

LA PART DU GRACIEUX DANS LE TRAITEMENT JURIDICTIONNEL DE LA COMPLIANCE¹

par Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeure de Droit de la Régulation et de Droit de la Compliance,
Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC),
Directrice de l'École européenne de droit de la régulation
et de la compliance (EeRC)*

1. Le goût pour la procédure. Le goût pour la procédure nous est commun. Il est profond et ancien, puisque Dominique d'Ambra et moi-même avons appris la procédure civile avec le professeur Jean Foyer, comme nous avons appris la même année le droit processuel grâce à l'enseignement dispensé par Pierre Raynaud dont c'était le dernier cours. Les deux se réfèrent longuement à Pierre Hébraud². Nous avons gardé en tête les cours de l'un et de l'autre. Celui que Jean Foyer offrit cette année-là portait sur la juridiction gracieuse. Il expliqua si bien à partir du droit romain l'office gracieux du

1. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements supplémentaires, de références techniques et de liens hypertextes, disponible à l'adresse suivante : <https://www.maf.fr/fr/article/la-part-du-gracieux-dans-le-droit-de-la-compliance/>.

2. Sur la place d'Hébraud dans le droit processuel, v. L. Miniato et J. Théron (dir.), *Pierre Hébraud, doctrine vivante* ?, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2018, 231 p. , et plus particulièrement la première partie de l'article d'Emmanuel Jauland confrontant la doctrine d'Hébraud et la doctrine de Motulsky, « Hébraud, la notion de droit processuel dans la perspective de la justice numérique », p. 25-37. Par ailleurs, concernant la matière gracieuse, le commentaire fait par Hébraud sur la loi du 15 juillet 1944 sur les procédures gracieuses (*D.* 1946. Législ. 333) inspira le législateur lorsqu'il rédigea les textes généraux sur ces procédures.

juge. Il montra qu'on le retrouve intact lorsque, ce n'est qu'un exemple, des adultes viennent solliciter l'imperium du juge afin qu'il prononce l'adoption par eux de l'enfant. Le juge exerce ainsi le pouvoir que lui a conféré l'État par la loi, créant entre l'enfant et ceux qui deviennent ses parents par la puissance institutionnelle du droit ce lien de filiation que le désir et le projet d'enfant, la volonté individuelle et le marché ne peuvent pas créer³. Le juge est ainsi gardien des institutions et de la légalité⁴. Est-ce pourtant la mission du juge ? Dominique d'Ambra consacra plusieurs années à élaborer une thèse dont le titre est *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*⁵.

Le titre même semble exclure ce gracieux par lequel le juge contrôle, institue, remet, reporte, donne, apaise, élabore une solution, ôte le venin d'une non-conformité à une norme juridique, tout cela sans trancher de dispute ni parfois même dire le droit. Avions-nous donc mal écouté notre maître qui exposa le principe même de la juridiction gracieuse ? Heureusement, Dominique conserva place dans sa thèse qui fait aujourd'hui référence pour que la notion et la nature de juridiction gracieuse s'y épanouissent⁶. En effet, le juge, parfois dans la même journée, parfois pour mieux traiter la même situation, exerce un office contentieux et un office gracieux. Lorsque plus tard nous écrivîmes un article confrontant le droit des procédures collectives et la technique du droit de la régulation bancaire par laquelle les autorités résolvent les difficultés d'une banque afin de préserver la solidité du système bancaire, nous avons mesuré à quel point le droit de la régulation pouvait changer les procédures⁷. Or, l'office du juge sur la situation d'une entreprise en difficulté relève en grande partie de la matière gracieuse.

En mêlant ces deux souvenirs-là, il apparaît que ce que les procédures classiques, le plus souvent en matière civile, recèlent de matière gracieuse, peuvent aussi techniquement trouver à s'appliquer dans leur logique et leur adéquation à cette branche du droit nouvelle qui prolonge aujourd'hui le

3. Cela est moins vrai dans une société où le législateur exprime moins la souveraineté face à un individu qui prétend porter en lui-même une souveraineté opposable à tous, y compris au législateur. De cela aussi, Dominique d'Ambra a parlé : « Du déclin des codes », *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 147-175, spéc. p. 154 s.

4. Il est ce par quoi notre société garde des institutions qui ne sont pas à la seule disposition des personnes puissantes. Sur cette question de la filiation, M.-A. Frison-Roche, « L'invention du "droit à l'enfant". Les conséquences de la pratique contractuelle comme source d'engendrement de l'enfant », in dossier « Nouvelles filiations », *AJ fam.* 2025. 568-571.

5. D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préf. G. Wiederkehr, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 236, 1994, 314 p.

6. Chapitres sur « La notion de juridiction gracieuse », p. 261 s., et « La nature de la juridiction gracieuse », p. 279 s.

7. D. d'Ambra et M.-A. Frison-Roche, « La résolution bancaire entre droit commun des procédures collectives et droit commun de la régulation », *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Lextenso, 2017, p. 293-303.

droit de la régulation⁸, à savoir le droit de la compliance⁹. Cela est en train de se traduire dans le contentieux d'un type nouveau, de nature systémique, auquel l'obligation de compliance donne lieu et dont la part du gracieux doit être reconnue.

2. Trancher, forcément trancher... Pourtant la justice n'est pas racontée ainsi. Le Glaive, sans lui que deviendrait la Balance... La vertu de Justice tiendrait donc dans leur association¹⁰. L'office gracieux n'y trouverait pas sa place ? D'ailleurs, pourquoi aller voir un juge s'il n'y a pas litige¹¹ ? L'on associe souvent le progrès du gracieux et la déjuridictionnalisation¹². L'on sait le contresens si fréquent sur « la justice de Salomon », présenté comme choisissant de ne pas trancher, alors que le roi-juge, s'il ne veut certes pas trancher cet enfant qui ne parle pas et ne pourrait donc dire qui est sa mère, veut assurément trancher la dispute entre les deux femmes et savoir qui est la vraie mère, le glaive servant ici comme instrument probatoire dans une mesure d'instruction afin que la vérité par la puissance de l'amour maternel apparaisse et que le Juge en majesté puisse dans un second temps trancher la dispute sans méconnaître la vérité et sans faillir¹³. Rien de gracieux dans la démarche de Salomon.

3. En principe le litige comme objet et la loi comme outil : la matière gracieuse dès lors présentée comme exception, légalement cernée. Dans notre système juridique, il serait donc posé que par une sorte d'effet de nature, le juge aurait pour office de se saisir d'une dispute, qui devient entre ses mains un litige¹⁴, et que face à cela il dispose d'un outil, la règle de droit, dont il fait usage afin d'exercer cet office : trancher le litige, c'est-à-dire dire entre les parties qui a raison et qui a tort. Le litige est immédiatement explicite lorsque les deux parties sont là. S'il n'y en a qu'une, l'office peut encore être contentieux, le juge disant alors dans la procédure unilatérale,

8. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2017, 148 p.

9. M.-A. Frison-Roche, « Naissances d'une branche du droit : le Droit de la compliance », *La vie du droit. Mélanges offerts à Louis Vogel*, LexisNexis – Dalloz – LawLex – LGDJ, 2024, p. 177-188.

10. M.-A. Frison-Roche, « La Justice en marbre. Dans l'église San Carlo de Noto, si l'on lève les yeux, la Justice est là, regardant la Prudence, la Force et la Tempérance », *Newsletter Droit et Art*, 2025.

11. V. S. Grayot-Dinx, commentant une décision rendue à propos de la matière gracieuse : « Une action en justice peut-elle naître sans litige ? », *D.* 2011. 2310 s.

12. Sur l'approche nuancée qu'il convient d'avoir à ce propos, v. V. Egéa, « Le gracieux et la protection à l'heure de la déjudiciarisation : les exemples du droit de la famille et des modes amiables », in C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinel (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle ?*, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2025, p. 101-112.

