

# Définition du principe ■ de proportionnalité ■ et définition du droit de la compliance<sup>1</sup>

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE**

*Agrégée des Facultés de Droit*

*Directeur du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

Mesurer les rapports entre le principe de proportionnalité et le droit de la compliance dépend entièrement de la définition que l'on retient du droit de la compliance. Prenons tout d'abord la définition du droit de la compliance comme simple « mode d'efficacité » des règles auxquelles on tient. Plus on en reste à cette définition procédurale du droit de la compliance comme un mode d'efficacité des règles, moins on détectera de spécificités dans l'application qui y est faite du principe de proportionnalité. On trouvera certes de très nombreux exemples d'application de celui-ci, mais l'addition et la variété des exemples ne suffisent pas à sculpter un rapport original entre proportionnalité et compliance.

L'exercice n'est pas inutile pour autant. En effet, dans la confusion qui marque encore l'émergence du droit de la compliance, la nature juridique des mécanismes de compliance demeure contestée. Or, l'imposition de la proportionnalité, non seulement en tant qu'obligation mais aussi en tant que limitation des pouvoirs dans cette première définition qui voudrait se centrer sur l'efficacité, rappelle que la compliance, conçue comme « *process* », ne serait alors supportable, à tout le moins, que comme « procédure » ancrée dans l'État de droit, donc autolimitée. Mais la proportionnalité est alors comme une douche froide dans la compliance, puisqu'elle exprime l'autolimitation dans

---

1. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements supplémentaires, de nombreuses références techniques et de liens hypertextes. Il est librement accessible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/proportionnalite-et-conformite-in-compliance-et-pr/>

un Droit qui n'aurait pourtant pour seule définition que l'efficacité. De l'inefficacité dans l'efficacité : ce n'est plus une relation, c'est alors une opposition qui s'établit entre les deux termes...

Si l'on a cette définition du droit de la compliance, l'on n'a pas d'autre choix que de se mettre dans cette quadrature du cercle car, dans cette définition procédurale de la compliance comme méthode d'effectivité, d'efficacité et d'efficience des règles que l'on aime plus que d'autres, il faut pourtant bien admettre que la compliance, puisqu'elle est branche du Droit, sauf à se dédire de sa nature même, doit s'ancrer dans l'État de droit.

Dans cette nouvelle branche du Droit, par le principe de proportionnalité viennent de force s'ancrer des solutions classiques issues des droits constitutionnel, public ou pénal ; l'on demande au principe de proportionnalité d'interdire à la compliance de n'être qu'un *process*. Le droit de la répression a une large part dans cette conception, le principe de proportionnalité venant rappeler aux organes répressifs de compliance la part que le droit pénal y prend encore dans l'admission d'inefficacité que le Droit pénal exige, par le respect des droits fondamentaux des personnes notamment face aux technologies performantes de la compliance.

Dans cette première définition, le principe de proportionnalité vient ainsi rappeler à la compliance, toute entière tenue dans l'idée d'efficacité, qu'elle est un « droit » de la compliance et qu'en cela ancrée, il lui faut limiter son efficacité. C'est donc une sorte de prix que ces techniques versent, à regret, à l'État de droit et notamment aux libertés des êtres humains. La tentation est forte de ne pas vouloir payer ce prix, par exemple, en affirmant qu'il existerait un nouveau monde technologique, que le nouveau système, tout entier en algorithmes, va promouvoir dans un éloignement du Droit, rejeté vers l'Ancien Monde. Nous le lisons souvent, nous le voyons en Chine. D'autres affirment qu'il faudrait « faire la balance ». Mais à faire la balance entre l'efficacité et l'autolimitation, l'on sait très bien qui va l'emporter...

Alors pourquoi ne pas regarder plutôt du côté d'une définition du droit de la compliance où, tout au contraire, les deux notions, au lieu de s'opposer, s'épaient ?

En effet, le droit de la compliance se définit alors dans le prolongement du droit de la régulation comme un ensemble de règles, d'institutions, de principes, de méthodes et de décisions prenant leur sens et leur normativité dans des buts qui lui sont spécifiques. Dans cette définition à la fois propre et substantielle, ces « buts monumentaux » sont systémiques et requièrent que tous les moyens soient mobilisés pour qu'ils soient atteints. Futurs et de nature négative (des événements ne devant pas advenir) mais aussi futurs et de nature positive (des événements devant advenir), le droit de la compliance ne s'applique pas à toutes les règles dont nous souhaitons l'efficacité (car pourquoi ne pas vouloir l'efficacité de toutes les règles ?), mais à ce type particulier

de « buts monumentaux », dans une alliance entre les autorités politiques en charge du futur des groupes humains et les entités en position de mobiliser leurs moyens. La méthode est alors différente. Il ne s'agit plus de retrancher et la perspective de la répression doit passer au second plan.

Une inversion se produit.

La proportionnalité cesse d'être ce qui limite l'efficacité pour devenir au contraire ce qui accroît l'efficacité. Dès l'instant que l'on raisonne à partir du but, ce qu'implique la nature téléologique du droit de la compliance, la proportionnalité n'est pas la conséquence de la limitation, comme cela s'opère dans le principe de « nécessité » de la loi pénale, en tant que celle-ci est une exception : tout mécanisme juridique constituant un « outil de la compliance » n'ayant de sens que par rapport à un « but monumental », il doit être utilisé aussi largement que nécessaire. Il est alors essentiel de fixer les « buts monumentaux du droit de la compliance ». Comme c'est là qu'est logée la normativité juridique de la compliance, le contrôle doit d'une façon première porter sur cela. Puis tous les outils de la compliance doivent s'ajuster d'une façon « proportionnée » à ses buts, c'est-à-dire efficacement ajustés à ceux-ci : **pas plus qu'il n'est nécessaire, mais autant qu'il est nécessaire.**

La règle contraire au principe de proportionnalité est alors non pas la règle de principe (par rapport à une exception dont il faudrait toujours partir) mais la règle inutile pour atteindre le but. La règle inutile est ainsi la règle véritablement disproportionnée : c'est qu'il faut lire le contrôle judiciaire des sanctions excessives, non pas par la notion de « la limite » mais par la notion de « l'inutile ». Il ne faut pas frapper inutilement. Cela signifie que tout pouvoir utile pour atteindre le but est tacitement mais nécessairement conféré à l'entreprise sujet du droit de la compliance.

Tout repose alors sur la qualité juridique du but, puisque c'est de lui que découlent les pouvoirs. De droit – et cela mériterait d'être une exigence de niveau constitutionnel – le but doit toujours être lisible, compréhensible, non contradictoire, atteignable.

Cela accroît l'office du juge. Cela renouvelle aussi le pouvoir du législateur dans une conception qui cesse d'être discrétionnaire.

Le législateur garde certes l'apanage de fixer les buts monumentaux, tandis que le juge regarde la qualité de la formulation qu'il en a faite, afin de pouvoir mesurer la proportionnalité des moyens qui sont mis en place par l'État et par les entreprises, et que les entreprises peuvent se rallier aux buts monumentaux du politique en faisant alliance avec lui, mais certainement pas en instituer d'autres d'une façon autonome car les entreprises ne sont pas des entités politiques normatives, mais elles sont libres de déterminer les moyens nécessaires pour atteindre ces buts, le juge contrôlant le mécanisme de proportionnalité qui fait fonctionner l'ensemble de ce nouveau système.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel allemand exprime cette conception-là. Elle est pleinement conforme à ce qu'est le droit de la compliance dans ce qu'est le but monumental qui contient tous les buts monumentaux systémiques : la protection de l'être humain. L'examen du droit positif montre à quel point les cours suprêmes et les autorités qui préservent les systèmes, comme la Banque centrale européenne, en tant que gardiens des systèmes, s'opposent à des juridictions, notamment pénales qui se présentent comme gardiennes des libertés.

