'opère alors un effet de miroir entre les droits subjectifs donnés par le Droit aux personnes et les droits subjectifs qui constituent le but même de tout le Droit de la compliance, notamment la protection de tous les êtres humains, même s'ils sont en situation de grande faiblesse. Dans cette perspective plus ambitieuse, les droits subjectifs deviennent un « outil naturel » du Droit de la compliance (II).

## **I. LES DROITS SUBJECTIFS, OUTILS LES PLUS EFFICACES POUR UNE COMPLIANCE EFFECTIVE**

Prérogatives juridiques dont sont titulaires tous les sujets de droit, les droits subjectifs sont aujourd'hui résolument bienvenus dans les systèmes économiques régulés. Ils le sont non pas parce que ceux-ci auraient été capturés par les intérêts particuliers, selon la critique générale formulée par Carbonnier regrettant le temps d'une société régie par la Loi commune à tous et égale pour tous, aujourd'hui « pulvérisée » en une multitude de droits subjectifs, ce mouvement traduisant l'inégalité de puissance qui se déploient dans les rapports entre les personnes. Non, les droits subjectifs sont bienvenus parce qu'ils font mieux fonctionner le système de régulation.

En effet, la multiplication des droits subjectifs n'est pas signe d'un affaiblissement de l'État et de ses autorités publiques : elle est au contraire la nouvelle forme que prennent la puissance et la souveraineté, renforcées par la distribution de ces puissances particulières que sont les droits subjectifs à des sujets de droit afin qu'ils contribuent à la mise en œuvre effective des systèmes de régulation (A). Cela est encore plus net dans le Droit de la compliance, qui a inventé des nouveaux droits subjectifs, dont le si célèbre « droit à l'oubli » (B).

### **A. LA MULTIPLICATION DES PRÉROGATIVES INDIVIDUELLES DANS LES SYSTÈMES ÉCONOMIQUES RÉGULÉS PAR LE DROIT DE LA RÉGULATION ET DE LA COMPLIANCE**

Il fut un temps où la puissance de l'État suffisait pour réguler, par la réglementation, les secteurs régulés, à tel point que l'on confondait « réglementation » et « Régulation », tandis que les droits subjectifs demeuraient dans ce qui était la boîte noire aussi bien des marchés que des secteurs régulés : les entreprises (1). Les droits subjectifs étaient d'autant plus absents comme « outils efficaces » que le Droit de la concurrence interdisait à l'État d'utiliser pleinement le « plus absolu » des droits subjectifs qu'est le droit de propriété pour poursuivre l'intérêt général à travers les entreprises publiques, tandis que la jurisprudence admettait pour d'autres l'usage du droit d'action contre l'État, obligeant celui-ci

à rendre des comptes pour les décisions prises par des régulateurs devenus pourtant indépendants de lui. Reconnaissons qu'il y a de quoi, pour les pouvoirs législatif et exécutif, douter du bénéfice apporté par les droits subjectifs dans les systèmes de régulation publique... Cela a changé lorsque le Droit de la régulation a été touché par le Droit processuel (2).

### **1. La puissance unilatérale de l'État, jadis suffisante pour régir les espaces économiques**

L'arrivée des droits subjectifs dans le Droit de la régulation s'est opérée avec fracas, contrariété et grande difficulté. Cela ne peut se comprendre que par un retour en arrière, dans ce qui fut la construction du Droit de la régulation, dans lequel le Droit de la compliance est ancré.

Précédemment, la régulation de l'économie par l'État, affaire plutôt du Droit public, ne faisait guère de place aux droits subjectifs qui étaient appréhendés comme les prérogatives particulières dont les personnes ordinaires sont titulaires pour exprimer et défendre leurs intérêts. D'une façon générale, le Droit économique fait relativement peu de place aux prérogatives des personnes au cœur même du fonctionnement du système, considérant notamment que le bon fonctionnement de la libre concurrence est un principe objectif d'ordre public, qui n'a ainsi ni pour source ni pour conséquence un « droit subjectif à la concurrence ».

Y compris au niveau constitutionnel, le système de concurrence est ainsi construit sur un espace, dans lequel les personnes se meuvent grâce à un principe de liberté, liberté dont elles sont titulaires et qui se décline notamment dans la liberté contractuelle, l'autonomie de leur volonté y suffisant dans les limites des lois particulières. Ainsi la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est-elle généralement présentée comme ce qui concrétise et renforce les trois libertés de circulation (des personnes, des capitaux et des marchandises) et non pas ce qui protège des droits subjectifs. D'une façon plus générale, pour le fonctionnement d'une économie libérale, les seuls droits subjectifs requis portent sur les biens, le « droit de propriété » étant d'ailleurs dans les esprits britannique et américain intime de la liberté d'entreprendre : la liberté d'entreprise suppose au bénéfice de personnes juridiques autonomes une maîtrise de choses accédant par leurs disponibilités au statut juridique de « biens ». Cette alliance de disponibilité et de maîtrise suffit à définir classiquement le système économique de propriété. Convergeant avec la liberté d'entreprendre, elle fonde l'économie libérale, qui n'aurait pas besoin de plus.

L'admission des droits subjectifs paraissait encore moins utile ou même pertinente dans le Droit de la régulation, dans lequel propriété et contrat ne sont pas des instruments de premier plan, dès l'instant que le Droit de la régulation était plutôt défini comme la façon pour l'État d'insérer son souci de l'intérêt général et du temps long au-delà des intérêts singuliers que les personnes

transforment en prérogatives particulières que sont leurs droits subjectifs et qu'elles exercent entre elles (droits subjectifs personnels) ou sur des choses (droits subjectifs réels) mais dont on suppose qu'ils n'expriment pas davantage que leurs intérêts. C'est ainsi que les économistes identifient purement et simplement un « droit » (notamment le droit de propriété) à la maîtrise exercée par une personne dans son intérêt sur une situation. Il est ainsi affirmé que les actionnaires seraient « propriétaires » de l'entreprise, puisqu'ils en ont la maîtrise par le droit de vote lié à la détention du capital. Cela est juridiquement faux et ce contresens sur la nature du droit subjectif des titulaires de titres de capital, par exemple les actionnaires, a engendré de très grandes difficultés. Cela s'explique en partie par l'absence en Droit économique de droits subjectifs.

