

Résumé de l'ouvrage

Les buts monumentaux

du droit de la compliance

Marie-Anne Frison-Roche

Agrégée des Facultés de Droit, Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

L'ouvrage *Les buts monumentaux de la compliance* a un objet : donner une définition nouvelle, simple et fidèle de ce qu'est la compliance. Cette définition n'apparaît peut-être pas encore nettement, en raison du caractère souvent très compliqué des techniques impliquées, mais elle va apparaître de plus en plus à l'avenir : ce sont les *buts monumentaux* qui définissent la compliance, qui la rendent compréhensible, admissible et maniable. Ce sont eux que l'on retrouve dans chacun des outils de compliance qui sont à œuvre. L'Europe est la zone du monde qui l'exprime le plus fortement. C'est en cela qu'elle est exemplaire. Certains secteurs peuvent être plus avancés que d'autres, par exemple la banque et la finance, mais on les retrouve partout. Certains soucis peuvent avoir été exprimés plus fortement que d'autres, par exemple, il y a longtemps, la lutte contre la corruption ou, plus récemment, la lutte contre le changement climatique, mais ce sont toujours les mêmes buts monumentaux qui sont visés. Cela confère de la stabilité à la branche du droit, qui ne bouge pas dans son ossature décennie après décennie. Ce sont donc ces buts monumentaux qui donnent la substance de la branche du droit que constitue la compliance. C'est l'objet de l'ouvrage de le montrer.

C'est pourquoi l'ouvrage s'ouvre sur un article de conception générale de **MARIE-ANNE FRISON-ROCHE** : *Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance*. L'article propose une définition du droit de la compliance mettant en son « cœur battant » les buts monumentaux, qui confèrent à cette branche du droit nouvelle son originalité et sa spécificité. La première perspective y est historique, dégageant ce qui dans l'histoire des États-Unis et de l'Europe, a fait naître ce corpus si singulier et justifie une définition substantielle du droit de la compliance. Le concept de « buts monumentaux » est explicité : il explique la nature à la fois systémique et politique de ce droit, dont les conséquences pratiques sont ainsi mieux cernées et limitées, puisque le droit de la compliance n'aboutit pas à la toute obéissance, au contraire. L'auteur récuse la définition empruntée à la « conformité », consistant à donner à voir que l'on obéit à la totalité de la réglementation applicable sans souci pour la substance de celle-ci, ce qui est non seulement impossible mais engendre des catastrophes. La compliance prend sens par ses *buts*, singuliers car *monumentaux*, visant à ce que l'avenir soit différent de ce qu'il serait sans une action immédiate. Cela suppose une alliance entre le politique, fixant les buts, et les entreprises cruciales, libres des moyens et supervisées, dans une perspective extraterritoriale, puisque ces buts monumentaux sont globaux, à l'image des risques qu'ils affrontent. Ainsi conçu, il devient aisé d'énoncer ce que l'on peut attendre de ce droit de l'avenir qu'est le droit de la compliance et d'en poser les limites.

À partir de là, l'ouvrage se déploie en **5 chapitres**. Le premier chapitre porte sur « La notion de buts monumentaux de la compliance », le deuxième sur « La mise en œuvre des buts monumentaux de la compliance en articulation du principe majeur de la proportionnalité », le troisième sur « Les buts monumentaux de la compliance éprouvés par les situations de crise », le quatrième sur « L'effectivité des buts monumentaux de la compliance et la compétitivité

internationale » et le cinquième sur « La compliance portée par les buts monumentaux, nouvelle voie de souveraineté ».

Chapitre I. La notion de buts monumentaux de la compliance

Ce chapitre de l'ouvrage montre à quel point, en premier lieu, la compliance, venue avant tout de la pratique, notamment des façons de faire des entreprises elles-mêmes, surprend les branches traditionnelles du Droit, celles-ci accueillant plus ou moins les techniques de compliance suivant qu'elles attaquent leurs propres finalités.

Le chapitre montre en second lieu que, pour l'instant, la notion de « buts monumentaux » est comme en filigrane dans toutes les analyses et qu'on la retrouve dans des termes communs, encore sous-jacents au vocabulaire propre soit à la branche du droit soit à la matière directe dont il s'agit, par exemple le marché, l'entreprise ou le climat.