Il me semble que ces affrontements ne sont pas inéluctables, parce qu'ils sont fondés dans un enjeu de définition de ce qu'est la « conformité ». En effet, l'on peut se contenter d'appréhender les mécanismes de conformité comme des *process* ayant pour objet d'obtenir le respect de l'ensemble de la réglementation qui s'applique à l'entreprise, une sorte de « voies d'exécution en *ex ante* » qui permet d'obtenir l'effectivité des règles par avance sans qu'il soit nécessaire de sanctions en *ex post* (car il vaut mieux prévenir que guérir), l'assujetti prenant en charge lui-même cette effectivité et étant sanctionné non plus pour avoir violé la règle ainsi gardée mais pour avoir violé la règle qui garde la règle, avec une violence plus grande que s'il avait violé la règle substantielle ainsi gardée par les techniques de compliance. Le principe de proportionnalité vient limiter cette exigence ainsi internalisée et la violence de cette internalisation. Dès lors, la proportionnalité limite au nom de l'État de droit l'efficacité du droit de la conformité : la proportionnalité est la dose légitime d'inefficacité dans ce droit de l'efficacité que serait le droit de la conformité. On se résignerait à cet oxymore. C'est peut-être encore la perspective de beaucoup de jurisprudences rendues.

Mais si l'on ne se résigne pas à cet oxymore et à la solution faible de la « mise en balance », l'on peut au contraire repartir de l'autre définition du droit de la compliance, non plus procédurale, mais substantielle. Si l'on reprend la définition de la proportionnalité comme l'usage de pas plus de moyens qu'il n'est nécessaire mais autant de moyens qu'il est nécessaire, alors puisqu'il s'agit de mesurer les moyens, il est inévitable de se tourner vers les buts. Et ceux-ci doivent bénéficier de tous les moyens requis pour les atteindre. En cela, le principe de proportionnalité est peut-être ce qui limite le droit de la conformité (conception procédurale) mais c'est certainement aussi ce qui accroît le droit de la compliance, puisque tous les moyens nécessaires doivent être conférés, même dans le silence des textes, et les moyens inutiles délaissés. Et c'est ainsi que raisonnent le Tribunal constitutionnel allemand et le Conseil d'État face aux enjeux climatiques. On est alors conduit à repenser le bon usage du principe de proportionnalité dans le droit de la compliance, en fonction de la définition que l'on donne à celui-ci.

Il en résulte qu'il faut comprendre le rapport entre la compliance et la proportionnalité à travers le couple « principe/exceptions » mais aussi au-delà de celui-ci, puisque le droit de la compliance n'est pas qu'une exception légitime,

il est aussi, voire au contraire, le support, ce que sont désormais les principes les plus fondamentaux de l'État de droit (I). Une fois cela établi, l'on doit observer les conséquences techniques qui en découlent, qui ne sont pas tant un contrôle et une limitation des pouvoirs de l'État qu'une validation des pouvoirs des entreprises, puisque ceux-ci doivent être ceux requis pour que celles-ci puissent exécuter la tâche qui est désormais, de gré ou de force, la leur (II). Ainsi, le pouvoir disproportionné et qui doit être sanctionné à ce titre est le pouvoir inutile ou inapte au regard des buts, ce qui vaut dans une nouvelle définition du principe de proportionnalité, ainsi éclairé par le droit de la compliance, aussi bien à l'égard des pouvoirs des entreprises qu'à l'égard des pouvoirs du législateur (III). De cette manière, symétriquement éclairées, la proportionnalité et la compliance renouvellent les sources du Droit et permettront de construire le droit de l'avenir.

## **I. COMPRENDRE LE RAPPORT ENTRE LA COMPLIANCE ET LA PROPORTIONNALITÉ À TRAVERS LE COUPLE « PRINCIPE/EXCEPTION » ET AU-DELÀ DE CELUI-CI**

Dans la majorité des présentations qui en sont faites, les applications du principe de proportionnalité aux situations régies par le droit de la compliance renvoient à la qualification de celui-ci comme une exception, qui doit donc se justifier et ne se développer que dans la « limite » de la proportionnalité par rapport à des objectifs strictement définis, impliquant que la compliance soit elle-même une exception, ou que les modalités techniques qu'elle emprunte, par exemple une sanction, sont elles aussi par nature une exception (A). L'on retrouve alors à travers la compliance le lien entre le principe de proportionnalité et le contrôle de tout ce qui doit demeurer dans les limites du supportable, c'est-à-dire les pouvoirs exceptionnels et, en deçà des modalités, l'on retrouve l'idée que la compliance elle-même doit être « supportée » (au sens français du terme) parce qu'elle serait une sorte de « mal nécessaire ». C'est si souvent ainsi qu'elle est présentée...

Mais pour ne prendre d'abord que la question des modalités, si cela est exact pour les sanctions, parce que c'est le régime général des sanctions et non particulièrement parce qu'il s'agit de droit de la compliance, les sanctions ne sont pas les uniques outils de la compliance. Pour prendre ensuite la question de la branche du Droit elle-même, par nature le droit de la compliance ne se définit pas comme une « exception » à ce qui serait un principe à l'aune duquel tout devrait lui être mesuré. Dès lors, la perspective s'inverse, car parce que le droit de la compliance est une branche du Droit autonome qui porte des principes fondamentaux, comme la protection de la personne, de l'environnement, etc., face à des enjeux systémiques qui sont devant nous (sanitaires et climatiques), alors le droit de la compliance ne peut pas avoir ce statut d'exception impliquant l'usage limitatif exigé par le principe de

proportionnalité. C'est même l'inverse. Puisque la proportionnalité est liée à la nature téléologique du Droit et que la proportionnalité est la formulation actuelle du principe de nécessité, qui justifie même que le sujet de droit, ici l'entreprise, en charge de réaliser les « buts monumentaux » de la compliance, puisse librement et largement utiliser tous les moyens qui sont nécessaires pour réaliser les buts, et cela même dans le silence des textes (B). Le principe de proportionnalité doit donc être ce qui légitime et accroît les pouvoirs de l'entreprise afin qu'elle atteigne mieux les buts monumentaux de la compliance, et non ce qui limiterait ses pouvoirs, sauf l'hypothèse particulière et cernée des sanctions, à laquelle il ne faut pas réduire le droit de la compliance, branche du Droit *ex ante*

#### **A. LE MÉCANISME DE PROPORTIONNALITÉ, EXPRESSION DE LA CONCEPTION DE LA COMPLIANCE, PAR NATURE ET DANS SES MODALITÉS, COMME UNE EXCEPTION AU PRINCIPE DE LIBERTÉ**

Mesurer les rapports entre le principe de proportionnalité et le droit de la compliance dépend entièrement de la définition que l'on retient du droit de la compliance. Prenons tout d'abord la définition du droit de la compliance quand on réduit celui-ci à être un « **mode d'efficacité** » des règles auxquelles on tient tout particulièrement. Plus on en reste à cette définition procédurale du droit de la compliance comme un mode d'efficacité des règles et moins on détectera de spécificités dans l'application qui est faite du principe de proportionnalité. On trouvera certes de très nombreux exemples d'application du principe de proportionnalité mais l'addition et la variété des exemples ne suffisent pas à cerner un rapport original entre proportionnalité et compliance.

En effet, le principe de proportionnalité est ce qui justifie l'atteinte à un principe et plus particulièrement au principe de liberté. Celle-ci étant menacée par l'ingérence de l'État, point de départ dans la jurisprudence allemande, cette ingérence sera néanmoins supportable si le préjudice que cela engendre est justifié dans un rapport raisonnable exprimé par un bénéfice ainsi obtenu au regard de l'objectif assigné et par la nécessité de porter atteinte à la liberté ainsi contrariée. Le principe de proportionnalité est ainsi manié avant tout par les juridictions, qu'il s'agisse de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme, ou des cours constitutionnelles, éventuellement d'ailleurs pour mieux se disputer entre elles. Il est normal que dans cette perspective ce soit la Cour européenne qui en ait fait le plus grand usage, puisqu'il s'agit souvent de limiter les pouvoirs de l'État menaçant les êtres humains.

Comme pour tout autre instrument de pouvoir, le principe de proportionnalité vient alors toujours réduire la compliance, certes en la légitimant mais en réduisant donc son efficacité, alors que le droit de la compliance aurait

pourtant été défini comme un « mode d'efficacité »... Si l'on exprime cela en termes élégants, l'on parlera d'oxymore, si l'on est pessimiste l'on qualifiera la relation comme constituant une aporie.

L'exercice de rapprochement est moins périlleux concernant non pas la branche du Droit elle-même, qui semble contredire l'idée même de limite d'efficacité, mais concernant les modalités, car le sujet perd sa spécificité et illustre alors plus généralement le statut des actes normatifs de l'État et l'utilisation des différents pouvoirs, dès l'instant qu'il s'agit des sanctions ; il n'est pas inutile pour autant d'opérer un tel rapprochement, moins spécifique.