En effet, le Droit économique des espaces, qu'ils soient de marchés concurrentiels ou des marchés régulés, relève plutôt de la puissance des États (la « puissance publique » au service du « service public »). Par son pouvoir sanctionnateur l'État réajuste ces espaces en *ex post* s'il y a un comportement perturbateur (Droit de la concurrence) tandis que, par son pouvoir normatif réglementaire, il les organise en *ex ante* (Droit de la régulation). Dans ces conditions, les droits subjectifs peuvent sans dommage être absents du Droit de la régulation qui construit les secteurs et les maintient en équilibre. Par exemple, le Droit de la régulation énergétique qui fixe les tarifs ou organise les enchères, ou le Droit de la régulation des marchés financiers qui assure la bonne information et réprime les abus de marché. Ce sont toujours des principes objectifs, mis en œuvre par des réglementations et sanctionnés par des autorités publiques. Même lorsque, dans une définition où la régulation ne serait que l'accessoire de la concurrence, le Droit de la régulation ne se définissant que comme la voie par laquelle un marché concurrentiel est établi, la régulation n'étant que ce qui accompagne la libéralisation, les droits subjectifs ne sont pas davantage requis puisque le Droit de la concurrence ne fait pas beaucoup plus place aux droits subjectifs.

En effet, le droit de propriété étant lui-même réduit à la puissance de disposer des biens, il est associé à la liberté contractuelle : la puissance qui résulte de l'association du droit de propriété et de la liberté contractuelle est mise au service de la circulation des marchandises. Plus encore, alors que l'entreprise publique – par le contrôle donné par la détention d'une partie du capital – aurait pu permettre à l'État de réguler *via* un opérateur crucial un secteur, les autorités de concurrence, en neutralisant la spécificité de l'État-actionnaire, lui enjoignent de se comporter comme un investisseur ordinaire, lui interdisant ainsi d'utiliser la puissance politique du droit de propriété, offerte par le droit de vote et les sièges dans les différents organes sociétaires de la personne morale.

## 2. L'admission *de jure* des droits subjectifs classiques, conséquence de l'intégration de la régulation et de la compliance comme éléments de l'État de Droit

Les évolutions viennent le plus souvent de la procédure. Sans doute parce que c'est par cette façon douce de faire que les mouvements les plus profonds se font. Cela montre aussi que l'opposition souvent mise en exergue entre *Civil Law* et *Common Law* n'est pas si pertinente puisque le juge, tiers à la situation à laquelle il faut apporter solution, est donc dans l'un et l'autre des deux systèmes au centre de ceux-ci et qu'il faut toujours emprunter ce parcours qu'est la procédure pour parvenir au maître des systèmes qu'est le juge, maître caché dans le premier système de *Civil Law*, agissant à découvert dans le second système de *Common Law*, mais maître toujours. Le Conseil d'État, juridiction administrative, ne se cache d'ailleurs guère pour s'affirmer dans le Droit de la Régulation ouvertement comme étant le « Régulateur des régulateurs ».

Lorsque la Cour de cassation par l'arrêt *Oury* du 5 février 1999 qualifia les autorités de régulation de « tribunal », elle injecta dans la totalité des secteurs régulés, dans lesquels le régulateur est lui-même le maître, l'ensemble des droits subjectifs processuels : le droit de saisir l'autorité de régulation, le droit de débattre devant elle et de se défendre, le droit de bénéficier de son impartialité objective, le droit de contester sa décision y compris devant une juridiction judiciaire. Cette première révélation du Roi nu, dont le manteau somptueux qu'est la distinction du Droit privé et du Droit public s'évapore dans le Droit processuel, beaux habits dont le Droit de la compliance achève de dissoudre la vision ; c'est pour mieux restaurer les ambitions que l'État peut prétendre exprimer puisque celui-ci fixe les buts que les entreprises doivent avoir le souci effectif d'atteindre.

Mais ce droit subjectif processuel de contester en *ex post* ce que dit l'État dans son travail d'architecte des secteurs conduit à un corpus jurisprudentiel du Droit de la régulation et a produit, dans tous les secteurs régulés, par un « *ex ante* cognitif », un phénomène de construction commune des règles entre les autorités et les entreprises, qui n'est plus contesté, et même approuvé.

Le phénomène est accru dans le Droit de la compliance, celui-ci étant le prolongement du Droit de la régulation. Les droits subjectifs processuels des sujets de droit que sont les entreprises, droits très développés en raison de l'ampleur des « outils répressifs » dans cette branche du Droit, accompagnent la « juridictionnalisation de la compliance », laquelle conduit notamment l'entreprise à devenir juge d'elle-même.

Ces droits subjectifs sont donc entrés d'une façon relativement violente dans les mécanismes de régulation et de compliance, mais s'ancrent dans le principe simple selon lequel ces mécanismes sont construits dans l'État de Droit. Comme le rappelle régulièrement la Cour de justice de l'Union européenne, l'ensemble de ces instruments étant de nature juridique, et devant s'articuler

entre eux, ils ne peuvent être conçus sans un ancrage commun qu'est l'État de Droit. Sauf à soutenir que la régulation et la compliance ne seraient pas du Droit mais juste des sortes de normes techniques plates à la substance interchangeable, ce que sous-entendent voire affirment des études et propositions notamment sur les prouesses attendues des machines que l'on présente comme « intelligentes », Droit de la régulation et Droit de la compliance sont des branches du Droit, qui ont pour racines communes l'État de Droit, lequel repose sur des principes substantiels et des droits fondamentaux indisponibles.

L'État de Droit a en son cœur les droits subjectifs processuels. Les juridictions les ont donc fait apparaître dans le droit positif de l'une et l'autre branche, d'une façon consolidée en Droit de la régulation, d'une façon débutante encore pour le Droit de la compliance, branche en cours d'élaboration. Si l'on exclut de réduire la régulation et la compliance à des *process* vides et qu'on les arrime au principe de l'État de Droit, principe qui est commun à l'Europe et aux États-Unis mais qui n'est pas forcément partagé avec toutes les autres zones du monde, lesquelles apprécient au contraire le *design ex ante* des secteurs économiques et l'obéissance avérée de tous à la règle, alors il faut développer les droits subjectifs processuels.

Pour cela, il faut développer et mettre au centre la jurisprudence des juridictions constitutionnelles, puisque celles-ci sont avant tout gardiennes des droits subjectifs. De cela, nous n'en sommes qu'au début. Tandis qu'en outre des droits subjectifs substantiels et nouveaux se développent, dans et par le Droit de la Compliance.

### 3. L'éclosion des droits subjectifs renouvelés ou propres au Droit de la compliance : du « droit d'accès » au « droit à l'oubli »

Par un autre mouvement, le Droit de la régulation puis le Droit de la compliance ont créé de toute façon de nouveaux droits subjectifs, prérogatives offertes par la Loi aux personnes en prise avec des situations régulées.