Ainsi, la nature téléologique du droit de la concurrence permet aisément la confrontation. Mais la définition du droit de la concurrence évolue, puisqu'il y eut miroir (la finalité du droit de la concurrence est la concurrence) et que l'on prend désormais distance pour rendre cette branche du droit apte à se saisir du numérique. Le droit de la compliance rencontre la même difficulté car si la nature téléologique est incontestée, la finalité poursuivie ne fait pas consensus. Il est ainsi souvent affirmé que la finalité du droit de la compliance serait la conformité à la réglementation (on le nomme en conséquence « droit de la conformité »), ce qui produit le même effet de miroir: le droit de la conformité a pour finalité de se conformer. Mais toutes les études composant ce chapitre montrent que le droit de la compliance n'est pas de se conformer à la réglementation applicable mais obtenir sur le monde un effet systémique à l'avenir, que pour cela toutes les branches du Droit doivent converger et toutes les forces (marchés, entreprises, autorités publiques) doivent faire alliance.

Ainsi, pour cerner la notion de « buts monumentaux de la compliance », **Roch-Olivier Maistre** détermine *Les buts monumentaux pour le régulateur dans un paysage audiovisuel et numérique en pleine mutation*. Il observe que depuis la loi de 1982, qui a mis fin au monopole d'État sur l'audiovisuel, le paysage a profondément évolué et s'est diversifié. Au regard de la multitude d'acteurs qui y sont désormais implantés, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) doit veiller à l'équilibre économique du secteur et au respect du pluralisme, dans l'intérêt des publics. Les responsabilités sociétales croissantes des médias audiovisuels et des nouveaux acteurs numériques ont multiplié les « buts monumentaux » sur lesquels l'Arcom veille.

Ses compétences se sont progressivement étendues à la sphère numérique, et les lois successives concernant ses missions visent de nouveaux objectifs, notamment en matière de protection des mineurs, de lutte contre la haine en ligne ou contre la désinformation. L'émergence d'un nouveau modèle européen de régulation permet de donner corps à ces buts supplémentaires, le régulateur adoptant une perspective systémique et faisant appel à des outils de droit souple pour remplir ses nouvelles missions.

L'on observe ainsi que la compliance accompagne l'élargissement des buts, des objets et des missions. Cela peut conduire à transformer la branche du Droit elle-même. Ainsi en est-il du droit des sociétés. Selon **ANNE-VALERIE LE FUR**, les notions sont profondément renouvelées. Il en est ainsi de l'« *Intérêt social et raison d'être de l'entreprise* », notions pour lesquelles il faut trouver des *articulations avec les buts monumentaux de la compliance*. A lire la loi Pacte de 2019, les sociétés auraient une âme, obligeant les dirigeants à agir dans *l'intérêt social* et permettant aux sociétés de se doter d'une *raison d'être*, dimension partagée par le droit de la

compliance, qui compte sur les entreprises pour sauver le monde de la corruption, de l'esclavage, du terrorisme, du réchauffement climatique, etc., pour atteindre *des buts monumentaux*. Ainsi conçus, intérêt social, raison d'être et buts monumentaux se rejoignent, puisqu'il s'agit de repenser la place de l'entreprise dans le système social, en affirmant des valeurs ou des préoccupations de long terme, mais ses notions sont plus philosophiques que juridiques, le droit des sociétés demeurant régi par l'ordre public sociétair. Ces notions ont donc une portée juridique incertaine, contrastant avec la violence des règles de compliance. Cependant, l'impact est important en ce que l' L'intérêt social *peut* intégrer les buts monumentaux de la compliance tandis que la raison d'être *peut* constituer une perspective de réalisation de ces buts. L'enjeu est très important puisque lorsque l'intérêt de la société rejoint les buts monumentaux de la compliance, les moyens d'atteindre ceux-ci sont démultipliés au bénéfice de toutes les sociétés, puisque c'est la définition de l'intérêt qui a été modifié. Le risque est qu'en raison de l'incertitude de ce que sont ces buts, la boussole qu'ils constituent pour la société ne devienne girouette. Il est donc important d'en avoir une définition sûre.