En effet, dans la confusion qui marque encore le droit naissant de la compliance, la nature juridique des mécanismes de compliance reste contestée. Rendre plus effectives et efficaces les règles en obligeant les entreprises qui y sont soumises à se structurer pour donner activement à voir qu'elles respectent ces règles et qu'elles obtiennent leur respect de la part des personnes dont elles répondent, est une définition formelle. Le droit de la compliance est alors une sorte de « voies d'exécution » qui frappent non plus après un comportement, mais avant tout comportement (la prévention et la détection étant les enjeux essentiels), une voie d'effectivité, un accroissement de l'*enforcement* qui intervient en *ex ante*.

Dans cette définition formelle de la compliance, l'on insiste sur les multiples instruments qui visent à obtenir des personnes et des organisations que celles-ci donnent à voir le respect effectif des règles qui les visent ou qui concernent les personnes dont elles répondent. En cela, le droit de la compliance est déjà une exception par rapport à un principe : celui de la liberté d'action, le fait de répondre de son action ne venant qu'ultérieurement sous la forme d'une responsabilité *ex post*.

Le droit de la compliance, en ce qu'il contraint en *ex ante* les personnes et les entreprises à se comporter d'une certaine façon, prescriptions que le système juridique les oblige à suivre, serait donc en lui-même exceptionnel, par rapport au principe de liberté, qui nous permet de faire ce que nous voulons, sauf à en répondre plus tard si un manquement est démontré par qui nous le reproche. Le droit de la compliance prolonge ainsi le droit de la régulation, qui pose également une réglementation que les opérateurs doivent suivre et observer afin de pouvoir agir. Régulation et compliance seraient donc une exception par rapport au principe de liberté, lequel trouve son expression économique dans le droit de la concurrence, construit sur le principe de la liberté d'entreprendre. C'est si souvent présenté ainsi...

En cela, le principe de proportionnalité, en tant qu'il limite la portée de l'exception, vient toujours protéger la liberté à laquelle l'exception porte atteinte. Ainsi, en ce qu'il est utilisé pour contrôler l'activité normative de l'État dans l'économie, le principe de proportionnalité conforte donc comme principe ce qui est contraire à cette activité, à savoir la liberté d'entreprendre.

La compliance, qui exige tant d'information à construire et à transmettre, de contrôle à mener, de vigilance à assurer, etc., étant alors traitée comme une exception par rapport à la liberté de s'organiser et d'agir, aurait donc un statut d'exception, régi en cela par le principe de proportionnalité, activé parce qu'il permettrait de limiter au « strict nécessaire » cette exception. Par exemple, il faudrait être vigilant, avec le poids que cela implique, certes autant qu'il est nécessaire mais surtout pas plus qu'il n'est nécessaire : celui qui est dans l'exception que serait donc la compliance devrait ainsi toujours apporter la preuve de cette nécessité et apporter la preuve qu'il ne dépasse pas la « limite ».

Plus encore, il y aurait exception sur exception. En effet, parmi les instruments utilisés par le droit de la compliance, il y a certes des incitations ou des engagements, qui par le consentement des intéressés ne froissent donc pas leur liberté, mais les sanctions, qui y occupent une place centrale. Or, les sanctions ont effectivement constitutionnellement rang d'exception par rapport à la liberté. Non plus la précitée liberté d'entreprendre, mais la liberté d'aller et venir, lorsque la sanction encourue est l'emprisonnement, ou la liberté d'user de ses moyens financiers à sa guise si la sanction encourue est une amende, ou la liberté de circuler et de s'exprimer si la sanction est une limitation des contenus.

**Dans cette perspective, le droit de la compliance serait ainsi doublement une exception, et par sa nature et par ses principales modalités.**

Si l'on raisonne ainsi, en ne distinguant pas ce qui relève des sanctions (dont pourtant le statut est dans l'État de droit tout à fait à part et en rien spécifique au droit de la compliance) de tout le reste, tout en attribuant un statut exceptionnel à tout le reste, à tous les autres outils de la compliance et à la définition même de la compliance, alors c'est l'ensemble de toute la branche du Droit qui va subir cette limite intrinsèque à l'adoption des règles exceptionnelles et à l'exercice de ces modalités exceptionnelles qu'impliquerait le principe de proportionnalité.

En effet, le principe de proportionnalité exige que ces atteintes aux principes soient « supportables », au sens français du terme, c'est-à-dire que l'entame faite au principe par l'exception soit admissible : cela ne peut l'être que si cet îlot d'une règle contraire au principe est justifié par un rapport de proportionnalité au regard de ce qui est l'objectif expliquant l'adoption de cette règle exceptionnelle (par exemple l'ordre public ou l'intérêt général).

De la même façon, l'exercice de la modalité exceptionnelle, comme d'une façon générale une sanction, est justifié dans un rapport de proportionnalité en considération de la gravité de la faute, à la situation de la personne et à l'objectif de la règle tenue strictement à ces critères, devenue ainsi supportable pour ceux qui la subissent. Mais ce qui est constitutionnellement acquis pour les sanctions, non pas parce qu'elles sont des modalités de compliance, mais en tant qu'elles sont des sanctions, ne devrait pas être présenté comme acquis

pour tout le reste, ni pour les autres instruments de compliance, ni pour la branche du Droit en tant que telle.

Pourtant, à travers le principe de proportionnalité, c'est le plus souvent la différence entre un mécanisme de principe et un mécanisme d'exception qui apparaît nettement, avec les conséquences techniques qui ont un impact pratique considérable. En effet, un principe, parce qu'il est un principe, n'a pas besoin de justification supplémentaire. Il se tient par lui-même. Il en est ainsi de la liberté. Alors qu'une exception, parce qu'elle est une exception, ne pourra demeurer que « supportée », au sens anglais du terme, par ces différentes justifications, énoncées expressément par celui qui émet la règle ou celui qui manie la règle. Dès l'instant que l'on est dans l'exception, la marge se réduit, la « discrétion » est exclue.

Si l'on considère que tous les mécanismes de compliance sont des exceptions, dans leur nature même, quelles qu'en soient leur modalité au-delà du cas particulier des sanctions, il faudrait en conclure que tous les outils de la compliance doivent être limités par la proportionnalité afin qu'ils soient supportables.

Pour résumer, ainsi conçu, le principe de proportionnalité sous-entend que le droit de la compliance lui-même est de nature exceptionnelle, dans son existence et dans toutes ses modalités, dont on ne mettrait pas à part les sanctions qui pourtant relèvent d'un statut qui dépasse largement la seule branche du droit de la compliance.

Or, cette conception pose un problème essentiel.

En effet, dans cette première définition du droit de la compliance voulant se centrer sur l'efficacité, et dès l'instant qu'on adopte celle-ci, on est conduit à insérer dans le droit de la compliance sa propre limite, au-delà du sujet particulier des sanctions. Cela suppose que la compliance, conçue comme « *process* », bute sur la proportionnalité, puisque ce « *process* de compliance » ne serait donc supportable, à tout le moins, que comme « procédure » : la transformation du « *process* » en « procédure » ancre la compliance dans l'État de droit, donc autolimité. Mais **la proportionnalité est alors comme une douche froide dans la compliance, puisque c'est l'autolimitation au cœur d'un droit qui n'aurait pourtant pour seule définition que l'efficacité.**

**De l'inefficacité dans l'efficacité... Ce n'est plus une relation, c'est alors une opposition** qui s'établit entre les deux termes... L'admission du principe de proportionnalité est donc une remise en cause radicale de cette définition, formelle, par ailleurs si pauvre, du droit de la compliance.

En effet, si l'on se contente de cette définition du droit de la compliance, l'on n'a pas d'autre choix que de se mettre dans cette quadrature du cercle car dans cette définition procédurale de la compliance, comme méthode d'effectivité, d'efficacité et d'efficience des règles que l'on voudrait pourtant voir concrétisées plus que d'autres (la concurrence en vrai, l'information en vrai, la protection

des enfants en vrai, etc.), il faut pourtant bien admettre leur limitation car, parce que la compliance est du droit, il faut aussi faire en sorte que, comme toute branche du Droit, sauf à dédire sa nature même, la compliance s'ancre dans l'État de droit et donc intègre ce principe limitant qu'est la proportionnalité.