Par exemple, le « droit à l'électricité » qui, dans la loi du 10 février 2000, a été conçu par le législateur, donnant à chacun la prérogative de recevoir ce bien essentiel, non pas par l'effet d'un engagement d'un cocontractant, mais par une prérogative définitivement acquise. Cela produit ainsi pour chacun un droit à un contrat, dont certaines clauses sont impliquées par ce droit subjectif d'origine légale. Une telle insertion d'un droit subjectif comme source des obligations du fournisseur change alors considérablement le régime juridique.

Tout d'abord, le titulaire du droit peut s'en prévaloir alors même qu'il n'est pas en situation de tirer profit de sa seule liberté d'entrer dans une relation contractuelle, puis de demander l'exécution des engagements de l'autre même s'il n'honore pas les siens, alors que la relation contractuelle est par nature commutative : concrètement, et par exemple, entrer dans un contrat



de fourniture d'électricité et ne pas subir de coupure alors même qu'il ne paie pas les factures.

Ce qui est offert en matière électrique, parce qu'il existe de par la Loi un « droit à l'électricité » qui structure le secteur, peut-il être transposé pour tout bien essentiel? *A priori* non, car le « droit d'accès » n'existe que concernant les infrastructures essentielles monopolistiques au bénéfice de tiers et il n'existe pas un tel droit subjectif d'accès aux biens essentiels, la décision d'organiser un accès à des biens publics, par exemple le savoir à travers l'accès de tout l'enseignement, renvoyant à des politiques publiques et non à des droits subjectifs.

La question d'un droit d'accès qui équivaldrait à un droit à une fourniture gratuite se pose pourtant dans ces termes, et avec acuité, dans la régulation du digital, puisque c'est bien au nom d'un droit d'accès de l'internaute que l'on a pu fonder l'obligation d'ouvrir les réseaux et les contenus à tous, éventuellement sans contrepartie financière, donnant alors un sens particulier au principe de neutralité. Dans une conception extrême, si ce principe de neutralité allait au-delà du principe objectif d'un « Internet ouvert », garanti par les textes, mais renvoyait à un droit subjectif qu'aurait tout internaute d'accéder à tout à tout moment à la même vitesse, c'est tout le système qui en est changé. En effet, les contrats qui sont conclus entre les fournisseurs d'accès et les internautes ne pourraient stipuler des prix différents suivant la qualité de cet accès, puisque ce droit d'accès ainsi enrichi par la Loi lui serait déjà pleinement acquis, une stipulation contractuelle ne pouvant venir ni l'amoindrir. Pour l'instant un tel droit subjectif n'existe pas.

Notamment parce que dans un système libéral ce sont les parties qui par la puissance contractuelle font naître des droits et obligations, le Droit étant certes le tiers nécessaire à la relation contractuelle mais non celui qui tient la plume; les droits subjectifs substantiels demeurent donc d'une part peu nombreux dans les systèmes régulés et conservent d'autre part la marque de leur origine légale lorsqu'ils y sont imposés. En effet, l'on y retrouve l'unilatéralisme caractérisant traditionnellement le Droit de la régulation, puisque le contrat ne sera alors plus que la mise en œuvre juridique de ce droit subjectif conféré par la loi à tous. Il en résulte dès lors des obligations de fourniture liées à la notion persistante de service public.

Plus encore et d'une façon plus générale, le « droit d'accès », qui est un droit subjectif essentiel dans les systèmes de régulation, est lui-même d'origine légale, parce que c'est sur le « droit d'accès aux infrastructures essentielles » que toute la régulation des secteurs dits « de réseaux » va se mettre en place, le monopole naturel des infrastructures étant ainsi supporté. Cela explique qu'à la fois la concrétisation du « droit subjectif d'accès » prenne la forme d'un « contrat d'accès » et que son contentieux soit pourtant attribué à la connaissance de l'autorité de régulation.

Ainsi et plus généralement dans les secteurs dits « de réseaux », notamment l'Énergie et les Télécommunications, c'est sans contradiction que l'autorité de régulation est dotée d'un pouvoir de règlement des différends pour trancher les difficultés liées à la mise en œuvre des contrats d'accès, car l'accès est un mécanisme central de la régulation du secteur, tandis que le contrôle de ce travail de régulation opéré par ces autorités administratives relève pourtant de la connaissance de la Cour d'appel de Paris, juridiction judiciaire.

Cette organisation juridictionnelle, qui paraît incompréhensible, quasiment une « malfaçon », souvent présentée ainsi, à tel point que certains demandent que, dans une sorte de retour en arrière bienvenu vers ce qui serait une cohérence, ce type de contentieux soit connu par le seul Conseil d'État, montre au contraire que le Droit de la régulation fait place au dynamisme des acteurs, ceux qui veulent entrer dans les réseaux, par exemple. Cela justifie la présence du judiciaire sur un mécanisme de Régulation.

Quant au Droit de la compliance, parce que celui-ci prolonge la régulation dans les entreprises elles-mêmes, les « droits d'accès » prennent de plus en plus d'autonomie. Nous allons voir dans les années qui viennent s'il existe par exemple un « droit d'accès » aux fonctions décisionnaires des entreprises, pour les catégories de personnes qui n'y accèdent statistiquement pas. L'enjeu est considérable ; il est encore à peine ouvert. Dans un tel cas, les politiques publiques d'incitation, ou de contrainte à travers les quotas, feraient place à des droits subjectifs. Pour qui connaît la puissance des droits subjectifs dans les systèmes, l'avenir est déjà écrit.

Plus encore, le Droit de la compliance a quasiment fait son apparition par les droits subjectifs !

En effet, c'est par l'arrêt du 13 juin 2014 *Google Spain* que la Cour de justice de l'Union européenne a établi le Droit de la compliance, en obligeant une entreprise numérique cruciale à détruire techniquement l'accès à une information. De la même façon que le Droit de la régulation avait construit par la Loi le droit subjectif d'accès, le Droit de la compliance construit par la Jurisprudence le droit subjectif au non-accès. Ce droit subjectif appelé depuis « le droit à l'oubli » est un droit subjectif extraordinaire puisqu'il permet à une personne de disparaître dans ce monde digital où pourtant tout se conserve éternellement.

La digitalisation du monde, non seulement par la mise en chiffres qu'il en opéra, l'a désincarné aussi efficacement que la finance et la concurrence l'avaient fait par la réduction des choses à leur seul prix, mais encore a fait ce qui n'avait jamais été fait jusqu'ici : le digital a fait disparaître le temps. Cette violation de l'ordre naturel des choses a conduit à injecter la seule arme que l'être humain puisse avoir contre cette disparition du temps : les droits subjectifs.

Ainsi, la mort est certes ce que nous craignons tous, mais c'est aussi ce qui nous protège : ce que nous avons fait est oublié, nos proches étant épargnés du souvenir sans fin qui serait conservé de leurs aïeux. Mais parce que le digital conserve tout, il a fallu créer ce qui a été présenté par le Législateur dans la *Loi pour une République numérique* comme un « droit subjectif à la mort numérique » pour faire coïncider notre droit à l'oubli avec la disparition naturelle qu'est la mort, obligeant les opérateurs digitaux à effacer les comptes des personnes décédées sur les réseaux sociaux.