13. M.-A. Frison-Roche, « Si le stratagème probatoire du Roi Salomon n'avait pas fonctionné », *Mélanges en l'honneur de Pierre Crocq*, Lextenso, sous presse.

14. J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, coll. « Bibliothèque des thèses de droit privé », t. 65, 1965, 526 p.

la requête par exemple, que le requérant a raison ou tort. Le contentieux est simplement différé. L'article 12 du Code de procédure civile n'est pas contredit en ce qu'il exprime dans son alinéa premier ce retour au litige, ce sur quoi le juge est saisi.

Chemin faisant, le juge peut certes ne pas trancher et ne plus manier le droit, en conciliant les parties, mais cet alinéa 5 de l'article 12 est comme un chemin d'écolier¹⁵. Ce n'est d'ailleurs plus l'absence de litige qui marque la situation mais une autre façon de clore la dispute. Toute la « politique de l'amiable » est dans cette stratégie qui plonge au contraire dans la réalité factuelle de la dispute : plus il y a de conflit et plus l'on cherchera qu'il ne prenne pas la forme procédurale du litige afin qu'un remède plus efficace soit trouvé et que la plaie du conflit, que l'on ouvrira dans un premier temps, se referme dans un second. Conflit, dispute, litige : à ces situations de fait et de droit qui varient, les solutions procédurales sont différentes.

En droit, il n'y aurait donc quasiment pas de « matière gracieuse », c'est-à-dire des situations sur lesquelles le juge exerce un pouvoir juridictionnel en l'absence de litige que si la loi le prévoit expressément et dans les conditions prévues par celle-ci¹⁶. La lettre de l'article 25 du Code de procédure civile le pose ainsi. On en conclut souvent que l'office gracieux du juge devrait être conçu comme une « anormalité¹⁷ » par rapport à ce qui serait par principe la fonction juridictionnelle contentieuse, ou comme une « altération¹⁸ » face à ce que serait en quelque sorte un juge « en majesté », Salomon¹⁹, Saint-Ôlaf²⁰, Saint-Louis²¹, etc., c'est-à-dire tranchant un litige. C'est sans doute aussi cette idée d'amputation que l'on retrouve dans les qualifications classiques en contentieux administratif de « pleine juridiction » pour désigner

15. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », *Jean Foyer, auteur et législateur. Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463-476, 1997.

16. Comme le soulignent par exemple C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, L. Mayer dans le Précis Dalloz de *Procédure civile* : « La juridiction n'est gracieuse qu'à raison de la loi et de la matière à laquelle elle s'applique, caractérisée par son aspect non-litigieux » (n° 1890).

17. V. par ex. Y. Strickler, « Matière et procédure gracieuses », *J.-Cl. Pr. civ.* 2024, fasc. 500-45 : « La mission première de celui-ci (le juge) est de dire le droit en tranchant les litiges, et le cas échéant de concilier, lorsque le rapprochement des parties est possible, ceux qui s'opposent. En dehors de cela, son intervention ne peut être commandée que par la volonté de la loi. Le domaine de la matière gracieuse est donc celui voulu par le législateur. Celle-ci se manifeste dans la perspective de finalités variées, mais qui forment autant d'objectifs complémentaires : il s'agit toujours tant de contrôler l'action du requérant en donnant force à sa volonté, avec le souci de la protection de toute personne intéressée par la décision prise par celui-ci, que de veiller au respect de l'ordre public » (§ 1).

18. Précis Dalloz *Procédure civile*, préc. : « Les altérations du modèle du procès civil » (n° 1889).

19. M.-A. Frison-Roche, « Si le stratagème probatoire du Roi Salomon n'avait pas fonctionné », préc.

20. G. Davy, « Le mythe des lois de Saint Ôlaf et l'invention des lois fondamentales dans la Norvège médiévale », *Cahiers de civilisation médiévale* 2021/3, n° 255, p. 197-210.

21. M. Dejoux, P.-A. Forcadet, V. Martin et L. Tuttle (dir.), *La justice de Saint-Louis*, PUF, 2024, 304 p.

les procédures visant à trancher un litige afin de reconnaître des droits et obligations et les recours objectifs de contrôle des actes²².

Les termes de l'article 25 du Code de procédure civile reprennent bien ces éléments²³, mais cette nature exceptionnelle découle plutôt de la lecture qu'on en a faite, la représentation du gracieux qui s'y est glissée. Or, les lectures que l'on fait de ces différents textes sont si variées que Cécile Chainais, Xavier Lagarde et Agnès Martinel ont pu à juste titre prendre comme unité d'un ensemble de réflexion : *L'énigme du gracieux*²⁴...

4. Pourquoi pas un office juridictionnel gracieux plein ? Ou à tout le moins la reconnaissance de la part de gracieux dans l'office juridictionnel requis par la matière systémique de la compliance ? L'on pourrait en effet admettre qu'au-delà de la lettre de cet article 25 du C. pr. civ., le juge exerce un office juridictionnel qui a une unité²⁵ ou à tout le moins qu'il convient de favoriser cette unité entre le contentieux et le gracieux²⁶. Il est

22. V. l'étude de référence de J. Waline, « Plein contentieux et excès de pouvoir », (*RD publ.* 2015, p. 1551-1566), qui conduit à promouvoir l'unicité du contentieux, notamment en ces termes, se référant au vice-président Jean-Marc Sauvé (« Un corridor de Vasari au Palais-Royal », *AJDA* 2013. 1669) : « En ce qui me concerne, je pense, à l'instar du Président Sauvé, qu'il ne faut pas faire de "fixation" sur le problème de la classification des recours – même s'il pense que c'est à la doctrine de réfléchir à cette question, car ce qui importe c'est l'office du juge. Sur tous les recours qui lui sont présentés, le juge doit tout simplement avoir "pleine juridiction" et il doit se reconnaître tous les pouvoirs qui sont nécessaires des recours dont il est saisi et ceci, pour reprendre une expression bien connue, "avec tact et mesure". Cela implique donc un seul recours contentieux abandonnant l'ancienne distinction désormais largement dépassée du plein contentieux et de l'excès de pouvoir. »

23. « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle. »

24. C. Chainais, « Le gracieux-juridiction », in C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinel (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle*, préc., p. 21-23. L'auteur revient au droit romain en posant qu'il s'agissait d'une « juridiction volontaire » (vocabulaire aujourd'hui récusé...), c'est-à-dire un cas où une ou deux personnes ne saisissent le juge qu'afin que celui-ci exerce son *imperium* parce qu'il n'y a pas de dispute à trancher. Mais (je cite) : « [L]e mystère vient sans doute aussi de la manière dont le (nouveau) Code de procédure civile a lui-même mis en scène la matière gracieuse. »

25. Par ex. J. Héron (*Droit judiciaire privé*) ou C. Chainais et al. (*Procédure civile*) qui soulignent l'unité de l'office juridictionnel.

26. X. Lagarde, « Les métamorphoses de la matière gracieuse », in C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinel (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle*, préc. : « [I]l est peut-être temps de nous débarrasser de l'opposition entre le gracieux et le contentieux, en tout cas comme principe structurant de notre ordonnancement juridictionnel et judiciaire [...] Les situations dans lesquelles le juge est appelé à intervenir perdent en homogénéité. L'accord et la contestation coexistent sans cesse. Cela s'éprouve dans les procédures spéciales, faites d'alternances entre le gracieux et le contentieux, mais de manière plus générale avec le développement des modes alternatifs [...] Cela nous conduit à distinguer le juge des sanctions et le juge des mesures » (p. 17). Cette alternance, voire cumul, de ces deux offices pleins exercés par un même juge s'applique particulièrement bien dans les cas de compliance portés devant un juge.

vrai que la difficulté depuis toujours pour donner une définition de ce pour quoi est fait un juge rend l'exercice difficile²⁷. Mais concrètement face à une situation qu'une ou des parties porte à sa connaissance, l'on s'accordera à admettre que sa mission est d'apporter une solution permettant de résoudre la ou les difficultés que présente cette situation, que la matière soit litigieuse (emplie par la dispute des parties) ou qu'elle soit gracieuse (emplie par une demande d'un autre genre ou par une situation excédant cette dispute).