Par le principe de proportionnalité, de force dans cette branche nouvelle du Droit, viennent s'ancre des solutions classiques venues des droits constitutionnel, public, européen, ou pénal, le droit des affaires lui ayant fait place plus récemment : c'est alors ce qu'on demanderait au principe de proportionnalité, de limiter la compliance dans l'envergure de sa puissance.

Les mécanismes de compliance sont certes insérés dans l'État de droit et il est exclu qu'ils soient utilisés d'une façon discrétionnaire par les entreprises qui les manient. Le droit de la répression a une large part dans cette conception et le principe de proportionnalité vient lui rappeler la part que le droit pénal prend encore dans l'admission d'inefficacité que le Droit exige, notamment face aux technologies de la compliance. Effectivement et comme l'a très bien écrit Etienne Muller dans un article sur « La singularité des libertés économiques » (2021), après avoir longuement exposé tout ce mécanisme du principe et de l'exception admissible grâce à la proportionnalité : « l'ordre public relativise toutes les libertés. Mais que dire alors d'une liberté à laquelle l'Administration peut porter atteinte pour tout motif d'intérêt général, sous la seule réserve de la proportionnalité ? »

Mais pour résoudre cet affrontement, il faut plutôt revenir au présupposé de l'ensemble de ces raisonnements, qui ont pour péché originel de poser d'une part que les mécanismes de compliance seraient des exceptions, et de ne regarder d'autre part dans ses modalités que celle des sanctions.

C'est précisément cela qu'il ne faut pas prendre pour acquis.

Car le droit de la compliance n'est pas une exception. Et son application n'est pas centrée sur les sanctions.

Dès lors le principe de proportionnalité ne doit pas *ipso facto* y jouer comme seul rôle celui de la limite.

## **B. LE MÉCANISME DE PROPORTIONNALITÉ, EN SOUTIEN DIRECT DES PRINCIPES SUBSTANTIELS SERVIS PAR LE DROIT DE LA COMPLIANCE**

En effet, pourquoi ne pas regarder plutôt du côté d'une définition du droit de la compliance où tout au contraire les deux notions, au lieu de s'opposer, s'épaulent ?

Car dans quel marbre est-il écrit que le droit de la compliance n'est qu'une exception ? Certes, si l'on ne prend tout d'abord que les modalités, et parmi les modalités que les instruments répressifs, lesquels doivent demeurer des

exceptions, le principe de proportionnalité – en tant qu'il limite – s'y applique toujours de cette façon, puisque nous sommes en « matière pénale ». Mais cela n'est qu'une petite partie des modalités et n'engage pas ce qui est la nature même du droit de la compliance.

Regardons donc du côté des modalités : il est vrai que les sanctions doivent être maniées selon le principe de nécessité tel qu'ainsi éclairé, dont le principe de proportionnalité n'est qu'une variante, mais les sanctions ne sont qu'un outil parmi d'autres du droit de la compliance, et non celui qui a le plus de pertinence ou d'avenir. Parmi « les outils de la compliance », les autres ne sont en rien des limitations par rapport à la liberté d'entreprendre : ainsi les contrats ou les recommandations ne portent pas atteinte à un principe et ce n'est pas en eux-mêmes qu'ils devraient donc être limités, puisqu'ils s'ancrent eux-mêmes dans la liberté contractuelle ou dans le pouvoir de s'engager. De la même façon, en quoi les techniques d'incitation devraient-elles être soumises à un principe de proportionnalité utilisé pour limiter l'usage de la technique ou l'édiction de la norme ?

Prenons ensuite la nature même du droit de la compliance. Pourquoi celui-ci serait-il par nature nécessairement défini par rapport à un principe qui lui serait extérieur ? Par exemple, le principe de concurrence, alors que le droit de la compliance a pour principe la probité, la loi Sapin 2 n'étant qu'un cas d'application de ce principe-là et ne situe pas spécifiquement dans la perspective de la concurrence : **il est malvenu de soutenir que la probité serait une exception par rapport à la concurrence. Ce sont deux principes différents, adossés l'un à l'autre.** C'est d'ailleurs pourquoi les autorités de concurrence accueillent si largement les programmes de compliance et les associent à des mécanismes de clémence plus facilement que ne le font d'autres autorités publiques. Pourquoi devrait-on considérer que la participation directe et coûteuse par une entreprise à la concrétisation du principe de probité devrait être traitée comme une exception ?

Plus encore, le droit de la compliance se définit alors dans le prolongement du droit de la régulation comme un ensemble de règles, d'institutions, de principes, de méthodes et de décisions prenant leur sens et leur normativité dans des buts qui lui sont spécifiques. Renforçant cette nature téléologique, le droit de la compliance prolonge et dépasse le droit de la régulation et justifie que tous les moyens nécessaires soient utilisés pour défendre les « buts monumentaux » dont la loi confie aux entreprises la concrétisation. C'est désormais « le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation » qui est en place. Dans cette définition à la fois propre et substantielle, ces « buts monumentaux » sont systémiques et requièrent que tous les moyens soient mobilisés pour qu'ils soient atteints.

**Ce n'est pas tant « pas plus de moyens que nécessaires », mais c'est déjà, voire avant tout « autant de moyens qu'il est nécessaire » et c'est**

**non pas sur la négation de ce maximum (*pas plus*) qu'il faut désormais tant insister que sur le positif de ce minimum (*autant que*) que se joue l'avenir de l'alliance entre proportionnalité et compliance** : car l'entreprise est légitime à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour atteindre les buts imposés par la loi. Tacitement, le Droit les lui donne, et le principe de proportionnalité conforte cela.

Ces « buts monumentaux » sont eux-mêmes des faits futurs et de nature négative (des événements ne devant pas advenir et qui adviendront si l'on ne fait rien ici et maintenant) mais aussi futurs et de nature positive (des événements devant advenir et qui n'adviendront pas si l'on ne fait rien ici et maintenant), le droit de la compliance ne s'appliquant pas à toutes les règles dont nous souhaitons l'efficacité mais à ce type particulier de « buts monumentaux », dans une alliance entre les autorités politiques en charge du futur des groupes humains et les entités en position de mobiliser leurs moyens. La méthode est alors différente. Il ne s'agit plus de retrancher et la perspective de la répression passe au second plan.

**Une inversion se produit. La proportionnalité cesse d'être ce qui limite l'efficacité pour devenir ce qui accroît l'efficacité.** Tous les outils de la compliance, sauf ceux régis par ailleurs par le droit des sanctions, doivent s'ajuster d'une façon « proportionnée », c'est-à-dire efficace à ses buts : pas plus qu'il n'est nécessaire mais **autant qu'il est nécessaire.**

L'évolution du contrôle des limites, qui correspond à une conception étroite et datée, est de plus en plus remplacée par un contrôle juridique de l'effectivité, puis de l'efficacité, bientôt de l'efficience, des instruments de compliance exigée par la loi. Ce contrôle assuré par les autorités de supervision est déjà installé dans la compliance bancaire et financière. Le contrôle exercé par la Cour des comptes sur le bon usage par l'État de ses moyens pourrait en cela être un modèle.

Le droit de la compliance n'étant plus appréhendé comme étant lui-même une exception à un principe extérieur mais étant au contraire porteur des plus grands principes portés par les « buts monumentaux », comme l'environnement, la probité et la protection des êtres humains exposés, les textes n'auraient plus à se justifier par rapport à un principe qui leur serait supérieur, comme la concurrence, alors que celle-ci leur est extérieure. En revanche, parce que la normativité est dans les buts, c'est un contrôle de l'efficacité que les autorités doivent exercer lorsque les outils sont maniés par les entreprises, y compris lorsque ces entreprises agissent comme des juges en sanctionnant par exemple des contenus haineux ou en prévenant la désinformation.