Il apparaît ainsi à travers ce dernier exemple que nous sommes aujourd'hui si démunis face à cette nouvelle puissance technologique que seuls les droits subjectifs peuvent être efficaces. Ils sont donc aujourd'hui les premiers « outils » du Droit de la compliance.

## **B. LA JUSTIFICATION DE L'ÉCLOSION DES DROITS SUBJECTIFS PAR LE SOUCI DE CONCRÉTISATION EFFECTIVE DES BUTS MONUMENTAUX : LE DROIT SUBJECTIF COMME PUR OUTIL**

Même si l'on n'apprécie pas les plaideurs qui se multiplient dans les « sociétés contentieuses » ou que l'on craint le gouvernement des juges à l'emprise croissante, dont la présence est d'autant plus désapprouvée que ces juges sont « étrangers », le thème de l'extraterritorialité du Droit de la compliance croisant souvent celui de l'illégitimité des juges, la multiplication des droits subjectifs menant par nature à un juge puissant puisqu'il concrétise ces droits subjectifs, les droits subjectifs sont justifiés comme « outils » de compliance en ce qu'ils permettent d'atteindre les buts monumentaux, que les États sont bien en peine d'atteindre.

En effet, il faut bien distribuer de telles prérogatives pour obtenir l'effectivité non seulement des moyens mais encore des buts, puisque les moyens ne sont eux-mêmes que des outils. L'utilisation des personnes comme des moyens n'est qu'un retour vers le Droit romain, qui créa la notion de personnalité comme un outil (*persona* étant un masque, un porte-voix de théâtre) sans considération directe pour l'être humain (l'indissociabilité entre « être humain » et « personne » venant plus tard), afin de rendre efficaces le commerce et le fonctionnement des institutions. En cela, l'anglais ayant remplacé le latin, les droits subjectifs attachés à tout sujet de droit constituent le parfait exemple du *private enforcement* (1). Cela est impératif pour l'information, le Droit de la compliance étant un système de centralisation et de transmission d'information, ce qui conduit à donner des droits à celui qui va chercher de l'information et la transmet, comme le fait le lanceur d'alerte, personnage clé de cette branche du Droit (2). Dans un système qui peine à atteindre ses buts, une prise en charge par autrui des droits subjectifs sera bienvenue, voire

recherchée, puisqu'efficace, comme le montre le mécanisme de *class action*, l'évolution étant, comme pour le lanceur d'alerte, lente (3).

### 1. Les droits subjectifs, technique de « *private enforcement* »

Le Droit de la compliance ne trouve sa cohérence et son unité que par les buts monumentaux qui le définissent. L'efficacité de ses différents outils est donc déterminante. Pour reprendre le vocabulaire anglais, la mise en application du Droit, si elle n'est pas spontanée, sauf à ce que les sujets de droit soient habités par l'amour des Lois postulé par Rousseau, ou parce que la prescription juridique issue du texte ou du contrat correspondrait exactement à leur intérêt notamment parce que les auteurs de celle-ci l'ont conçue à travers un mécanisme d'incitation, requiert la force, à travers des techniques d'*enforcement*. Le lien entre le Droit et la force est si prégnant qu'il est courant de définir le droit par la force qui est attachée à la règle, mais il s'agit d'une force potentielle, la « force obligatoire », et non pas la mise en œuvre effective. La « force publique », *public enforcement*, est donc requise.

Sans développer ce point, le Droit de la compliance, parce qu'il est concentré dans des « buts monumentaux » globaux, pose que leur atteinte effective est non pas une question qui est seconde par rapport à l'édiction de la règle mais est première, puisque les différentes techniques de compliance élaborées ne sont elles-mêmes que des outils. Or, ces buts sont non seulement gigantesques, par exemple faire cesser la corruption, ou établir une égalité entre les hommes et les femmes, mais ils ne sont pas limités au territoire dans lequel l'État déploie sa puissance (ce pour quoi l'extraterritorialité trouve sa légitimité).

En raison de la faiblesse du *public enforcement* en matière de compliance, faiblesse consubstantielle à sa définition, le *private enforcement* va être beaucoup plus efficace. En effet, si face à de puissantes entreprises américaines qui accumulent les informations et construisent une industrie sur ces données, l'on crée en premier lieu un droit subjectif de contrôle de ces données par la personne qui est « concernée », ce qui est la définition de la donnée à caractère personnel, par la création d'un droit subjectif substantiel à l'oubli, lequel est activé par son association à un droit subjectif d'accès au juge, l'autorité de régulation étant elle-même juridictionnalisée pour remplir cet office : c'est ainsi que la régulation de l'espace digital, qui semblait inatteignable autrement que par la spontanéité éthique des entreprises qui l'ont conçu et le maîtrisent, devient possible.

Ainsi tout le Droit de la compliance est-il en train d'être transformé par l'insertion dans chaque personne de droit subjectif substantiel, auquel est associé un droit subjectif processuel, afin de rendre effectif un Droit de la régulation épuisé par la puissance permise par l'immatérialité des technologies. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'est allé le Législateur américain par la loi *Dodd-Frank* de 2010, dont le titre exact est *Wall Street Reform and Consumer Protection Act*,

qui dans la réforme globale opérée de la régulation des marchés financiers distribue des droits à chaque investisseur et crée à cette fin une institution spécifique pour veiller à la protection de leurs droits, le *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB). Cette agence fournit aux consommateurs de produits financiers des informations pour les protéger en *ex ante* et leur permettre d'agir en *ex post* si leurs droits ont été lésés.

D'une façon plus générale, l'économie comportementale consiste à miser sur les personnes en leur apportant de l'information, en leur fournissant un intérêt à agir, le Droit processuel concrétisant ainsi les propos généraux de la théorie des incitations. La théorie du *nudge* a tant des points de contact avec le droit processuel..., et suppose bien souvent un droit subjectif processuel d'action, car pour qu'une incitation à demander une information soit pleinement active, sa transformation en droit subjectif permet de produire une obligation à la satisfaire, tandis que son doublement par un droit subjectif processuel d'agir en justice permet de saisir le juge ou l'autorité de régulation ou de supervision pour l'obtenir par contrainte.

Parce que le Droit de la compliance repose sur l'information, le Droit de la compliance a accru ce mécanisme de *private enforcement* en inventant un personnage nouveau qui lui est propre : le lanceur d'alerte. Mais pour cela, il a fallu aussi inventer au bénéfice de celui-ci un droit nouveau : un droit à la protection.