L'on observe ainsi que la matière gracieuse « excède » toujours le litige, soit par l'ordre de la loi, soit par la dimension de la situation dont l'examen est soumis au juge. Ces deux façons d'« excéder » le litige se cumulent souvent : c'est bien parce que la situation est plus importante qu'un simple litige qu'une loi intervient pour exiger du juge qu'il vienne la contrôler alors même que personne n'articule de prétention particulière, par exemple en matière d'adoption, de procédures collectives²⁸, etc. Le gracieux pourrait donc renvoyer à plus important que le contentieux et cette présentation d'exception lui convient par nature mal.

En effet, si l'on adopte une définition à la fois plus large et plus objective de l'office du juge, davantage liée à la notion de « situation » qu'à la notion de « litige », définition familière des contentieux répressifs et administratifs²⁹ mais qui peut pareillement s'appliquer au contentieux objectif systémique qui peut être porté devant des juridictions civiles et commerciales, la perspective change.

En outre il faut admettre que la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse ne se font pas face à face, ne s'opposent pas nécessairement mais, de la même façon que beaucoup de procédures unilatérales, dites alors « gracieuses », ne sont que du contentieux différé, la matière étant dès le départ contentieuse³⁰, il y a à l'intérieur des affrontements des espaces pour le gracieux. Comme le souligne Emmanuel Jeuland, « le contentieux s'est fait de plus en plus gracieux³¹ ». De fait, les interrogations et réflexions ont plutôt porté sur le droit de la famille et le droit civil, sur la part d'indisponible que ceux-ci comportent, justifiant alors que le juge contrôle l'activation des lois à la demande des personnes, le juge protégeant à la fois ces requérants

27. Or, comme le souligne parfaitement Hervé Croze, c'est une « éternelle question », comme celle de la réalité de la personne morale ou de la valeur normative de la jurisprudence..., qualifiant d'« abîme » la qualification de l'activité juridictionnelle (« Le juge doit-il dire le droit ? », *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serges Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 225-232, n° 1).

28. V. par ex. l'analyse intéressante, embrassant le droit de la famille et évoquant le droit des procédures collectives, Ch. Lesbats, « L'évolution du contrôle du juge en matière gracieuse », *Revue juridique de l'ouest* 2001, p. 3-20.

29. Dans ce sens, J. Waline, « Plein contentieux et excès de pouvoir », préc.

30. J.-L. Bergel, « Procédure gracieuse et contentieux », *D.* 1983. Chron.

31. E. Jeuland, « Théorisation et droit comparé de la procédure gracieuse », in C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinet (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle*, préc., p. 25-39, p. 25.

et d'autres personnes concernées (que l'on appellerait volontiers des parties prenantes), et peu sur le droit économique. On souligne pourtant que le droit des procédures collectives relève en grande partie de la matière gracieuse³², de la même façon que Jean-Baptiste Barbiéri a montré les points de contact entre le droit de la compliance et l'office du juge des procédures collectives³³.

5. Plan de l'étude. En effet, le contentieux de la Compliance naît de la façon dont les entreprises exécutent leur « obligation de compliance³⁴ ». Or, cette obligation si particulière permet au droit de la compliance, branche d'action qui prétend à la réalisation des buts visés par les corpus de compliance, peut justifier l'intervention du juge qui va alors exercer son office sur une situation qui relève en partie de la matière gracieuse. Il y a certes des personnes qui peuvent prétendre que leurs intérêts particuliers ont été atteints et saisir le juge dans une démarche contentieuse. Mais du fait de la situation que les parties exposent à ce juge, le cas dont il doit prendre connaissance est également constitué de « matière gracieuse », notamment parce que l'intérêt systémique « en cause » dépasse l'intérêt des parties et parce que le futur est présent dans le cas qu'il devra juger (I). En raison de la matière gracieuse que le droit de la compliance, à travers notamment l'obligation de compliance, amène au juge, il est dès lors essentiel de renouveler l'office du juge pour y intégrer cette part de gracieux qu'emporte le contentieux systémique de la compliance et d'adapter la procédure en conséquence, en activant la démarche gracieuse afin que le juge de la compliance réponde aux cas de compliance qui sont portés devant lui (II).

I – LE DÉVELOPPEMENT NATUREL DE LA PART GRACIEUSE DE L'OFFICE DU JUGE POUR APPRÉHENDER DES CAS DE COMPLIANCE

6. Des intérêts en cause et du contrôle requis en matière d'obligations structurelles et comportementales de compliance façonnées par le futur.

La « loi », telle que la désigne littéralement l'article 25 du C. pr. civ., ne peut pas être prise dans son sens formel, elle doit l'être dans son sens matériel, c'est-à-dire l'ensemble des textes, traités, directives, lois, règlements,

32. P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des thèses », 2002.

33. J.-B. Barbiéri, « Les juges du droit des entreprises en difficulté et les obligations de compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2025, p. 313-323. Cette étude est à mettre en miroir à celle menée par J. Théron, « Le lien procédural de protection en droit des entreprises en difficulté », in C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinel (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle*, préc., p. 113-125.

34. M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, préc.

arrêtés, etc.³⁵ qui forment un corpus régissant une situation. Lorsque les entreprises assujetties à une « obligation de compliance », obligation structurelle et comportementale³⁶, l'exécutent, ce n'est pas « pour se conformer à la réglementation ». Cette confusion, encore si fréquente, entre la « conformité » et le droit de la compliance³⁷, conduit à penser que si l'entreprise « se conforme à la réglementation », alors le juge ne devrait pas même être saisi³⁸. À l'inverse, parce que le droit de la compliance, et l'obligation de compliance corrélativement exécutée par les entreprises, visent à participer à la durabilité des systèmes afin que les êtres humains qui y sont impliqués de gré ou de force n'en soient pas broyés, voire en bénéficient³⁹, le juge est naturellement présent. La « juridictionnalisation de la compliance » n'est donc ni étonnante, ni le signe d'un échec⁴⁰.

Mais l'office juridictionnel est, et par principe, non seulement contentieux mais encore de nature gracieuse, en ce que c'est par principe ces « causes de compliance » excèdent l'intérêt particulier et que leur objet est le système (bancaire, financier, énergétique, climatique, numérique, algorithmique, etc.) concerné (A). Plus encore, le droit de la compliance a pour objet le futur, qu'il préserve et construit, et par transitivité⁴¹, l'office juridictionnel sollicite, en ce qu'il porte sur le futur est en grande partie un office non pas contentieux mais gracieux (B).

35. Cela va de soi. V. par ex. à propos de l'art. 25 du C. pr. civ., J.-L. Bergel (« La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983. Chron. 153) : « La "loi" s'entend ici de son acception générique, et comprend notamment les textes réglementaires » (p. 154).

36. M.-A. Frison-Roche, « Obligation de Compliance : construire une structure de compliance produisant des effets crédibles au regard des Buts Monumentaux visés par le Législateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, préc., p. 3-44.

37. M.-A. Frison-Roche, « Compliance et conformité : les distinguer pour mieux les articuler », chronique de droit de la compliance, *D.* 2024. 497-499.

38. M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2023.

39. Sur cette définition européenne du droit de la compliance, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2019. Sur les conséquences concernant l'obligation de compliance, v. M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, préc. Sur plus particulièrement les conséquences sur l'office du juge, v. dans ce volume M.-A. Frison-Roche, « Le juge requis pour une obligation de compliance effective », p. 741-775.