**Dans la conception et la mise en œuvre du droit de la compliance, l'enjeu majeur que l'application du principe de proportionnalité met en**

**lumière est donc l'exercice de qualification, conduisant à qualifier une notion soit d'exception soit de principe. En effet, si l'outil de compliance est une exception (par exemple une sanction), alors le principe de proportionnalité jouera à son encontre un rôle de limitation, alors que s'il constitue un principe (par exemple le principe d'information), le mécanisme de proportionnalité jouera à son profit un rôle d'accroissement.**

Prenons un exemple dans les obligations des opérateurs numériques cruciaux, qui ont l'obligation, une obligation de plus en plus lourde et précise, de contrôler les contenus et de les effacer immédiatement, notamment les contenus de haine. Comment concevoir en pratique l'exercice de cette obligation, qui suppose pour ce faire la mise en œuvre d'un certain nombre de pouvoirs, comme le pouvoir de surveillance et de suppression de contenus, voire d'interdiction de publier ? Cette obligation de compliance est soumise au principe de proportionnalité. Si on la centre par rapport à la liberté d'expression, alors ces pouvoirs seront des exceptions et devront être interprétés restrictivement. C'est non seulement généralement la position de la doctrine, mais encore le raisonnement du Conseil constitutionnel à propos de la loi dite Avia. Mais si l'on pose que le droit de la compliance a pour principe, comme la régulation, de protéger les êtres humains, par exemple ici contre la haine, ou pour la préservation de la démocratie, alors il ne faut pas le poser comme une exception. Certes, les deux principes doivent ensuite composer l'un par rapport à l'autre, comme cela fut toujours en droit, mais c'est en tant que principes se justifiant l'un comme l'autre et non pas comme une exception de l'un par rapport à l'autre.

Ainsi, lorsqu'une entreprise qui gère une plateforme numérique supprime un compte, elle le fait d'une façon « proportionnée », ce qui doit s'analyser non pas par rapport à un principe qui serait plus fort que son pouvoir exceptionnel, mais par rapport à un principe de sécurité dont on lui a confié l'effectivité et le respect des personnes. Ainsi, même si la suppression ne pouvait pas être sans fin, car cela n'était pas utile, Facebook pouvait supprimer le compte du citoyen Donald Trump non pas en sanction mais pour prévenir sa dangerosité, et cela pendant deux ans, en établissant une surveillance particulière, puisque ce citoyen-là est un « influenceur politique ». Dès lors, tous les moyens techniques nécessaires deviennent légitimes, et leurs coûts répercutés, par exemple la mise en place d'experts en la matière, zone géographique par zone géographique.

Ainsi, l'opérateur peut librement établir tous les moyens pour atteindre le but que le Droit a fixé. Par exemple, il peut se transformer en tribunal puisque cela est nécessaire, cela d'autant plus qu'il est en meilleure position pour ce faire que l'État, lequel n'est pas concrètement en position de le faire (il n'a pas la même multiplicité de locations, pas les mêmes informations, pas la même puissance technologique) et que la catastrophe que le droit de la compliance vise à prévenir (par exemple ici l'insurrection politique, la désinformation généralisée) adviendra.

C'est pourquoi en décembre 2020 l'Agence française anticorruption (AFA) a posé en préambule à ses recommandations, que « ces recommandations sont adaptées par les organisations qui y ont recours en fonction de leur profil de risques, qui est affecté par différents paramètres, notamment les activités, compétences ou type de produit ou service qu'elles exercent ou fournissent, leur structure de gouvernance, leur organisation, leur taille, leur domaine ou secteur d'activité, leurs implantations géographiques, et les différentes catégories de tiers avec lesquels elles interagissent », l'autorité qualifiant ce principe d'adéquation comme étant « le principe de proportionnalité ». Plus encore et toujours au titre du principe de proportionnalité, l'AFA pose : « Les organisations qui exercent un contrôle sur d'autres entités s'assurent de la qualité et de l'efficacité du ou des dispositifs anticorruption déployés dans l'ensemble du périmètre qu'elles contrôlent. »

C'est donc bien l'adéquation des moyens mis en place par l'entreprise par rapport à ce qu'est l'entreprise et ses activités d'une part et par rapport à l'effectivité de ses moyens d'autre part qui est visé. Il n'y a en rien l'idée d'une limite des pouvoirs ! Et cela ne peut pas être autre chose qu'au contraire le plein, adéquat et efficient usage de ses pouvoirs par l'entreprise par rapport à ses buts, puisque sous la mention du principe de proportionnalité dans ce document de référence de l'AFA, il n'y a que ces mentions ici reproduites.

Dès lors, le principe de proportionnalité justifie l'usage de tous les pouvoirs nécessaires pour atteindre le but que le droit de la compliance a internalisé dans l'entreprise, ici le contrôle des contenus par les opérateurs numériques cruciaux. C'est ainsi à l'État d'organiser la supervision de ces opérateurs, et c'est précisément ce que construit le droit européen par le *Digital Services Act*.

Mais à travers cet exemple spectaculaire, c'est déjà de l'usage technique de la proportionnalité dans les différents outils de la compliance qu'il est question.

## **II. USAGE TECHNIQUE DE LA PROPORTIONNALITÉ DANS LES DIFFÉRENTS OUTILS DE LA COMPLIANCE**

Si l'on prend le principe de proportionnalité comme support du droit de la compliance, il légitime la mise en place de tout ce qui est nécessaire pour atteindre les buts, le pouvoir étant implicitement mais nécessairement conféré pour ce faire, puisque la concrétisation du but a été expressément imposée par le droit à l'opérateur. Il convient donc de reprendre les principaux outils de la compliance, à l'exclusion de ceux qui portent atteinte au principe de liberté (notamment les sanctions qui sont, elles, régies par le principe de proportionnalité dans son effet limitatif) pour mesurer comment cela fonctionne techniquement, dans les outils de compliance maniés en *ex ante* par les entreprises (A) ou maniés en *ex post* par les autorités qui supervisent celles-ci (B).

## **A. L'USAGE DE LA PROPORTIONNALITÉ DANS LES OUTILS DE COMPLIANCE *EX ANTE***

Les outils de la compliance peuvent être distingués suivant qu'ils consistent à obtenir de l'information, confirmant la nature du droit de la compliance comme branche centrée sur l'information (1), ou qu'ils consistent à décider pour l'avenir en projetant ce qu'il pourrait être afin de mieux décider ce qu'il devra être, confirmant la nature du droit de la compliance comme expression politique (2).

### **1. La proportionnalité dans la récolte d'informations sensibles et pertinentes**

Beaucoup d'outils de la compliance ont pour objet de récolter de l'information, de la corréler et par cela de l'accroître. Les performances de ce que beaucoup appellent étrangement « l'intelligence artificielle » ont vocation à obtenir cela, à savoir tout, à « prédire » tout.

Cette prétention à se saisir de l'avenir parce qu'on pourrait tout en savoir dès aujourd'hui, performance du calcul tenant dans le traitement de l'information, peut être analysée à travers la notion du traitement « disproportionné », hypothèse examinée ci-après.

Si l'on s'en tient ici à la récolte des informations, celle-ci est spécifique au droit de la compliance lorsqu'elle prend la forme des contrôles et des enquêtes menées par les entreprises elles-mêmes pour prévenir et détecter les comportements contraires aux buts monumentaux que la loi les a chargées d'atteindre.

Cela concerne aussi les autorités de régulation, non pas en tant que telles car le droit de la compliance dépasse le droit de la régulation qu'il prolonge, mais en tant que celles-ci sont les autorités de supervision des entreprises et surveillent la façon dont les opérateurs concrétisent de façon effective, efficace et efficiente leurs obligations de compliance.

Ainsi dans leurs procédures de contrôle et d'enquêtes, les autorités de régulation doivent utiliser leurs pouvoirs dans le respect de la limitation apportée par le principe de la proportionnalité, ce que la loi et les codes de conduites imposent. Tous les débats que cela a pu soulever sont régis davantage par le droit processuel de la régulation que par le droit de la compliance.

Celui-ci concernant l'internalisation des buts monumentaux dans les entreprises, implique pour les entreprises la nécessité de rechercher en leur sein des informations. Cela soulève de nombreuses difficultés. Les magistrats estiment également que ces enquêtes internes s'apparentent davantage à des enquêtes préliminaires qu'à un audit, impliquant une duplication des règles du Code de procédure pénale.

Il y a alors deux cultures qui s'affrontent : celle du risque (impliquant une culture du *management* et de l'efficacité) et celle de l'accusation (impliquant une culture de la procédure et de l'inefficacité contenue dans les droits fondamentaux des personnes menacées). Si le droit de la compliance ne se définit que comme une prévention et gestion des risques, définition à laquelle les économistes, les gestionnaires et les auditeurs sont enclins, alors la menée d'un « audit de compliance » n'inclut ni avocats ni droits de la défense. Mais si cette même recherche d'informations prend déjà la « figure de l'accusation », alors, parce qu'il y aurait par exemple un « préjugé », il devrait y avoir une place *de jure* réservée à l'avocat.