## **2. La querelle particulière autour des droits subjectifs de l'apporteur d'information : l'activation du lanceur d'alerte**

Le lanceur d'alerte est un personnage vedette, et contesté. Son utilité est reconnue, puisqu'il transmet une information qui serait restée inaccessible sans lui. Ce personnage d'une grande utilité potentielle ne sera pourtant actif que s'il est doté de deux droits subjectifs : un droit à la protection en premier lieu, un droit à la rémunération en second lieu. Les deux ont été contestés. Ils n'ont d'ailleurs pas été conférés d'une façon égale et l'efficacité du droit de la compliance comme système d'information pour rendre effectifs les buts monumentaux, par exemple la protection des femmes dans les entreprises, s'en ressent d'autant.

Sans reprendre sa description de pied en cap, deux éléments sont ici à mettre en valeur. En premier lieu, la loi dite « Sapin 2 », qui établit le statut du lanceur d'alerte, anticipant le mouvement européen qui n'apporte en cela rien de plus par rapport au Droit français, définit le lanceur d'alerte par la protection qui lui est due : la protection de celui qui transmet l'information, notamment contre celui dont il dépend, par exemple son employeur, dont il a peut-être révélé le comportement reprochable, n'est pas insérée dans le régime du lanceur d'alerte mais dans la définition même de celui-ci. Loin d'être une faute de rédaction, cette définition légale du lanceur d'alerte par son « droit

à la protection » est fondée, car s'il n'était pas protégé, il ne transmettrait pas l'information. Ce droit subjectif à la protection est d'autant plus requis que certaines législations, dont le Droit français, ont choisi d'obliger la personne informée à transmettre l'information à l'intérieur de l'entreprise avant d'être autorisée à la communiquer à l'extérieur.

Le second droit subjectif, plus contesté encore, est le « droit à la rémunération ». Aux États-Unis, les lois, parce que raisonnant à partir de l'utilité, ont conféré un droit à la rémunération. Au niveau fédéral, c'est la même loi *Dodd-Frank* qui organise un programme de protection des *whistleblowers*, confié à un bureau spécial de la *Securities & Exchanges Commission* (SEC), lequel attribue aux lanceurs d'alerte les rétributions pécuniaires et envoie chaque année un rapport public au Congrès américain, évaluant le succès du mécanisme de lancement d'alerte par référence au montant global des récompenses.

Le Droit européen, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mais également dans la directive d'octobre 2019 ayant renforcé la protection des lanceurs d'alerte, se refuse à reconnaître ce « droit à rémunérer » du lanceur d'alerte, en estimant que la seule « alerte éthique » est celle qui n'est pas rétribuée. Pour en rester à la question de l'efficacité des droits subjectifs, il est acquis que tant que l'Europe ne reconnaîtra pas au titulaire d'une information, dont la transmission peut le mettre en danger, le bénéfice non seulement d'un droit subjectif à la protection, mais encore d'un droit à rémunération, le système manquera d'informations.

La question est encore plus nette à propos du droit subjectif d'action, si l'efficacité du système suppose son effectivité, car il faudrait alors qu'il puisse être porté par autrui.

### **3. La faveur particulière à apporter aux mécanismes collectifs servant les droits subjectifs individuels : la *class action***

Par définition, un mécanisme juridique appréhendé comme un outil n'a de sens qu'à travers son usage effectif (c'est-à-dire utilisé) et efficace (c'est-à-dire produisant les effets concrets attendus, par rapport aux buts visés par celui qui a construit le mécanisme).

Les droits subjectifs substantiels dépendent dans leur concrétisation de l'intervention potentielle crédible du juge, le régulateur et le superviseur étant assimilés par le droit à un « tribunal » puisqu'il sanctionne, règle les différends et construit des jurisprudences. Les droits subjectifs processuels ayant les premiers fait leur entrée dans les systèmes de régulation et de compliance, l'ensemble de l'édifice dépend donc de l'effectivité des droits d'action en justice.

Or, les personnes qui sont en droit d'agir en droit de la compliance ne sont guère en position de le faire, parce qu'elles ne sont pas informées des droits substantiels dont ce Droit les a dotés ou que, les connaissant, elles n'ont pas

les moyens financiers de les revendiquer, ou que la situation juridique ne s'y prête pas.

Ce dernier cas est particulièrement développé en droit de la compliance parce que, les obligations de compliance pesant sur les entreprises cruciales, lesquelles sont juridiquement bien armées, elles façonnent des clauses dans les contrats d'adhésion qui les lient aux personnes aptes à agir contre elles, par exemple pour défendre leur droit subjectif substantiel sur leurs données à caractère personnel : les clauses ont pour effet qu'aucune action n'ait lieu, notamment pas une action en responsabilité. Ce faisant, c'est tout le Droit des données qui en est affaibli.

Par exemple, les clauses qui donnent compétence exclusive à des juridictions éloignées, comme une juridiction californienne ou irlandaise, opposées à des cocontractants français ou allemands, protègent de fait de toute action les entreprises qui gèrent des plateformes d'une action en justice, et privent de fait le Droit de la compliance de l'effet disciplinaire produit par des actions en responsabilité. Pour lutter contre cela, la Cour de justice de l'Union européenne vise à donner plus d'effet à des mécanismes pourtant propres au Droit communautaire de la consommation, notamment le fait que ce type de clause soit réputée « non écrite », en les rendant inopposables à des petites entreprises, pour qu'elles puissent demander des comptes aux entreprises gérant des plateformes dans l'espace digital mais ayant placé leur siège social à Dublin en les assignant efficacement devant un tribunal du ressort de leur propre siège social.

Plus encore, si l'on veut que le droit subjectif d'action puisse activer l'ensemble du droit de la compliance, il faut l'élever lui-même au niveau collectif. C'est pourquoi le mécanisme de *class action* doit cesser d'être exclu ou admis par exception pour devenir la règle. En effet, il y a longtemps, l'on rappelait que *Nul ne peut plaider par procureur*, c'est-à-dire que là où l'intérêt particulier est concerné, c'est-à-dire un droit subjectif substantiel d'un personnel, cette personne peut activer le droit subjectif processuel d'action qui lui correspond, tandis que si un autre intérêt est concerné, nul ne peut aller prétendre déclencher un droit d'action pour le défendre.

C'est pourquoi la défense des systèmes et du Droit est confiée à des institutions, comme le ministère public, qui défend la Loi, aux autorités de régulation ou à la Commission européenne, qui sont titulaires d'un droit d'action puisqu'ils défendent l'intérêt général, pour lequel ils sont « procureurs ».