40. V. l'ensemble de l'ouvrage M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, préc. Cette perspective ne sera pas ici développée, puisqu'il s'agit plus particulièrement d'étudier la part du gracieux dans l'office du juge, et non pas d'une façon développée l'office global du juge dans le droit de la compliance ni le droit processuel qui s'y applique (sur ce dernier point dans l'ouvrage préc. *L'obligation de compliance*, M.-A. Frison-Roche, « Le juge requis pour une obligation de compliance effective », préc.).

41. M.-A. Frison-Roche, « Droit de la compliance et contentieux systémique », chronique de droit de la compliance, *D.* 2025. Chron. 1849.

*A – LA PART GRACIEUSE DANS LE CONTENTIEUX DE COMPLIANCE
EN RAISON D'INTÉRÊTS EXCÉDANT L'AFFRONTLEMENT
DES LITIGANTS*

7. L'intérêt des systèmes impliqués dans les contentieux de compliance.

Le contentieux de la compliance intervient lorsque les structures de compliance imposées par la loi n'ont pas été mises en place par les entreprises assujetties, par exemple les structures d'alerte, les plans de vigilance, les programmes de remédiation, etc., ou/et lorsque les effets obtenus par l'activation de ces structures n'ont pas été publiés ou communiqués, que des engagements juridiquement contraignants n'ont pas été tenus, etc. La saisine doit prendre appui sur un texte précis, notamment à propos du plan de vigilance. Il n'y a pas toujours une dispute car si des personnes peuvent se plaindre d'une atteinte à leur intérêt légitime, par exemple l'intérêt des travailleurs, et à ce titre revendiquer l'existence d'un litige leur ouvrant droit de saisir le juge⁴², l'intérêt d'un système est aussi impliqué sans qu'il puisse dire que celui-ci est « en dispute ».

L'arrêt de la Chambre commerciale du 21 septembre 2022⁴³ qui rappelle que les mécanismes de compliance en ce qu'ils détectent et préviennent le blanchiment d'argent protègent le système bancaire et non les personnes, interdisant en conséquence à celles-ci de demander réparation, montre bien que les personnes ne portent pas l'intérêt du système, qui est autonome. L'arrêt de la même chambre du 27 septembre 2023⁴⁴ qui permet à une entreprise d'obtenir la condamnation d'une autre pour concurrence déloyale car la première supportait le coût du respect de cette obligation légale de compliance tandis que l'autre s'en dispensait illégalement ne vient pas contredire ce principe car le poids financier de l'obligation de compliance crée une situation de fait. Ainsi, l'intérêt des systèmes demeure à l'extérieur du litige et c'est pourtant bien la protection de cet intérêt systémique que la « loi » confie au juge, au-delà des intérêts des litigants, voire confie en premier lieu par rapport à ceux-ci.

42. C'est l'apport des trois arrêts de la Cour d'appel de Paris, pôle 5, ch. 12, du 18 juin 2024 que d'avoir à juste titre décorrélé l'intérêt légitime pour saisir le juge et la présence ou pas de l'intéressé dans le processus d'élaboration du plan de vigilance (RG23/105883, *Suez* ; RG23/14348, *TotalEnergies* ; RG21/22319, *EDF*).

43. Com. 21 sept. 2022, n° 21-12.335 : « [L]a victime d'agissements frauduleux ne peut se prévaloir de l'inobservation des obligations de vigilance et de déclaration précitées pour réclamer des dommages-intérêts à l'organisme financier. »

44. Com. 27 sept. 2023, l'arrêt approuvant la sanction sur le fondement de la concurrence déloyale en cas de non-activation par un concurrent de son obligation légale de compliance. Cette question est développée techniquement *in* M.-A. Frison-Roche, « Obligation de Compliance : construire une structure de compliance produisant des effets crédibles au regard des Buts Monumentaux par le Législateur », préc. Dans le même ouvrage, elle l'est également dans l'étude « Compliance, Vigilance et Responsabilité civile : mettre en ordre et raison garder », p. 635-659.

Plus encore, la Cour d'appel de Paris a exigé par son arrêt du 18 juin 2024, *EDF*, que la personne ne peut prétendre avoir un droit d'action contre l'entreprise obligée d'adopter un plan de vigilance sans avoir un intérêt légitime et personnel pour demander des comptes à l'entreprise assujettie par la loi. L'intérêt du système, notamment énergétique, social et climatique, servi par cet outil de compliance, n'est pas représenté par un tel litigant qui ne peut prétendre que porter l'intérêt particulier qu'il a, en l'espèce un membre d'une communauté autochtone affectée par la construction⁴⁵.

8. Distinct de l'intérêt des litigants, l'intérêt des individus, « tiers éloignés » des litigants dans l'espace et dans le temps. L'on peut également penser, à tout le moins dans la conception que l'Europe a du droit de la compliance⁴⁶, que les systèmes soient défendus, maintenus, protégés à grands frais dans leur avenir afin que les êtres humains soient préservés. La protection des systèmes n'est donc qu'une protection médiate, c'est-à-dire une protection qui n'est recherchée que comme moyen de fournir une protection autre plus importante encore : c'est en effet la protection de l'être humain présent et futur impliqué dans le système qui est le « but monumental » du droit de la compliance, s'il fallait n'en désigner qu'un⁴⁷. C'est en tout cas la conception européenne, moins la conception américaine, et pas celle qui fonde le droit chinois de la conformité. Ceux-là ont vocation à être protégés dans le contentieux de la compliance. Il est possible qu'ils le soient par les litigants eux-mêmes, mais il ne faut pas prendre ce postulat comme définitivement acquis. En outre, parce que l'ambition qu'expriment les buts monumentaux de la compliance fournit la normativité juridique de toutes les règles⁴⁸ et imprègne par transitivité le contentieux de la compliance⁴⁹, ce ne sont pas les seules personnes concernées.

Ce que l'on propose de désigner ici comme les « tiers éloignés » sont en premier lieu les tiers qui sont pourtant rattachés à l'assujetti à travers le mécanisme de la chaîne de valeur. C'est même par souci de ces tiers géographiquement éloignés que la loi française dite « Vigilance » a été conçue, sur l'idée que l'entreprise maîtresse de fait des conditions de travail et de vie de

45. Paris, 18 juin 2024, *EDF*, préc. V. dans une analyse approfondie, Th. Goujon-Bethan, « Les enjeux présents et à venir de l'articulation des principes de procédure civile et commerciale avec la logique de compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, préc., p. 693-719.

46. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, préc. ; v. aussi « Compliance : avant, maintenant, après », in N. Borga, J.-Cl. Marin et J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2018, p. 23-36.

47. V. la démonstration dans ce sens, M.-A. Frison-Roche, « Les droits subjectifs, outils premiers et naturels du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2021, p. 301-323.

48. M.-A. Frison-Roche, « Les buts monumentaux, cœur battant du Droit de la Compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la Compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2022.

49. M.-A. Frison-Roche, « Droit de la compliance et contentieux systémique », préc.

ceux-ci doivent prendre en charge les risques d'atteintes graves à leurs droits. De la même façon et en second lieu, les « générations futures » sont des « tiers éloignés » non plus dans l'espace mais dans le temps. Mais ni les uns ni les autres n'ont en tant que tels accès à l'espace juridictionnel⁵⁰. Il serait alors logique que cela soit plutôt des personnes qui s'expriment pour porter leurs intérêts et qui participent pour ce faire à l'instance, et non pas au litige. En effet, les litigants pour porter directement ces intérêts-là doivent alors montrer qu'ils portent non seulement leur intérêt personnel mais encore cet intérêt qui les excède. La non-coïncidence d'intérêts, voire le conflit d'intérêts peut poser problème. C'est d'ailleurs dans une telle hypothèse où des intérêts sont présents mais ne sont pas directement représentés par les litigants que la matière devient gracieuse et que la procédure doit changer⁵¹.