Plus encore s'il y a des preuves qui sont utilisées par la suite contre l'entreprise ou les personnes, il doit pouvoir y avoir le droit de ne pas les fournir. Or, l'obligation de collaborer, qui semble résulter à la fois de la discipline qui imprègne le fonctionnement d'une entreprise – notamment si la personne interrogée est dans une position de dépendance – et de cette sorte d'ambiance de « justice négociée », qui placerait sur un même plan le jugeant et le jugé – celui qui apporte les faits dont on recherche l'établissement à celui qui utilisera l'établissement de ces faits contre celui qui les lui apporte – a été dénoncée au nom des principes les plus élémentaires du droit processuel.

La question actuellement la plus débattue est celle des *red flags*. En effet, l'entreprise, par obligation ou souci de prévention, identifie là où il y a risque de comportements illicites et en conserve la trace, signalant des risques de manquements, par exemple de corruption et les marquant par des *red flags* dont les algorithmes facilitent l'établissement. Mais ensuite les juges utilisent ce repérage interne ayant pour fin de réparer et de prévenir comme des sortes de preuves préconstituées de comportements illicites dont ils recherchent ultérieurement l'établissement. L'entreprise qui avait mis en place un système de détection et de prévention de risques systémiques en est ainsi « récompensée » par la sanction qui lui est par la suite infligée, accusée d'avoir eu connaissance des manquements et délits, voire d'en avoir été l'instigatrice, ou au moins la complice, puisque par cette recherche et cette identification comme « risque » elle avait mesuré la potentielle réalisation d'un comportement illicite.

Les *red flags* deviennent alors comme des aveux préconstitués dans le passé d'intentionnalité qui sont pour l'entreprise préjudiciables pour le futur, constituant une sorte de nouvelle « reine des preuves ».

Si l'on considère cette question pratique essentielle au regard du principe de proportionnalité, qui ne doit pas être manié selon le seul principe de quantité (comme « porter atteinte mais pas trop »...), l'on doit plutôt affirmer que cette accumulation d'informations sur des risques de comportements dolosifs doit être appréciée en *ex post* par le régulateur ou par le juge en proportion du but d'un tel pouvoir : la prévention du comportement dolosif, et en rien comme la preuve préconstituée de la survenance prochaine de celui-ci. C'est pourquoi

les *red flags* ne doivent pas avoir de portée probatoire contre l'entreprise et en rien constituer des indices de culpabilité de celle-ci.

Le juge qui contrôle le bon usage que l'opérateur fait des pouvoirs que le droit de la compliance lui confie pour mener à bien la mission d'atteindre les buts monumentaux va contrôler que ces moyens, par exemple d'informations, sont bien nécessaires pour atteindre ce but.

Ce contrôle de la nécessité est d'autant plus requis que les entreprises ne limitent pas ce pouvoir obligé de récolte des informations à leur seule enceinte. En effet, le cœur du droit de la compliance tient dans la notion si profonde et si nouvelle de « vigilance ».

La « vigilance » est un pouvoir obligé que l'entreprise exerce sur autrui, permettant à l'entreprise d'obtenir sur un autre opérateur et sur des personnes des informations, et lui confère un pouvoir disciplinaire sur les autres. Comme l'a exactement dit le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi dite « Loi Vigilance » de 2017, la vigilance n'est pas une responsabilité pour autrui : c'est une responsabilité personnelle. Elle engendre un pouvoir nécessaire, en proportion aux buts monumentaux que l'entreprise doit concrétiser, dans le cas particulier de cette loi, exemplaire aujourd'hui reprise par une directive européenne.

C'est la même notion de proportionnalité qui fonde – et non limite – le pouvoir d'alerte. L'alerte est un mécanisme essentiel en droit de la compliance qui vise à obtenir l'information nécessaire pour atteindre les buts monumentaux. Il est logique qu'aux États-Unis l'information soit portée à l'autorité de marché et que le lanceur d'alerte soit rémunéré pour cela, tandis qu'en France la loi impose que l'information, selon le principe de proportionnalité entre l'exercice du pouvoir d'alerter et la fin, conduit à porter l'information aux responsables au sein de l'entreprise ou à une autorité publique parmi celles listées par la loi, sur lesquels repose la concrétisation des buts monumentaux, car dans la conception européenne, c'est davantage la morale publique que l'efficacité du système économique et financier qu'il s'agit de servir. La directive européenne, puis la loi de 2022 transposant la directive de 2019 et ajustant la loi dite « Sapin 2 » sur la protection des lanceurs d'alerte n'a pas changé cela.

Ainsi le principe de proportionnalité oriente l'outil vers la fin poursuivie et permet de bien l'orienter vers le but, et non pas de le limiter. Pourtant, parce que la transmission de l'information est nécessaire, ce même principe pourrait fonder la rémunération de celui-ci qui, détenant l'information (lanceur d'alerte), la transmet à celui qui en fera l'usage adéquat (le régulateur financier), ce qui est le fonctionnement efficient du mécanisme de compliance, la rémunération étant ici l'usage de la proportionnalité comme ce qui justifie de mettre tous les moyens (ici l'incitation financière) nécessaires pour atteindre le but : permettre à celui qui doit agir d'être en position de le faire grâce à l'information apportée, qu'il soit le responsable dans l'entreprise (système

européen) ou qu'il soit le régulateur (système américain). Mais la culture européenne récusé ce que la culture américaine accueille comme allant de soi. Ce qui montre au passage que le droit de la compliance est aussi l'expression des cultures juridiques, ce qui est souvent récusé dans une présentation très mécanique de la compliance.

## 2. La proportionnalité dans les projections sur l'avenir

Ce même principe de proportionnalité peut être la méthode appliquée sur les outils de compliance qui permettent à l'entreprise de faire des projections sur l'avenir, soit pour concevoir ce qu'il y adviendrait de néfaste (crise financière, sanitaire, bancaire, climatique ; corruption, blanchiment, violation des droits, etc.) afin que, grâce à son action, cela n'arrive pas, soit pour concevoir ce qu'il n'advient pas si l'on ne fait rien (pénurie, absence de soins pour ceux qui en requièrent, etc.) ou afin que, grâce à son action, cela arrive (autonomie alimentaire, éducation assurée, suivi médical, équilibre écologique, égalité effective, etc.).

Pour que, grâce aux mécanismes de compliance, l'action de l'entreprise atteigne les buts monumentaux négatifs (faire en sorte que ce qui risque d'arriver n'advienne pas) ou atteigne les buts monumentaux positifs (faire en sorte que ce qui risque de ne pas arriver advienne), **l'entreprise est légitime à faire « tout ce qui est nécessaire » au regard de ces buts, notamment disposer de tous les instruments de projections sur l'avenir.**

Elle fabrique ces connaissances nouvelles tout d'abord par les cartographies des risques. Cet exercice est le pendant objectif du personnage du lanceur d'alerte, puisqu'il permet d'avoir de l'information sur ce qui pourrait se passer afin d'agir ici et maintenant. Il est aussi la forme objective de l'obligation de vigilance car c'est bien la même idée, ici de « surveiller l'avenir » que celle de « surveiller autrui » (obligation de vigilance), le premier consistant à faire dans le temps l'exercice que l'on opère *via* le second dans l'espace.

Le principe de proportionnalité implique de prendre toute la mesure nécessaire de cet avenir en proportion de l'avenir pertinent : si l'on estime que la nature juridique de la cartographie des risques est de concrétiser le droit des tiers concernés d'être informés aujourd'hui des dangers auxquels ils seront demain exposés dans leur action, ce à quoi ils peuvent choisir librement de se soumettre dans l'exercice de leur liberté puisque, comme pour la vigilance, dresser une cartographie est une responsabilité personnelle et non une responsabilité pour autrui.