Cette conception traditionnelle peut se justifier. Elle exclut qu'une personne saisisse une juridiction pour porter la prétention d'un autre, et que notamment se crée un business des actions en justice, ce à quoi aboutit de fait le mécanisme des *class actions*. Mais dès l'instant que l'on admet l'efficacité du *private enforcement*, que la victime est autorisée à entrer dans le fonctionnement général du système parce qu'elle active celui-ci, l'on ne voit plus pourquoi ce

rôle, attribué par la seule considération de son efficacité systémique et non par le souci direct de la personne, ne pourrait pas être endossé par un autre et ne devrait pas l'être si cela produit plus d'efficacité à l'ensemble. Que l'intermédiaire prélève son bénéfice au passage est un coût parmi d'autres.

Il est ainsi remarquable que les *class actions* se développent en Europe à propos du Droit des données à caractère personnel, ce qui permet de demander des comptes par exemple aux plateformes qui opèrent les réservations de nuitées dans les hôtels, la responsabilité du groupe hôtelier étant engagée pour la perte massive des données à caractère personnel. Par des chaînes d'actions en justice, ou des actions en justice regroupées par autrui (*class actions*), comme le montre la sanction prononcée par le régulateur britannique *Information Commissioner's Officer* saisi par une *class action* contre le groupe *Marriott* en 2020, les groupes hôteliers répondent des plateformes qu'ils constituent en leur sein pour concentrer toutes les réservations dans l'ensemble des hôtels de leur chaîne unifiée, de la même façon que les petites entreprises hôtelières isolées peuvent efficacement demander des comptes à une plateforme d'intermédiation, comme *e-booking*.

Ainsi, dans le casse-tête que semble constituer l'ambition de la « régulation des plateformes », plutôt que d'opposer celles-ci et les droits des personnes, voire de proposer l'affaiblissement de ces entreprises, plutôt que de prendre acte de la faiblesse des personnes et des entreprises ordinaires pour en conclure que la seule solution constituerait en l'affaiblissement de ces nouvelles organisations que sont les plateformes, il convient plutôt de mesurer la puissance que constituent les droits subjectifs, et substantiels et processuels et de les distribuer largement. Face à la puissance, il faut répondre par la puissance. Par une puissance accrue grâce aux droits subjectifs nouveaux, l'espace digital pourrait trouver un nouvel équilibre.

Pour cela, les textes européens qui facilitent l'« action collective » sur le modèle de la *class action* doivent aller beaucoup plus loin. C'est encore une nouvelle raison de ne pas opposer le Droit américain et le Droit européen de la compliance. Cela est d'autant plus opportun que le droit de la responsabilité, qui est la branche du Droit par laquelle les juridictions accueillent d'une façon générale les prétentions des personnes – l'analyse économique du Droit ne s'y étant pas trompée, qui se concentre avant tout sur la jurisprudence en Droit de la responsabilité et son pendant *ex ante* qu'est le Droit des assurances –, évolue lui-même pour être un outil d'efficacité pour obtenir des entreprises un comportement adéquat. À ce titre, le revirement de jurisprudence opéré par la chambre criminelle de la Cour de cassation par son arrêt du 25 novembre 2020 qui impute la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante est radicalement dans le sens décrit ci-dessus.

On voit donc que les droits subjectifs, qui n'étaient rien, sont en train de devenir si ce n'est tout, à tout le moins premiers, parce que moteurs, dans le



Droit de la compliance. Cela va être d'autant plus exact dans les années qui vont venir, et durant lesquelles le Droit de la compliance va se construire : les droits subjectifs vont apparaître comme les outils « naturels » de cette nouvelle branche du droit.

## **II. LES DROITS SUBJECTIFS, LES OUTILS LES PLUS NATURELS DU DROIT DE LA COMPLIANCE DÉFINI PAR LE SOUCI DES PERSONNES**

Les droits subjectifs des personnes sont très efficaces pour le déploiement du droit de la compliance, mais ils agissent aussi en miroir de celui-ci. En effet, parce que le droit de la compliance se définit par le souci que l'on a des êtres humains, alors les droits subjectifs, prérogatives des personnes, notamment ceux que l'on appelle parfois « droits humains », doivent être appréhendés comme des outils « naturels » de cette branche du droit (A). Cela signifie techniquement qu'ils doivent être interprétés largement et non pas marginalement et qu'à l'avenir de nouveaux droits subjectifs seront inventés (B).

### **A. LA LÉGITIMITÉ DES DROITS SUBJECTIFS – OUTILS, MIROIRS DU DROIT DE LA COMPLIANCE DÉFINI PAR LE SOUCI DES PERSONNES**

Si l'on définit le Droit de la compliance comme un simple mécanisme d'effectivité des règles, alors les droits subjectifs n'ont pas de place de choix, d'autant plus que les machines, les ordinateurs et les algorithmes seront toujours plus performants pour implémenter les règles, comme le faisait la machine écrivant sur le dos du personnage dans *La colonie pénitentiaire* de Kafka. Mais si l'on définit le Droit de la compliance par rapport au souci de protection des êtres humains (1), alors tous les droits subjectifs des personnes deviennent actifs pour concrétiser cette protection des êtres humains dans un rapport tautologique avec le Droit de la compliance lui-même (2).

#### **1. La définition du Droit de la compliance par son « but monumental » de la protection des êtres humains**

Le Droit de la compliance a été défini en 2016 comme étant ce par quoi les autorités publiques internalisent dans des entités en position de les concrétiser des « buts monumentaux », qui peuvent se ramener à la protection des êtres humains. Cette définition a pu être contestée au profit d'une définition plus procédurale, la compliance n'étant alors qu'un « *process* », une façon de faire pour rendre plus efficaces d'autres règles.

C'est une question de préférence : l'on peut aimer l'une ou l'autre des conceptions. Pour ma part, je maintiens ma préférence définitive pour une

définition substantielle et humaniste de la compliance, qui place l'être humain au cœur de la définition d'une branche du Droit, non seulement parce que l'être humain doit être la mesure de toute chose, mais parce que l'observation de l'adoption d'une définition procédurale du Droit de la compliance, instrument d'efficacité des règles, notamment en Chine, conduit par des *process* de rating des êtres humains et à leur observation permanente, c'est-à-dire à détruire l'humanité. Si le Droit de la compliance recevait cette définition-là, alors non seulement je n'y adhérerais pas, mais je serais l'adversaire résolue du droit de la compliance.

Prenant donc cette définition humaniste du Droit de la compliance, telle que l'Europe la porte, notamment à travers le Droit de la compliance en matière de données, socle de l'économie du savoir qui sera notre avenir, l'Europe la partageant avec le Droit américain qui rattache également le Droit de la compliance à la protection des personnes, y compris en matière de compliance financière, la personne est ainsi mise au cœur du Droit de la compliance.