Cela est illustré par ANNE LE GOFF, qui explore *La part des banques dans la concrétisation des buts monumentaux de la compliance*. En effet, pour tout dirigeant d'un groupe bancaire, la question est de savoir si les exigences et techniques de compliance mettent les entreprises « sous pression » ou si ces obligations représentent une opportunité pour elles, la première hypothèse n'excluant d'ailleurs pas la seconde. L'auteur montre que l'ensemble du secteur bancaire est sous la pression d'une réglementation qui exprime la visée de buts monumentaux, la complexité venant du fait que ceux-ci évoluent dans le temps, rendant parfois difficile l'obligation de s'y conformer. Dans ce cadre général, l'auteur montre qu'un acteur bancaire mutualiste comme Crédit Mutuel Arkéa en tire de grandes opportunités, puisque ces buts monumentaux entrent en résonance non seulement avec sa responsabilité sociétale, notamment dans un contexte de crise, mais avec ce qui est, pour Arkéa, sa *raison d'être*. La régulation vient alors à l'appui du fonctionnement du groupe et de son identité.

Symétriquement, JEAN-FRANÇOIS VAQUIERI explicite *Les "buts monumentaux" perçus par l'entreprise à travers l'exemple d'Enedis*. L'auteur montre comment une entreprise particulière, en ce qu'elle est chargée par la puissance publique de distribuer de manière effective l'électricité à chaque foyer de France, , participe aux buts monumentaux, les concrétise et les intègre dans son fonctionnement même. En application du Code de l'énergie et sous le contrôle du régulateur, Enedis, entreprise publique monopolistique, gestionnaire du réseau de distribution, participe directement à ces buts. Investie de la charge de la continuité de l'alimentation en électricité et, répondant aux enjeux de transition énergétique, l'entreprise veille à l'égalité de traitement à l'échelle nationale et locale, la compliance internalisant ainsi la régulation, tandis que la gestion des donnée se traduit par une compliance spécifique, qui s'articule à la première pour servir le citoyen, justifiant qu'Enedis ait mis la compliance au cœur de ses divers engagements et la diffuse localement par des contrats.

Puisqu'il s'agit de toujours trouver un équilibre par l'action de l'entreprise par compliance sans jamais dénier le principe libéral de son action économique sur un marché, MARIE MALAURIE reprend les différentes conceptions qui se sont succédé ou qui s'affrontent sur *Les buts monumentaux du droit du marché*. Cela la conduit à faire porter sa *Réflexion sur la méthode*. L'article porte sur le droit de la concurrence, en ce que celui-ci, par méthode, doit déterminer ce pour quoi il est constitué afin de fonctionner techniquement. Reprenant les diverses théories économiques et juridiques à ce propos, qui se sont succédées et se sont affrontées, l'auteur estime que le but monumental du droit du marché est de développer un environnement économique favorable aux entreprises et aux consommateurs, puis pose la question de savoir si

ce but pourrait intégrer une dimension éthique et plus largement des considérations non économiques, notamment humanistes.

Revenant sur l'entreprise en elle-même et les relations sociales qui s'y nouent, **DOMINIQUE DE LA GARANDERIE** explicite *Les buts monumentaux de la compliance sociale*. L'auteur montre dans un premier temps que le droit social contribue à la construction des buts monumentaux, en ce qu'il exprime directement dans une société humaine la volonté de construction, comme pour une cathédrale, des droits de chacun, la compliance pouvant constituer le ciment d'une telle œuvre.

Dans un second temps, l'auteur en prend comme exemple démonstratif la façon dont les techniques de compliance ont fait effectivement progresser dans et par les entreprises le principe d'égalité entre les hommes et les femmes *via* le droit du travail, ont amélioré les conditions de santé et de sécurité, la lutte contre le harcèlement, ont mis en place le devoir de vigilance dont les travailleurs bénéficient, ont accru l'égalité salariale et visent aujourd'hui le bien-être au travail.