Cela justifie que l'entreprise, pour servir d'une façon effective, efficace et efficiente ce droit des tiers à être informés des risques qu'ils doivent être mis en position de courir librement, puisse elle-même établir comme elle le souhaite des projections avec tous les moyens nécessaires afin d'établir une représentation la plus fidèle de cet avenir-là. Ainsi, **la cartographie des risques**

**est l'expression de la liberté de l'entreprise de choisir l'instrument le plus efficace pour concrétiser la liberté des tiers de choisir eux-mêmes les risques qu'ils prendront dans leurs actions futures : c'est une addition de libertés, une succession de libertés, et non pas une limite à un principe de liberté.**

Ce qui est vrai pour la cartographie des risques est également pertinent pour les « plans », instruments majeurs en compliance, par exemple les plans de détection et prévention de la corruption et les plans de vigilance ou les plans comme peine de conformité et comme engagement de l'entreprise. Les plans ne sont pas des informations que l'entreprise recueille de l'entreprise pour les traiter et les utiliser comme éléments de gestion et de réinformation d'autrui, ils sont un élément de ce que l'on pourrait appeler une information pure : ce que l'entreprise elle-même élabore pour prévenir les événements futurs à écarter ou pour obtenir les événements futurs convoités. Le « plan » pour prévenir et détecter la corruption ou le « plan de vigilance » ne sont que des exemples de ce qui est **l'usage proportionné, c'est-à-dire efficace et justifié par les fins expressément posées du pouvoir qu'a l'entreprise de décider structurellement de ce qu'il convient de faire pour arriver à ses fins.**

La proportionnalité ne renvoie donc en rien à un statut d'exception par rapport à un principe contraire : elle rappelle qu'en droit de la compliance, tout est instrument, outil, moyen, et s'interprète, se justifie et s'ancre par rapport aux buts monumentaux.

Dès lors, ce qui doit être limité c'est ce qui ne tend pas vers les buts monumentaux et non pas ce à quoi le droit de la compliance serait censé faire exception. Ce qui doit être éliminé, c'est l'instrument « inutile » ou « inefficace ». C'est lui qui est « disproportionné », s'il s'avère que l'instrument est structurellement inapte à atteindre son but : c'est ce que montra le Tribunal constitutionnel allemand dans son arrêt proprement révolutionnaire du 29 avril 2021 à propos des engagements pris par l'État face aux projections climatiques catastrophiques fournis par les travaux scientifiques.

Mais l'effectivité de ces outils *ex ante* suppose aussi que le non-respect de ces obligations *ex ante* soit sanctionné. Cela ne signifie en rien que le droit de la compliance, pas plus que le droit de la régulation, soit – comme l'est par nature le droit de la concurrence – une branche du Droit *ex post* : le droit de la compliance est une branche du Droit *ex ante* qui engendre à la fois des obligations structurelles (par exemple l'adoption d'un plan, plan dont on doit constater l'existence) et des obligations comportementales (par exemple des personnes qui au sein de l'entreprises font preuve de loyauté concurrentielle et de probité). Si les obligations structurelles ne sont pas respectées – ce qui est une obligation de résultat – les sanctions sont très sévères (par exemple il n'est pas admissible qu'aucun système d'alerte ne soit mis en place). Mais si les comportements attendus ne sont pas obtenus (par exemple une personne

dont l'entreprise doit répondre commet un abus de marché) – ce qui est une obligation de moyens – les sanctions sont variables car les obligations de résultat et de moyens n'ont le même statut ni dans le système probatoire ni dans le système de sanction. En cela le droit de la compliance n'est pas plus sévère que le droit classique.

## **B. L'USAGE DE LA PROPORTIONNALITÉ DANS LES OUTILS DE COMPLIANCE EX POST**

Ce point a vocation à être moins développé ici lorsque l'*ex post* prend la forme de sanctions, puisque la question du rapport entre les sanctions et le principe de proportionnalité est spécifiquement examinée dans cet ouvrage par la contribution de Marc Segonds. Elles ne le sont ici qu' lorsqu'elles prennent la forme d'engagements, les « programmes de conformité » étant des « sanctions » qui sont surtout des engagements efficaces pour l'avenir. C'est même ainsi que doit être comprise « l'amende d'intérêt public » comprise dans les conventions d'intérêt public, dont la nature juridique demeure incertaine (1) notamment dans sa proportionnalité pourtant exigée par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, alors que tout engagement doit être proportionné dans un « engagement de compliance » parce qu'il n'a pas pour seule « loi » la volonté de celui qui s'engage (2).

### **1. Le respect incertain de la proportionnalité dans l'amende d'intérêt public, signe de sa nature juridique incertaine**

La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) est régie par le Code de procédure pénale, et non par la volonté des parties. C'est l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale qui en organise le contenu, et non la rencontre des consentements. Ce ne sont pas deux volontés qui se rencontrent : le droit pénal exigeant que l'on suive les textes « à la lettre », c'est une proposition émise par le Ministère public qui est acceptée et c'est cette proposition (et non la convention) qui est par la suite « validée » (et non homologuée) par le président du tribunal judiciaire.

Le procureur doit s'assurer que le montant de l'amende d'intérêt public est, selon les termes mêmes de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, « proportionné aux avantages tirés des manquements ». Il doit le montrer lors de l'audience publique qui se déroule devant le juge afin que celui-ci « valide » par ordonnance le processus.

Par exemple par une convention judiciaire d'intérêt public du 26 août 2021, le procureur national financier a convenu avec la banque Morgan Stanley, qui était intervenue à la fin d'un montage ayant pour effet, voire pour objet, de permettre à ses clients d'échapper au paiement immédiat d'impôts, une amende d'intérêt public dont le montant a pris comme base de calcul les profits retirés non pas par la banque, mais par les clients de celle-ci. Au regard

du principe de la légalité des délits et des peines, c'est méconnaître le texte, car le profit visé par le texte devrait être celui de la personne morale partie à la CJIP, non celui d'un tiers. Mais ce cas montre bien que l'argent ainsi payé n'est pas tant une « amende » qu'un prix convenu et que, dès l'instant que la partie, ici la banque, l'a accepté, ce qu'elle a fait, il n'y aurait rien à redire. Pourquoi pas, l'affirmation comme quoi la CJIP serait juridiquement un contrat cesserait alors d'être une appréciation sociologique, très souvent faite, pour devenir une qualification juridique.

Cela fait échapper la CJIP de l'appréciation restrictive des textes impliquée par la légalité pénale, mais cela ouvre la voie des vices du consentement (car personne ne peut dire qu'une ordonnance de « validation » en purge la convention) mais cela exclurait le principe de proportionnalité. En effet, même si le principe de proportionnalité est depuis longtemps présent dans le droit des contrats, il n'y a pas cette place.

Ainsi, l'amende d'intérêt public visée dans la convention judiciaire d'intérêt public ne serait pour l'entreprise qu'un « engagement » parmi d'autres, comme celui d'adopter un « programme de conformité ». Le principe de proportionnalité n'y serait spécifiquement visé qu'en tant que particulièrement rattaché à l'ampleur des profits engendrés pour celui qui s'engage.

## **2. La proportionnalité dans les engagements de compliance, signe que la compliance en est le socle (et non le « consentement »)**

Les engagements sont le socle des systèmes de régulation portant sur le futur. Et tant que le droit de la compliance internalise la régulation dans les entreprises, les engagements de celles-ci en *ex post* ne peuvent qu'y prendre une place accrue.

C'est notamment le cas lorsque les autorités de concurrence obligent, à titre de sanction, les entreprises à prendre des engagements. Mais l'on voit même que, la technique des engagements ayant dans le droit de la concurrence pris naissance dans le contrôle des concentrations, qu'il ne s'agit pas tant de se situer *ex post*, mais avant tout, même sous la forme de punition, de se tourner vers l'avenir. De la même façon les engagements permettent de plus en plus d'échanger l'arrêt des poursuites pour des pratiques anticoncurrentielles vraisemblables contre des engagements de l'entreprise.

Les condamnations qui s'accumulent, notamment dans ce qu'il convient d'appeler la « justice climatique », laquelle se distingue en cela du droit de l'environnement, ont pour objet de cristalliser une « responsabilité *ex ante* » directement liée au droit de la compliance et à l'obligation de vigilance, prenant la forme d'obligation de faire ou de ne pas faire à l'avenir.

Mais s'il en est ainsi, alors **il faut changer complètement l'appréciation de la proportionnalité, y compris dans les sanctions : ce n'est pas par**

rapport au passé mais par rapport à l'avenir qu'il faut mesurer, et c'est en termes d'efficacité qu'il faut apprécier, l'inutile ou l'inadéquat étant les véritables disproportionnés contre lesquels le principe de proportionnalité, ainsi revivifié, doit être manié.