*B – LA PART GRACIEUSE DANS LE CONTENTIEUX DE LA COMPLIANCE
EN RAISON DE LA PRÉSENCE DU FUTUR
DANS LES CAS DE COMPLIANCE*

9. Le futur, objet du contentieux de compliance. Cette évocation de l'intérêt à prendre en compte des « générations futures » conduit à un point essentiel : le droit de la compliance vise à assurer en *ex ante* la durabilité des systèmes, c'est-à-dire vise leur avenir. Les rapports de durabilité n'en sont qu'une autre illustration. Il s'agit du principe majeur du droit de la compliance, branche du droit qui vise à ce que les systèmes ne s'effondrent pas. Son objet est donc le futur. Le principe perdure dans le contentieux, le Haut Conseiller François Ancel ayant à juste titre posé la durabilité comme principe des procès de compliance⁵². Mais il est difficile de soutenir que le futur soit lui-même un litigant, même si l'on soutient que, y compris lorsqu'il s'agit d'un procès civil et comme c'est le cas dans les contentieux administratif et répressif, le contentieux est de type objectif. Même dans un contentieux objectif, les litigants défendent leurs intérêts et doivent d'ailleurs montrer à travers le préalable de leur droit d'action l'existence de leur intérêt particulier à agir⁵³.

50. Les « générations futures » plus difficilement que les tiers géographiquement éloignés du fait que, comme l'a souligné la CEDH dans sa décision du 9 avril 2024, CEDH, gr. ch., 9 avr. 2024, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et a. c. Suisse*, n° 53600/20, la qualité de sujet de droit leur fait défaut. V. par ex., B. Vassallo, « Les générations futures et le droit de l'environnement », in *Just. et cass.* 2024. 215. L'auteur favorable à cette notion souligne les attentes et les prises en considération mais aussi les incertitudes d'un tel concept et les réserves de la jurisprudence à son endroit.

51. Ce qui est l'objet de la seconde partie de cette étude.

52. F. Ancel, « Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ? », in Conseil d'État et Cour de cassation, *De la régulation à la compliance : quel rôle pour le juge ?*, Documentation française, 2024, p. 101-119.

53. Ce qui met le droit de la compliance dans sa dimension procédurale du côté du droit processuel. V. M.-A. Frison-Roche, « Le droit processuel, prototype de

10. L'impossibilité de trancher sur le futur, faute de pouvoir le connaître.

Ce futur est précisément incarné par lesdites générations futures, et des êtres juridiques, notamment des associations, ont pour fonction de porter ses intérêts, ce que leur objet social manifeste juridiquement. Cela supposera qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts entre l'intérêt représenté et ses représentants, dès l'instant qu'ils se présentent comme des litigants. Mais surtout parce qu'il s'agit du futur, il est en outre et de fait difficile de connaître ce que sont les intérêts du futur. Cela tient à la raison relevée par la Cour d'appel de La Haye dans son arrêt du 12 novembre 2024, dit *Shell*⁵⁴ : on ne connaît pas le futur. Les probabilités et les projections ne peuvent avoir le même statut probatoire, car il ne s'agit pas de les manier ici comme moyens de preuve mais comme objet de preuve : on reconstitue par probabilité non pas le passé ou le présent qu'il s'agit de prouver, mais l'objet même de preuve qu'est le futur. La probabilité s'inscrit alors aux deux enjeux probatoires : l'objet et le moyen⁵⁵. Les juges ont refusé d'engager la responsabilité sur cette double incertitude.

La Cour d'appel de La Haye en a déduit que le juge peut prendre en charge ces intérêts des tiers lointains dans le temps (parce que l'entreprise s'y était elle-même engagée) mais le juge ne peut pas le faire en lui prescrivant des mesures précises, notamment à travers un calendrier contraignant plutôt que par la technique préférable de la trajectoire. En l'espèce, la Cour invalide la démarche du Tribunal de La Haye qui, en se basant sur les rapports du GIEC, avait imposé des obligations précises selon un calendrier précis, la Cour posant que cela supposait une connaissance précise du futur, ce qui ne saurait être.

11. La loi chargeant les entreprises assujetties de veiller aux intérêts du futur confie aussi au juge la fonction gracieuse de protéger celui-ci.

Il apparaît ainsi que le contentieux de la compliance relève souvent d'une matière gracieuse mais que celle-ci n'apparaît qu'à l'occasion de litiges. En effet, les entités assujetties à la compliance, le plus souvent les grandes entreprises qui sont en position d'agir (les « opérateurs cruciaux⁵⁶ »), sont en charge d'exécuter une obligation légale visant à assurer la durabilité des systèmes, en détectant les risques et en prévenant les atteintes graves mettant en danger cette permanence et doivent préserver le bon fonctionnement des

l'obligation de compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, préc., p. 209-233.

54. Cour d'appel de La Haye, 12 nov. 2024, *Shell Plc c. Milieudefensie et al.*, n° 200.302.332/01.

55. Sur le « carré probatoire » fondant le système probatoire de la compliance, constitué par l'objet, la charge, les moyens et les dispenses, v. M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la Compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, préc., p. 409-442 ; sur son application en matière de vigilance, v. J.-Ch. Roda, « La preuve de la bonne exécution de la Vigilance au regard du système probatoire de Compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, préc., p. 679-689.

56. M.-A. Frison-Roche, « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial », *D.* 2006. Chron. 1895-1900.

systèmes pour qu'ils bénéficient aux êtres humains qui y sont impliqués. Le cas de compliance qui est soumis au juge peut ainsi débiter par une dispute, qui peut par exemple être ouverte par une personne impliquée dans le système (un investisseur du système financier, un internaute impliqué dans le système numérique, un titulaire de donnée dans le système algorithmique, etc.) contre un opérateur crucial de ces systèmes, opérateur assujéti à une obligation de compliance. De la même façon que ces cas soumis au juge relèvent ainsi en partie de ces disputes particulières requérant qu'elles soient tranchées entre les litigants, ils exigent aussi du juge qu'il s'assure que les structures de compliance effectivement mises en place produisent des effets crédibles au regard du futur, perspective gracieuse. Comme le juge civil le fait pour le futur des personnes à protéger en matière de tutelle ou de changement de régime matrimonial, le juge de la compliance doit pouvoir le faire concernant le futur des systèmes impliqués.

Cela relève alors de la part du gracieux dans l'office juridictionnel du juge de la compliance.

II – TRANSFORMATION ET ACTIVATION DE LA DÉMARCHE JUDICIAIRE GRACIEUSE POUR SE SAISIR DES SITUATIONS DE COMPLIANCE

12. Le juge dans sa « majesté gracieuse ». C'est donc en « majesté⁵⁷ » et par principe qu'il faut repenser l'office du juge de la compliance lorsqu'il est saisi de la part gracieuse de cette nouvelle branche du droit, et concevoir les procédures en conséquence (A). Ainsi conçus, la procédure et l'office du juge de la compliance peuvent être mieux activés pour que le gracieux y trouve sa pleine place (B).