Les droits subjectifs cessent alors d'être simplement un « outil », un *private enforcement* : ils deviennent ce pour quoi toute la branche du droit fonctionne. Ils en sont le miroir.

## **2. La légitimité de tous les droits subjectifs – outils de concrétisation de protection des personnes – et l'interprétation technique corrélative**

Tous les droits subjectifs trouvent alors une légitimité « naturelle », puisqu'ils permettent aux personnes d'exister. Par exemple, le « droit au secret » trouve sa place dans un système d'information, non pas par « exception » mais par « nature », dès l'instant que la personne est mieux protégée par la non-transmission que par sa transmission.

**Il n'y a pas un principe qui serait la transmission de l'information et une exception qui serait la non-transmission de l'information. Il y a un principe qui est la protection des êtres humains et qui va impliquer l'interprétation à donner aux différentes règles techniques. Par exemple, suivant que c'est la transmission de l'information ou plutôt la non-transmission de l'information qui protège la personne, c'est le premier ou plutôt le second principe qui doit s'appliquer.**

L'invention du « droit à l'oubli » concrétise cette primauté de la personne. Va ainsi resurgir l'ambiguïté juridique de la notion de « donnée » dès l'instant qu'elle concerne les personnes. Comme l'avait souligné François Rigaud, les droits de la personnalité constituent des biens et ce qui est décrit comme « l'attention » que les personnes prêtent à tel ou tel produit ou prestation, attention qui est captée, manipulée et vendue, détachée donc de la personne et traitée comme un bien, bute sur la distinction élémentaire entre les droits subjectifs personnels et les droits subjectifs réels.

Il est acquis que la personne, titulaire de droits subjectifs, ne peut exercer de droits subjectifs réels que sur des choses. Si le Droit pose qu'elle ne peut être ainsi propriétaire d'une personne, ne peut avoir des esclaves, c'est aussi pour exclure qu'elle soit propriétaire d'elle-même, être esclave d'elle-même, et qu'elle ne puisse dès lors se céder, car il y a toujours quelqu'un pour nous offrir un prix « acceptable » et nous serions toujours tentés de « consentir » à une telle cession de nous-mêmes.

Les autorités qui supervisent le digital s'emploient à ne pas laisser la notion de « consentement » remplacer la notion de « volonté », car le consentement demeure bien le moyen d'expression et la preuve d'une volonté libre, mais si l'on permettait à un système de fonctionner sur les seuls consentements mécaniques, détachés de la notion de volonté, alors par un ou deux clics les êtres humains se céderaient.

Or, les opérateurs sont en train de construire l'espace digital sur le droit des biens, présentant les données comme des choses, à propos desquelles la distinction entre les données personnelles et les données non personnelles serait une distinction secondaire. Dans l'immense marché des données, le principe doit être la circulation. Le marché secondaire est en train de s'installer, des opérateurs proposant à des êtres humains d'acquérir leurs souvenirs, leur vie quotidienne, leur goût, leur anticipation des jours qui viennent, pour un revenu fixe. Cette proposition faite par *Google*, suivie par des entreprises françaises, ne semble pas avoir heurté la CNIL qui, dans sa décision prise en octobre 2020 non publiée, de ne pas poursuivre l'entreprise *TaData*, laissa se développer ce marché en France.

L'incertitude du statut juridique de la donnée favorise cette situation juridique intenable, parfois traitée comme un bien, vendue par les « propriétaires » que nous serions, et alors tout devient possible, ce que l'Europe exclut, car ses juridictions maintiennent leur conception selon laquelle la donnée est une projection de la personne, qualification qui fonda l'arrêt *Google Spain*, qui bloqua cette entreprise, par ailleurs très utile et technologiquement performante, par l'invention d'un « droit à l'oubli ».

Ces prouesses technologiques méritent d'être bloquées, y compris au sein même des techniques de compliance qui centralisent l'information et dictent leurs comportements aux personnes, si l'on veut protéger les êtres humains, en internalisant dans les entreprises cruciales, par exemple celle du numérique, ce but monumental de protection des personnes qui justifie le soin que l'on doit apporter au Droit de la compliance.

Le consentement ne suffira pas à protéger les êtres humains parce qu'ils consentiront à tout donner d'eux-mêmes, le plus intime d'eux-mêmes, le plus lointain de leur futur. Il faut leur conférer des droits subjectifs nouveaux, permettre à d'autres de les porter pour eux (autorités publiques et parties prenantes), droits subjectifs qui les arment pour faire équilibre face à des

entreprises qui sont par ailleurs légitimement puissantes puisqu'elles ont été novatrices, qu'elles ont pris des risques, qu'elles sont mieux organisées que bien des États. Pourquoi leur en faire reproche ? Pourquoi les affaiblir et par quoi les remplacer une fois qu'on les aurait amoindries ?

Mais pour que les êtres humains n'aient pas comme perspective de se réifier pour servir mécaniquement les règles, dans une conception formelle et vide du Droit de la compliance, éventuellement élaborée par ces mêmes entreprises, il faut multiplier dans les systèmes de compliance des droits subjectifs substantiels, servis par des droits subjectifs processuels (éventuellement activés par autrui par des actions publiques ou collectives).

Pour cela, les autorités de régulation et de supervision doivent accroître leur fonction pédagogique, notamment en matière numérique, pour informer les personnes de l'ensemble des droits dont ils disposent. En effet, puisque les personnes ont des prérogatives, elles ont des débiteurs qui sont les opérateurs cruciaux et elles peuvent agir contre ceux-ci pour en obtenir la concrétisation. Les sanctions très lourdes qui commencent à être prononcées contre les entreprises européennes qui n'ont pas correctement mis en place le RGPD illustrent la nécessité de cette concrétisation.

Il est à cet égard regrettable que la Cour de justice dans son arrêt *Google* du 29 septembre 2019 ait refusé d'appliquer d'une façon extraterritoriale les obligations découlant de ce texte, invalidant en cela la position adoptée par la CNIL. Comme celle-ci l'avait estimé, si l'on pense que le Droit de la compliance en prenant appui sur des droits subjectifs pourra être plus efficace, ceux-ci doivent être considérés comme étant actifs où que soit leur titulaire. Cela va être favorisé par le nouveau principe qui se développe en droit de la régulation et de la compliance : la portabilité.

La « portabilité » y est un principe essentiels et l'on suggère désormais un nouveau droit subjectif qui serait le « droit à la portabilité ». Il faudrait même aller plus loin et considérer que les droits subjectifs seraient transportables avec les personnes dans l'indifférence des lieux. Il est vrai que la branche du Droit qu'est le Droit international privé, qui garde les frontières des territoires aussi fermement que le fait le Droit international public, en serait contrarié, et c'est bien dans le respect de ces branches traditionnelles que la CJUE dans son arrêt précité du 29 septembre 2019, *Google*, a limité l'effet extraterritorial de la protection de l'internaute, mais il faut bien plutôt prendre exemple sur le Droit américain qui part de ses buts, ce qui, dès l'instant que ces buts ne sont pas locaux, justifie l'application des règles partout.