Prenant l'exemple particulier d'une entreprise, BPCE, dans un secteur singulier, lui-même tenu par les mécanismes généraux de compliance, **CRISTINA PEICUTI** et **JACQUES BEYSSADE** illustrent la question de *La féminisation des postes à responsabilité dans les entreprises comme but de la compliance (Exemple du secteur bancaire)*. Si l'on conçoit les techniques de compliance comme prenant leur sens par leur but, celui-ci étant notamment la protection et la promotion effective des êtres humains, devant ainsi se renforcer à l'avenir, l'exemple de la promotion efficace de l'égalité effective entre les femmes et les hommes dans le secteur bancaire pour exercer des fonctions de responsabilité est probant. Secteur fortement féminisé, son image demeure pourtant masculine et de fait trop peu de femmes y exercent des fonctions de responsabilité, alors qu'aucun texte ne s'y oppose et que tous les droits ont été attribués dans ce but. Pour l'atteindre, il faut que l'entreprise elle-même organise une « transition » : le droit de la compliance peut l'y aider. L'entreprise bancaire s'insère alors sur le long terme dans une démarche volontaire de compliance, en s'appuyant notamment sur les ressources humaines et sur les autorités de l'Union bancaire qui, ont facilité cette action à long terme. Dans cette transition, chaque action et chaque résultat doivent être pensés par rapport à ce but recherché d'une égalité effective : chaque progrès doit être valorisé par rapport au futur, justifiant que les techniques autocontraignantes de compliance, comme les plans, les engagements, les quotas, les implications des parties prenantes, et les techniques plus souples comme les exemples donnés par les managers, les formations internes et les affirmations communes avec les autorités publiques, soient toutes utilisées par l'entreprise. Une telle action est structurellement en cours dans le groupe BPCE.

Cette même transformation des entreprises se retrouve, et le Droit en est transformé, comme le montre **ISABELLE GAVANON**, à travers *Le droit des données personnelles dans l'économie numérique à l'épreuve des buts monumentaux*. L'auteur souligne que le but monumental poursuivi par le droit des données personnelles est la protection de la personne. Il se double dans le RGPD du souci de convergence des économies libérales, lesquelles incluent cette protection. En résultent les « critères de conformité » imposés par les textes et les méthodes qui doivent être reprises par les entreprises, qui sont avant tout des méthodes de gestion de risques d'atteintes aux droits des personnes concernées par les data. Mais l'auteur souligne ce qu'elle estime être des limites à cette approche, puisque la politique de sanctions mise en place par la CNIL ne paraissant pas suivre cette conception de la compliance des données personnelles selon une approche par les risques, ce qui est regrettable et conduit alors paradoxalement les entreprises à concevoir davantage leur système par une approche par les risques de sanctions.

C'est de la même façon que s'opère l'agencement concernant *Les buts monumentaux du droit (européen) des relations de travail* », décrit par **BENOIT PETIT** comme « *un système mouvant aux équilibres à consolider*. Il estime que le droit des relations de travail s'est construit sur la poursuite de « buts monumentaux », inscrit dans une myriade de normes nationales, européennes et internationales : justice sociale, droit au travail, égalité des sexes, lutte contre les discriminations, lutte contre le harcèlement, santé et hygiène au travail, etc.. Ils partent tous d'un « but monumental cardinal » – la garantie de la dignité de la personne au travail, pour se décliner ensuite en catégories distinctes de « buts monumentaux secondaires », selon qu'ils développent une préoccupation tenant à la qualité du travail, à sa soutenabilité économique et financière, ou encore à la garantie au travail des droits civils et politiques reconnue en amont à toute personne. Différents acteurs, (les entreprises, les organisations syndicales et les États) promeuvent certains buts plutôt que d'autres, correspondant à la diversité des conceptions des relations de travail, souvent contradictoires. Il faudrait pourtant que le but monumental cardinal, à savoir la garantie de la dignité de la personne au travail, n'en soit pas affecté, mais cette démarche essentielle échappe parfois aux acteurs normatifs du droit des relations de travail. Il en résulte des « conflits » de buts monumentaux, se manifestent dans le dialogue social, qui pourraient être arbitrés au niveau supranational, notamment à l'OIT.