A – REPENSER LA PROCÉDURE ET L'OFFICE DU JUGE DE LA COMPLIANCE POUR QUE LA MATIÈRE GRACIEUSE Y TROUVE SA PLEINE PLACE

13. À côté de l'office contentieux, activer par principe l'office gracieux. Il apparaît donc que pour bien rendre compte du droit de la compliance et des cas qui sont et seront portés devant toutes sortes de juges, notamment en matière de vigilance (à propos de laquelle la compétence

57. Classiquement c'est dans sa fonction contentieuse d'un juge qui tranche avec son glaive tel un Roi que le juge apparaît comme en « majesté ». Dans son office gracieux, on observe qu'il quittera cette figure hiératique, notamment en se rapprochant des parties. Cela peut évoluer dès l'instant que l'on appréciera la « dignité » du juge au fait qu'il contrôle l'application de la loi, protège effectivement les intérêts en jeu (critère de la matière gracieuse) et trouve des solutions aux difficultés. Le fait que les solutions amiables trouvées sous l'ombre portée du juge et grâce à son imperium ne soient toujours comptabilisées comme une activité équivalente à un jugement est signe que nous sommes encore de cette équivalence.

du Tribunal judiciaire de Paris n'est que spéciale et non pas exclusive⁵⁸), il faut admettre que le juge a sa pleine place dans le développement des systèmes de compliance⁵⁹, afin qu'au-delà des litiges singuliers ce soit l'intérêt des systèmes « en cause » qui devienne premier. À travers cette évolution, les techniques de compliance traduisent une perspective d'office gracieux qui va croissant.

14. L'illustration possible de la matière gracieuse par la CJIP, les techniques de la validation judiciaire et des engagements. En effet, la CJIP, sous le vocable plus sociologique que juridique de « contractualisation » de la justice, apparaît davantage comme un office gracieux lorsque le président du tribunal judiciaire valide cette convention. Plus encore, le juge civil et commercial pour bien contrôler la bonne prise en considération des intérêts des systèmes et des tiers lointains, souvent absents des prétentions des litigants, ou revendiqués à cor et à cri par des litigants pouvant être en conflit d'intérêts, doit exercer un office gracieux. Lequel est alors en premier lieu obligatoire et en second lieu se concentre non pas sur la question de savoir qui a raison et qui a tort (car cela est l'affaire d'un litige à trancher⁶⁰), mais des solutions à trouver dans l'intérêt des systèmes dans leur état futur.

De la même façon, la technique répandue et importante en droit de la compliance des « engagements⁶¹ », peut renvoyer à la matière gracieuse. Appréhendés de cette manière, on les maîtriserait sans doute mieux. En effet, les engagements n'ont pleine portée juridique que lorsqu'ils sont « actés » par le régulateur, notamment l'Autorité de concurrence qui les reprend dans une décision juridictionnelle unilatérale qui relève de la juridiction gracieuse. Parce que l'entreprise qui s'engage, notamment dans un programme de conformité, est la partie qui propose de le faire, tandis que le juge reprend sous forme juridictionnelle cette initiative et lui donne sa portée contraignante. L'on retrouve ici la définition que le droit romain donnait de la matière gracieuse comme donnant lieu à une « juridiction volontaire ».

15. Apparition de l'office gracieux comme office de plein exercice dans la juridiction de compliance. Comme cet office-là correspond mieux à ce qu'est le droit de la compliance que n'y correspond l'office contentieux, c'est bien lui qui devrait être le principe et l'office contentieux qui devrait en être l'exception, inversant ce qui est généralement dit dans le rapport entre la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse. Parce qu'il

58. Pour la démonstration de cela, F. Ancel, « Devoir de vigilance et litiges commerciaux : une compétence à partager », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, préc., p. 727-740.

59. M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, préc.

60. V. *supra*, § 3.

61. M.-A. Frison-Roche, « À quoi les engagements engagent », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, préc., p. 419-447.

s'agit de « situation⁶² », le système pouvant être qualifié comme constituant une immense situation, dans lequel des personnes doivent être protégées⁶³ (notamment dans la conception humaniste que l'Europe développe du droit de la compliance).

16. Passage de l'« arrière-plan du litige » au premier plan du souci du juge. À propos des cas juridictionnels de compliance et à très juste titre, Nicolas Cayrol a souligné qu'il ne s'agit pas de « litige ordinaire » puisque le droit de la compliance est « un droit de lutte » pour protéger la société contre ce qui la met le plus gravement en danger⁶⁴. L'auteur souligne qu'il s'agit de s'assurer que les entreprises assujetties ont bien prévenu les catastrophes en identifiant les risques et qu'il s'agit d'une sorte de « contentieux d'anticipation de l'*ex ante* », ce qui engendre des « procès d'un second type » (à côté des procédures de sanction) puisqu'il s'agit d'obtenir des actions efficaces pour l'avenir. Cela lui paraît un contentieux si particulier qu'il finit par douter même de sa nature contentieuse⁶⁵.

Effectivement ce qui est discuté dépasse d'une façon considérable la dispute entre les litigants et doit qualifier les procès qui se déroulent devant le juge, la dispute entre les parties n'y occupant qu'une part. Thibault Goujon-Bethan insiste sur la nécessité de « configurer » les procès en conséquence et l'importance des enjeux systémiques et des conflits de conception ou de revendications qu'ils suscitent. Il les qualifie comme constituant l'« arrière-litige » puisque c'est à travers l'affrontement singulier des deux parties singulières du litige de compliance que ces intérêts débattus apparaissent⁶⁶. L'auteur rappelle que le litige n'épuise pas la saisine du juge, évoquant la matière gracieuse pour exemple de cela. Cela signifie que les litigants ne peuvent pas s'approprier la titularité de ces intérêts systémiques immenses, ils doivent demeurer dans ce qui est leur espace, à savoir le litige. C'est par d'autres voies que les intérêts du système doivent être considérés.

62. C'est à ce titre que Xavier Lagarde (« Les métamorphoses de la matière gracieuse », in C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinel (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle ?*) affirme avec raison que le juge doit avec la même ampleur exercer à côté de l'office de trancher un litige (office contentieux) suivre des situations et résoudre les difficultés de celles-ci (office gracieux).

63. L'office gracieux ne se définissant plus par le fait qu'une « loi » demande au juge de l'exercer, mais par le fait qu'il s'agit de protéger une personne. C'est la démonstration faite par Cécile Chainais (« Le gracieux-juridiction », in C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinel (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle ?*, préc.) et par E. Jeuland (« Théorisation et droit comparé de la procédure gracieuse », *ibidem*, p. 25-39).

64. N. Cayrol, « Des principes processuels en droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, préc., p. 213-224.

65. *Ibidem*, « Parce que le contentieux de la compliance (si tant est qu'il s'agisse d'un contentieux) n'est pas un contentieux ordinaire, mais un contentieux de la prévention des risques systémiques majeurs pour la société qui appelle une pédagogie de la responsabilisation » (n° 12, p. 224).

66. Th. Goujon-Bethan, « Les enjeux présents et à venir de l'articulation des principes de procédure civile et commerciale avec la logique de compliance », préc.

Cela justifie de transformer la conception processuelle générale, qui ne doit pas être laissée aux parties, puisque, comme le conçoit parfaitement François Ancel qui suggère logiquement que le juge puisse « sortir du strict cadre du litige⁶⁷ ». En effet, il est exact que le système, le futur, ne sont pas « en litige », mais s'ils sont « en arrière » dans la construction des prétentions, des moyens et des arguments des litigants, dans la « situation » qui est portée à la connaissance du juge ils sont en revanche premiers.

C'est bien ce sur quoi doit porter « l'intelligence » du juge, pour reprendre l'expression juste de Nicolas Cayrol⁶⁸, c'est-à-dire l'ensemble de ce dont il est saisi et qu'il doit appréhender pour rendre une décision adéquate.

17. Traduire la part du gracieux dans une procédure conçue aussi comme un « lien de protection » au bénéfice des systèmes. Parce que la matière gracieuse ne se confond pas avec les procédures gracieuses, la matière gracieuse peut aussi apparaître à l'occasion d'un contentieux, voire comme en matière de compliance, peut être activée pleinement par un litige entre deux parties et requiert alors que le juge contrôle le respect de la loi et qu'il protège activement ce dont la « loi » (au sens matériel) a visé. Dans le droit de la compliance, il s'agira de la mise en place par l'opérateur assujéti à l'obligation de compliance des structures de place, et à la contribution crédible à la réalisation des buts monumentaux visés par le législateur⁶⁹.