Reconnaître une « portabilité des droits », selon ce que fut la méthode germanique de personnalité des lois, permettrait de mettre au cœur du Droit de la compliance les êtres humains, dont les droits subjectifs seront les outils les plus naturels puisqu'ils en sont aussi les buts.

## **B. LA MULTIPLICATION DES DROITS SUBJECTIFS-OUTILS ET DES DROITS SUBJECTIFS FINAUX**

Si l'on pose que les droits subjectifs ne sont pas seulement un moyen efficace d'aider au bon développement d'un système qui par principe demeurerait fondé sur des mécanismes objectifs créés par des États et maniés par ceux-ci mais correspondant à la définition du Droit de la compliance comme ce qui protège les personnes, c'est-à-dire leurs droits effectifs, il faut alors toujours interpréter largement les droits subjectifs qui existent déjà (1). Plus encore, il faut ne pas hésiter, comme l'a fait la Jurisprudence, à en inventer d'autres, puisqu'ils font exister la personne, ce qui est la définition même du Droit de la compliance (2).

### **1. L'interprétation toujours large des droits subjectifs – médias, miroir du but servi**

Plutôt que de prendre la victime comme l'intrus venant dans un système avant tout confié à des autorités publiques, celle-ci doit recevoir pleine place. Plus encore, comme l'a conçu la loi *Dodd-Frank*, les droits des investisseurs et autres « personnes concernées », celles qui ont le « droit de dire quelque chose », les personnes qui ont la place procédurale de « tierce partie » doivent voir leurs droits pleinement reconnus.

Cela implique en premier lieu qu'il n'est pas besoin d'un texte pour qu'une prérogative soit reconnue à une personne qui n'a pourtant pas été visée comme bénéficiaire de celle-ci, pas davantage qu'il n'est besoin d'un texte pour concevoir un nouveau droit subjectif.

Cela implique en deuxième lieu qu'un droit subjectif ne vient pas en exception face à un principe objectif, devant donc se justifier dans son existence et devant être interprété restrictivement, tandis que le principe s'applique en soi et s'interprète largement. Par exemple, parce que, comme cela fut explicité plus haut, le droit au secret est tout aussi puissant que le droit à l'information : le secret n'est donc pas une exception par rapport à l'information, le Droit de la compliance doit leur faire part égale. C'est ainsi que le Droit des données personnelles a justifié que le Tribunal de l'Union européenne, par une ordonnance du 29 octobre 2020, bloque une demande de transmission d'information ordonnée par la Commission européenne à l'encontre de Facebook.

Cela implique en troisième lieu de prendre tous les « outils de compliance » et de les appréhender à travers la notion de droit subjectif. Par exemple, et pour prendre l'outil central de la cartographie des risques, l'on peut considérer qu'il ne s'agit pas seulement d'un outil de prévention imposé par les lois particulières, mais qu'il s'agit d'une obligation qui concrétise un droit des personnes concernées en ce qu'elles sont exposées aux risques particuliers ainsi mis en exergue. Ces personnes sont donc titulaires d'un droit subjectif à être informées à temps et d'une façon utile de ce risque pour le mesurer et être mises

elles-mêmes en position de choisir de le courir ou non. Ce qui constituerait un « droit subjectif à être inquiété », forme particulière du droit subjectif à l'information et du droit subjectif à l'intelligibilité, est en train d'apparaître.

De la même façon, ce que les textes commencent à désigner comme le principe d'explicabilité des algorithmes pourrait donc donner lieu à un « droit à l'explicabilité ». L'utilisation d'un tel terme, préféré à celui d'intelligibilité, qui impose aux entreprises d'utiliser des algorithmes « explicables » a parfois été présentée comme un « droit fondamental », car à une explication il faut bien un destinataire.

Si l'on a considéré par méthode qu'il existe non seulement un principe posé par des textes mais encore un droit subjectif, cela métamorphose les régimes juridiques applicables, notamment dans les règles probatoires requises : elles deviennent beaucoup plus légères. En effet, un droit subjectif substantiel (par exemple le « droit à l'explicabilité ») venant appuyer le droit subjectif processuel, toute personne qui a intérêt à saisir un juge, un régulateur ou un superviseur (droit subjectif processuel) ne supporte que la charge de prouver la titularité qu'elle a de ce droit. N'étant pas dans une situation de fait, pour obtenir gain de cause elle n'a pas à prouver qu'il y a eu de la part de l'opérateur attaqué un manquement. Il faut mais il suffit qu'elle prouve qu'elle a un droit et qu'elle demande à ce que celui-ci soit satisfait. L'on sort enfin du système probatoire corrélatif au Droit de la responsabilité.

Ainsi, la reconnaissance d'un droit subjectif métamorphose les systèmes de régulation et de compliance parce qu'elle supprime l'obligation de prouver un manquement, celui qui saisit le juge ou le régulateur n'ayant à prouver que l'existence de son droit, l'entreprise obligée *ex ante* devant prouver qu'elle a effectivement rempli son obligation. En pratique, cela change tout.

C'est pourquoi, et pour en rester à cet exemple déterminant pour les années qui viennent, l'explicabilité des algorithmes est la nouvelle forme que prend le principe de transparence des algorithmes. Parce que le principe de transparence est juridiquement trop peu efficace, l'explicabilité, en ce qu'elle suppose un bénéficiaire, impose aux opérateurs une aptitude de l'objet à être compris, aptitude dont la démonstration – éventuellement par présomption – va reposer sur l'opérateur, malgré sa place processuelle de défendeur à l'instance, puisque la personne, bien que demanderesse à l'instance, en tant qu'elle peut se prévaloir d'un droit subjectif peut en demander directement l'exécution sans avoir à apporter une autre preuve que sa qualité à agir.

C'est pourquoi les droits subjectifs sont en pratique l'avenir du droit de la compliance.

## 2. L'invention des droits subjectifs finaux

Le Droit étant l'école de l'imagination, il convient dès lors d'inventer des droits subjectifs finaux, qui seront servis par des droits subjectifs-outils, ces outils étant constitués à la fois de droits subjectifs substantiels et de droits subjectifs processuels, qui seront portés par les personnes directement affectées par les situations juridiques ou par autrui.

C'est ainsi que la branche du droit qu'est le Droit de la compliance pourra répondre aux espoirs qui sont mis dans sa constitution.

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10