### **III. L'USAGE DE LA PROPORTIONNALITÉ ENTRE LES BUTS FIXÉS PAR LES AUTORITÉS PUBLIQUES ET LES MOYENS MIS EN PLACE PAR LES ENTREPRISES**

Dans ce qui est en train de se passer et qu'il faut conceptualiser pour mesurer ce qui se met en place et pour mieux lui faire place, l'action proportionnée est celle qui est adéquate pour atteindre le but, ce qui, de la part de celui qui agit pour remplir ses obligations de compliance, c'est-à-dire son obligation de moyens d'atteindre les « buts monumentaux », légitime le fait de rassembler les moyens nécessaires pour les atteindre (A). La seconde conséquence est que le contrôle doit porter non pas sur la docilité instrumentale et mécanique des entreprises, contrôle que des machines peuvent faire sur des *process* que d'autres machines auront mis en place, mais sur la façon dont des êtres humains auront cherché dans des comportements responsables à atteindre le but monumental de protection de l'Humanité (B), ce qui conduit à écarter ce qui nous menace, à savoir une immense mise en connexion d'algorithmes. Nous devons plutôt construire une alliance entre autorités politiques et entreprises, car les unes et les autres sont composées d'êtres humains qui rendent compte devant le Peuple que nous sommes.

#### **A. LÉGITIMITÉ DE PRINCIPE DE TOUS LES INSTRUMENTS NÉCESSAIRES POUR ATTEINDRE LES « BUTS MONUMENTAUX » NORMATIVEMENT FIXÉS**

Puisque la proportionnalité consiste à mobiliser « tous les moyens nécessaires » pour atteindre le but, celui qui a la charge du but a en corrélation avec ce principe (« pas plus de moyens que nécessaire, mais tous les moyens nécessaires ») d'avoir la liberté de choisir les moyens (1). En outre, même si le texte est silencieux, tacitement (c'est-à-dire implicitement car par la nécessité des choses) les pouvoirs lui ont été donnés par la loi ou le juge « à proportion » des buts que cette loi ou ce juge lui ont donné comme tâche d'atteindre (2).

##### **1. Liberté conséquente pour les opérateurs de choisir les moyens techniques pour atteindre les buts imposés par les autorités publiques**

Il y a deux visions extrêmes. D'un côté, dans une vision mécanique du droit de la compliance, l'entreprise devrait « obéir », recopier, mot à mot, obtempérer, sans plus rien décider par elle-même. Dans une autre vision, tout aussi

inexacte, le droit de la compliance permettrait aux entreprises d'être les nouveaux « pouvoirs constitutionnels » du monde, en ce qu'elles fixeraient elles-mêmes les buts monumentaux, leur fixation permettant aux entreprises globales de régenter le monde.

Dans un juste milieu, la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (AFA), par une décision du 4 juillet 2019, a exprimé correctement les choses en affirmant que même si les lois demandent l'adoption de tel ou tel outil, si les autorités émettent des recommandations, voire dans un cas particulier disent ce qu'il leur paraît convenable d'adopter, l'entreprise demeure libre de s'organiser comme elle le veut pour atteindre à l'avenir le but qui, lui, demeure fixé par l'autorité publique : ici la prévention et la détection de la corruption, dont est chargé l'AFA (mais l'on peut généraliser le propos).

La prise en considération par l'entreprise du droit souple ainsi émis n'a de portée que probatoire, puisque si elle s'y « conforme », son organisation ou son comportement auront le bénéfice d'une présomption simple d'efficacité, c'est-à-dire de respect de la loi, ce dont ne bénéficie pas une organisation autrement faite.

**Cette liberté d'organisation est logique puisque le droit de la compliance s'appuie sur la façon dont l'entreprise va utiliser sa puissance « à proportion » des buts que l'autorité politique ou publique a préalablement déterminés. Si l'entreprise veut faire des économies de temps, d'argent et de preuve, elle suivra le droit souple des autorités publiques, sinon elle ne le fera pas. C'est un choix libre d'investissement.**

En ce sens, le système retenu par l'entreprise Facebook est particulièrement intéressant. Facebook s'est structuré en établissant un *Oversight Board* (dénomination traduite en français par « Conseil de surveillance ») qui a particulièrement attiré l'attention. Celui-ci a pris le 5 mai 2021 une décision concernant la suppression par Facebook et par Instagram du compte du citoyen Donald Trump en raison de faits d'incitation à l'insurrection, décision dont la qualité juridique de raisonnement et de rédaction est indéniable. Cette décision a été estimée que cette suspension était justifiée dans son principe mais excessive dans ses modalités, notamment en ce qu'elle était prononcée *sine die*. Sa mise en application a pris la forme d'une « prise en considération » par Facebook et sa filiale Instagram, sans doute soucieuses d'affirmer que la mise en œuvre des principes continue de relever du principe libéral, et ce d'autant plus que les ajustements demandés l'ont été tout autour du globe.

## **2. Principe d'attribution de pouvoirs implicite conférés par le but visé**

Les textes de droit positif doivent être interprétés à l'aune du principe de proportionnalité ainsi conçu en harmonie avec le principe de compliance et non pas comme limite à celui-ci. Parce que les moyens doivent être à proportion

## 2. Les textes normatifs inefficaces : la sanction par les juges administratif et constitutionnel

Ce qui est « à bonne proportion » soit ce qui peut atteindre son but ; est donc « disproportionné » ce dont on peut savoir dès le départ qu'il ne pourra pas l'atteindre. Par exemple un mécanisme sans rapport avec le but ou sans aucun suivi ou contrôle. C'est en cela que l'outil, qui n'est pas « nécessaire » devrait être déclaré contraire au principe de proportionnalité, même s'il ne lui est attaché qu'une obligation de moyens.

Ainsi en est-il des instruments mis en place par les entreprises, mais aussi, cela est encore plus révolutionnaire, des instruments mis en place par les Gouvernements et par les Parlements.

Cela n'est en rien une vue de l'esprit.

C'est la façon dont l'on peut fonder conceptuellement et pratiquement l'arrêt retentissant *Grande-Synthe*, rendu par le Conseil d'État le 1<sup>er</sup> juillet 2021, qui sanctionne l'État parce que celui-ci a fixé un calendrier d'action pour atteindre un but monumental en matière de climat et qu'il apparaît dès à présent qu'il ne s'est pas donné les moyens pour atteindre ce but. Comme l'a souligné d'une façon plus générale Étienne Muller, ce contrôle méthodologique ne mérite pas de déclencher une qualification de « gouvernement des juges ».

Même si le gouvernement est souverain dans l'action administrative qu'il entreprend, notamment à l'aide du droit de la régulation, puisqu'il est possible de savoir dès à présent qu'en l'état des choses ce but ne sera pas atteint, alors que le gouvernement, qui n'y était pas contraint, en a pris « l'engagement », notion clé en droit de la régulation et de la compliance : la responsabilité de l'État est engagée, une « responsabilité *ex ante* » qui justifie une injonction, conséquence de l'engagement. Ce que pouvait faire l'autorité politique, c'était de ne pas s'engager au départ.

Car ce que requiert le droit de la compliance, montrant qu'il est en cela le prolongement du droit de la régulation, c'est de prendre au sérieux les engagements, transformant ce qui pouvait apparaître comme de simples promesses en engagements juridiquement contraignants à travers le mécanisme de responsabilité, façon pour le Droit de se saisir de l'avenir.

D'une façon plus révolutionnaire encore, le Tribunal constitutionnel allemand, dans sa décision du 29 avril 2021, a déclaré contraire à la Constitution une loi adoptée par le Parlement allemand pour lutter contre le changement climatique néfaste, en ce que cette loi permettait au législateur, dans le futur, d'éventuellement ne rien faire. En laissant ouverte cette « marge de discrétion », ce qui alors rend la catastrophe acquise, l'atteinte aux droits subjectifs fondamentaux des générations futures était déjà acquise, donc présente : la violation étant ainsi présente, la Constitution étant violée l'invalidation de la loi devait être constatée immédiatement au regard du futur. La logique de

Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance

compliance permet au juge de voyager dans le temps, non plus vers le passé mais vers le futur.

Ce sera à l'avenir la puissance du principe de proportionnalité dans son rapport à ce qu'est le droit de la compliance.