La démonstration en a été souvent faite en droit de la famille et des personnes, ces branches du droit illustrant bien la nécessité de la protection des individus ou de groupe de personnes, le juge en matière familiale ayant par son office procédural pour mission de nouer un lien de protection avec l'intérêt en cause, celui de l'enfant par exemple. L'ouvrage de référence sur *L'énigme du gracieux* qualifie la traduction procédurale de la matière gracieuse non pas par le caractère unilatéral des procédures (lesquelles peuvent contenir du contentieux latent) mais par ce « rapport procédural de protection⁷⁰ ». Comme le souligne d'une façon générale Emmanuel Jeuland, l'office gracieux du juge qui se développe dans ce « lien procédural de protection » n'est en rien exceptionnel et exprime l'office plein du juge⁷¹.

67. F. Ancel, « Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ? », préc., p. 111.

68. N. Cayrol, « La saisine du juge », *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, préc., p. 99-110.

69. Sur la démonstration de cet office du juge impliqué par la matière gracieuse, v. d'une façon générale C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinel (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle ?*, préc.

70. V. not. E. Jeuland, « Théorisation et droit comparé de la procédure gracieuse », préc., spéc. p. 31 s. « Le rapport procédural de protection comme cadre ».

71. E. Jeuland conclut son article de la façon suivante : « La procédure gracieuse mettant en place un lien procédural de protection, n'est pas exceptionnelle par rapport à la procédure contentieuse et ne tombe pas hors de la mission essentielle du juge [...] Le concept de lien procédural de protection est applicable à toutes les procédures de protection comme les procédures de tutelles, les procédures d'homologation qui se sont multipliées, les procédures collectives [...] mais aussi aux procédures portant sur des voies d'exécution » (p. 37).

Le droit de la compliance illustre pareillement ce lien, notamment de compréhension, que le juge doit avoir avec les systèmes dont la protection présente et future constitue le principal objet du cas de compliance dont il est saisi. Le « Contentieux systémique » que constitue le contentieux de la compliance doit faciliter cela. Cet objet est difficile à appréhender car le cas est de ce fait même chargé de la technicité du système (bancaire, financier, numérique, énergétique, climatique, algorithmique, etc.) et que le juge doit comprendre les intérêts du système impliqué afin de protéger ceux-ci⁷².

18. Un lien de protection revendiqué par les régulateurs et les superviseurs dans leur fonction juridictionnelle, lien sans doute à construire dans les juridictions. Le lien de protection des systèmes est depuis toujours explicité par les autorités de régulation, y compris lorsque leur commission de sanction ou de règlement des différends interviennent⁷³. Comme nous l'avons montré avec Dominique d'Ambra, c'est encore plus net lorsqu'une autorité de supervision bancaire se substitue au juge des procédures collectives pour régler le cas d'un établissement bancaire en difficulté, car il s'agit alors à travers la solution apportée à sa situation particulière de sauvegarder la solidité du système bancaire lui-même⁷⁴. La culture judiciaire est moins encline à cela, mais parce que le droit de la compliance lui apporte un contentieux nouveau, qui est le prolongement de celui engendré par le droit de la régulation, ce souci systémique doit apparaître, la matière gracieuse pouvant être son expression procédurale.

19. Traduire la part du gracieux dans une procédure conçue dans un autre rapport au temps. En outre, c'est alors un autre rapport au temps qui, par cette reconnaissance de la part du gracieux dans l'office du juge, peut se mettre en place. En effet, comme cela a été montré à propos de cas de droit civil, le juge doit évaluer la situation dans son développement futur, doit l'accompagner. Le jugement n'est lui-même qu'un instant de mécanismes processuels et non pas nécessairement l'apogée de l'office du jugement, ce qu'il est certainement dans l'office contentieux. Dans l'office gracieux, y compris lorsqu'il y a aussi des litigants présents, sont essentiels la mise en état d'une part (qui permet de comprendre le système en cause) et « l'après-jugement » d'autre part, avec des moniteurs, ou des envois en conciliation, ou des clauses de rendez-vous, etc. Ces mécanismes sont des moyens plus adéquats qu'un grand coup d'épée qui, dans l'instant du jugement referme le litige, sans avoir toujours porté remède à la défaillance systémique de la situation et peut laisser la situation en l'état, alors même que l'objet est le futur de celle-ci.

72. M.-A. Frison-Roche, « Le juge requis pour une obligation de compliance effective », préc.

73. V. en dernier lieu, Colloque de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, *Quel rôle pour la sanction dans la régulation*, 14 oct. 2025.

74. D. d'Ambra et M.-A. Frison-Roche, « La résolution bancaire entre droit commun des procédures collectives et droit commun de la régulation », préc.

*B – L'ACTIVATION DE LA DÉMARCHE GRACIEUSE JUDICIAIRE
POUR SE SAISIR DES SITUATIONS DE COMPLIANCE*

20. La garde des conflits d'intérêts, part entière de l'office gracieux : le contrôle des intérêts défendus par les litigants. Il y a pourtant des disputes en matière de compliance, elles sont même spectaculaires. Comme dans tous contentieux, les cas sont variés. L'on insiste souvent sur le fait qu'elles mettent généralement face à face de très grandes entreprises et des associations. Lorsque des parties requièrent du juge qu'il exerce son pouvoir de protection de personnes qui doivent être protégées et ne peuvent se défendre elles-mêmes, par exemple les générations futures, elles le font au nom d'un intérêt général qui soutient de multiples prétentions. Parfois elles affirment qu'elles représenteraient la « société civile » ou le « bien commun », ce qui constitue des affirmations juridiquement plus hasardeuses. L'un des premiers offices du juge est de contrôler l'absence de conflits d'intérêts, chez la partie défenderesse et chez la partie demanderesse.

Cela suppose notamment une vérification des personnes qui contrôlent effectivement les parties litigantes. En effet, dans un procès civil ou commercial que l'on pourrait qualifier d'ordinaire pour l'opposer au procès de compliance que Nicolas Cayrol a qualifié à juste titre d'ampleur souvent « énormissime » en raison des intérêts systémiques présents et futurs portés à la connaissance du juge⁷⁵, cette vérification ne s'impose pas. Mais lorsqu'il s'agit d'enjeux systémiques, enjeux qui sont au premier plan par rapport au litige⁷⁶, le juge doit pouvoir vérifier qui sont les parties devant lui, surtout si l'une ou l'autre soutient qu'elle a la qualité pour représenter les intérêts du système, les intérêts de tous les internautes, les intérêts des générations futures, etc. Dans un cas ordinaire où le juge tranche un litige singulier entre deux parties, cela n'a pas lieu d'être mais dans un contentieux systémique de compliance, le premier office du juge est de pouvoir vérifier la qualité et l'intérêt des personnes présentes devant lui. Dans les matières gracieuses civiles, par exemple dans l'office du juge des tutelles, celui-ci contrôle que celui qui affirme se soucier de l'incapable agit vraiment dans l'intérêt de celui-ci. Une démarche de ce type doit se développer dans les causes de compliance.

21. Les « parties nécessaires » à l'instance pour activer l'office gracieux du juge de la compliance. Cela est d'autant plus requis que ces litigants nouveaux que sont les associations et les syndicats ont toutes leurs places. En effet, comme l'a affirmé la Cour d'appel de La Haye dans son arrêt du 12 novembre 2024⁷⁷, l'intérêt en cause, en l'espèce l'intérêt climatique, est si grand qu'il faut que le juge soit saisi, quand bien même il s'agit

75. Qualificatif utilisé par N. Cayrol dans son étude « Des principes processuels en droit de la compliance », préc., p. 221.

76. V. *supra*, § 15.

77. Cour d'appel de La Haye, 12 nov. 2024, *Shell Plc c. Milieudefensie et al.*, préc. réformant le jugement du Tribunal de La Haye du 26 mai 2021.

d'un juge civil dont l'intervention est demandée sur la base du Code civil. Parce qu'il risque de ne pas l'être, en quelque sorte faute de litige, il faut donc des « parties nécessaires », c'est-à-dire des entités qui sont peut-être animées par des intérêts autres (ce que le juge doit pouvoir vérifier) ou dont on peut questionner la légitimité (ce qui est une question politique et non plus juridique) mais qui ont le mérite processuel incontestable de saisir le juge et de permettre à celui-ci d'appréhender la situation.

Pour raison garder, il faut donc poser que ces « parties nécessaires » ont le mérite de dépasser le litige pour revendiquer la défense d'un intérêt collectif (et non pas général) mais qu'elles doivent en conséquence être transparentes pour que le juge puisse contrôler non seulement que l'intérêt collectif défendu correspond à leur objet social, comme l'a fait la Cour d'appel de Paris dans ses arrêts du 18 juin 2024⁷⁸, mais encore correspond à un intérêt légitime défendu par ceux qui les contrôlent.

22. Ministère public, autorités de régulation et de supervision, sachants. C'est pourquoi la « partie nécessaire » par excellence est le ministère public⁷⁹, gardien de la pérennité des systèmes, par nature exprimée par le droit pénal mais excédant cette branche du droit, partie naturelle de la matière gracieuse⁸⁰ en ce qu'il décèle les conflits d'intérêts possibles chez la partie qui exerce le pouvoir au nom d'un intérêt qui dépasse le sien⁸¹. Sa place et son rôle ont vocation à s'étendre au fur et à mesure que la part du gracieux dans la juridiction civile et commerciale de la compliance sera identifiée du fait de son caractère systémique⁸². Les autorités de régulation, elles aussi gardiennes de ces enjeux systémiques⁸³, ont vocation à y participer, notamment en donnant des avis, soit parce qu'un texte le prévoit, soit en tant qu'*amicus curiae*. En outre, parce que les systèmes sont des faits (ce qui implique que ces contentieux accroissent la puissance du juge et la portée de son jugement sans porter atteinte à la prohibition des arrêts de

78. N. parmi les trois arrêts préc. rendus par la Cour d'appel de Paris le 18 juin 2024, v. l'arrêt dit *TotalEnergie*.

79. V. par ex. les développements d'Y. Strickler (« Matière et procédure gracieuses », *J.-Cl. Pr. civ.*, fasc. 500-45) sur la « présence ajoutée du ministère public » (§ 42).

80. C'est pourquoi A. Caron-Dégli (« La protection des personnes les plus vulnérables : une procédure spécifique reposant sur le juge, garant des libertés fondamentales de fond et de procédure », in C. Chainais, X. Lagarde et A. Martinel (dir.), *L'énigme du gracieux. Quel avenir pour la protection juridictionnelle ?*) rappelle qu'en matière gracieuse le « lien procédural de protection ne concerne pas que le juge : il associe le ministère public car l'ordre public est concerné... » (p. 96).

81. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, coll. « Droit civil. Études et Recherches », 1985, 250 p. Sur l'articulation entre la notion de pouvoir et l'action en justice, v. par ex. M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 1-17.

82. « Le rôle du parquet dans le contentieux systémique émergent », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le contentieux systémique émergent*, Lextenso, coll. « Droit & Économie », à paraître.

83. V. *supra*, § 17.

règlement⁸⁴), ceux qui maîtrisent techniquement ces systèmes ont vocation à intervenir dans ce « lien procédural de protection » (si l'on prend le vocabulaire processuel proposé pour traduire la matière gracieuse) ou en tant que « partie à l'instance » si l'on prend cette expression pour l'opposer à la position de la « partie au litige ».

23. Par principe, des pouvoirs pour connaître et comprendre les systèmes. Le juge quant à lui doit être, ici plus encore que dans les autres procédures, le maître de l'instance, le principe dispositif valant davantage pour le traitement procédural du litige que pour ce qui relève de la matière gracieuse. Si l'on considère que son premier objet est le système dont les intérêts sont « en cause », le juge doit avoir les moyens de connaître et de comprendre celui-ci. Il n'a pas été formé pour cela. Cela a justifié la création des autorités de régulation, sortes de juges spécialisés mais aussi la constitution des chambres spécialisée de la Cour d'appel de Paris et du Tribunal judiciaire de Paris, constitution qui n'absorbe pas pour autant la matière⁸⁵. Il convient donc de développer les pouvoirs d'instruction du juge civil et commercial⁸⁶.

24. Par principe, des pouvoirs pour que s'élaborent des solutions pour le futur : les remédiations sous l'ombre portée du juge. D'une façon corrélée, dès l'instant que le juge comprendra mieux lui-même les intérêts présents et futurs des systèmes impliqués dans la cause portée devant lui, la mise en état et la façon de tenir les audiences pouvant contribuer à cela⁸⁷, il doit dans le même esprit pouvoir être à même de participer à trouver les remèdes aux difficultés des systèmes, à leurs défaillances, fragilités, risques, etc. Le modèle historique est celui de la régulation bancaire. Cela pourra être le renvoi en médiation, l'obtention d'engagements unilatéraux ou réciproques, la nomination d'un tiers pour évaluer ou pour monitorer. L'on peut aussi penser au-delà du « dialogue des juges » et aux techniques classiques des renvois et demandes d'avis, à des structures plus pérennes puisqu'il s'agit d'une juridiction qui intègre la durée, mettant en cause les intérêts de systèmes permanents, structures qui pourraient réunir dans des sortes de « chambres mixtes exogènes » des magistrats de juridictions de branches différentes ou localité différentes (plutôt que de penser en termes de compétence exclusive).

25. Pour rendre compte de la part du gracieux dans la juridiction de la compliance, une montée de l'inquisitoire, une montée de l'accusatoire. Ainsi, pour que le gracieux prenne sa part dans la juridiction de la compliance,

84. M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portées devant le juge », 2021, disponible sur le site www.mafr.fr.

85. F. Ancel, « Devoir de vigilance et litiges commerciaux : une compétence à partager ? », préc.

86. E. Verges, « Le juge civil, quel juge d'instruction ? », in C. Chainais, X. Lagarde, B. Pircyre (dir.), *Le juge civil, un juge d'instruction ?*, IRJS éditions, 2023, p. 113 s., not. la dernière partie.

87. Sur la façon dont les audiences peuvent être concrètement tenues dans les contentieux systémiques, M.-A. Frison-Roche in *Le contentieux systémique émergent*, à paraître.

il faudra à la fois plus d'inquisitoire, par exemple pour que le juge puisse mieux comprendre le système, et plus d'accusatoire pour que les parties puissent participer à la mise en état, davantage se concilier, trouver elles-mêmes des solutions favorables au système « en cause ».

26. Conclusion. Vers la voie d'une juridiction systémique de la compliance mettant le gracieux en principe. Il ressort de ces réflexions que dans les cas de compliance qui sont portés à la connaissance des juges, ce dont ils doivent avoir souci et intelligence en premier lieu ce sont des intérêts des systèmes impliqués par la situation, ressortant avec plus ou moins de fidélité des prétentions articulées devant eux. Cela relève de la matière gracieuse du cas, appelant de leur part un office protecteur des intérêts présents et futurs des systèmes impliqués, une surveillance des possibles conflits d'intérêts et une part active dans l'élaboration de remèdes effectifs, efficaces et efficients pour l'avenir. Le développement de cet office gracieux doit donner place à la fois pour davantage d'inquisitoire et davantage d'accusatoire, organisé ou incité par le juge lui-même.