Mais la branche du Droit concernée peut à la fois davantage être mise en lumière et résister. Ainsi, **GUILLAUME BEAUSSONIE** se demande : *Droit pénal et compliance font-ils système ?* Insistant sur la nature restrictive du droit pénal, il admet que l'extension peut être légitime pour préserver les « valeurs sociales fondamentales » car il est le droit de la gravité, celle des conséquences comme celle des causes. N'étant pourtant pas le droit de l'efficacité, la tentation est grande de le compléter par d'autres règles répressives, donc la compliance, celle-ci prétendant à plus de puissance puisqu'elle vise à des « buts monumentaux » mondiaux. L'efficacité est obtenue par l'internalisation dans les entreprises puissantes, mais . cette efficacité a un prix et le droit pénal ne doit pas imposer trop d'obligations de faire et n'entretenir qu'un lien potentiel avec la commission d'une « véritable infraction ». Son association avec la compliance ne peut donc, elle aussi, qu'être exceptionnelle et ne doit pas conduire à perdre de vue que toujours la liberté doit demeurer le principe.

Mais pour **CHRISTIAN HUGLO**, parce qu'il regarde le risque climatique, c'est en termes de conditions et non plus de principe qu'il pose la question : *À quelles conditions le droit climatique pourrait-il constituer un but monumental prioritaire ?* L'auteur considère que le service que la compliance rend à la société peut effectivement être considéré comme monumental car le droit climatique doit devenir non seulement un « but monumental », mais encore être le premier. Deux obstacles éloignent cette possible affirmation. En premier lieu, le droit s'est plutôt centré sur les pollutions passées, alors que l'enjeu est aussi la mesure de l'impact futur et la prévention. En second lieu, les multiples textes et engagements n'ont pas de force obligatoire directe. Ce sont donc les tribunaux qui aujourd'hui, en raison de leur indépendance et de la place que prend la science dans le débat contradictoire qui se déroule devant eux, la société civile leur posant la question du climat, à laquelle ils sont de droit obligés de répondre, prennent les décisions à partir desquelles l'on peut penser que la « justice climatique » se constitue. En cela, le droit climatique, investi par les juridictions, rejoint le droit de la compliance dans les objectifs poursuivis, en mettant en avant la connaissance, la prévention et l'action pour préserver ce que le climat met aujourd'hui en jeu : la dignité humaine.

Chapitre II. Mise en œuvre des buts monumentaux de la compliance en articulation du principe majeur de la proportionnalité

Une fois la notion des *buts monumentaux de la compliance* cernée par son premier chapitre, l'ouvrage peut évoluer dans les chapitres suivants pour mesurer la réception que l'ordre juridique en fait, non pas ponctuellement car cela est acquis, mais dans les principes mêmes de fonctionnement de celui-ci. Le principe de proportionnalité, nouvelle mesure par laquelle le Droit appréhende le monde, est la meilleure façon d'appréhender la manière dont l'ordre juridique intègre les buts monumentaux de la compliance. C'est à ce titre que peuvent être revitalisées les bases mêmes du système juridique : sa normativité, l'évaluation de son efficacité, ses mécanismes de sanctions et les nouvelles définitions qui peuvent en résulter, pour la compliance et pour la proportionnalité.

LUCIEN RAPP élabore d'une façon générale les rapports entre *Conformité, proportionnalité et normativité*. Il montre que la proportionnalité est à l'exercice de pouvoirs ce que la subsidiarité est à celui de compétences : un indicateur autant qu'une limite. Elle en détermine l'étendue et en permet le contrôle. Elle fixe la norme, avant d'être elle-même une norme. Cela explique qu'elle relève en principe de l'office du juge et de ses méthodes d'appréciation. Mais l'auteur montre que son évolution récente révèle qu'elle remonte progressivement de l'*ex post* à l'*ex ante*, ce qui permet d'anticiper qu'elle se détache de l'unique office du juge pour devenir pleinement un outil de gestion des entreprises et de l'édition des normes. La proportionnalité au cœur de la compliance est en train de devenir un outil efficace des politiques de conformité et une référence normative utile. Les développements de l'article le démontrent, en expliquant comment l'on passe du principe de proportionnalité au contrôle de proportionnalité, du contrôle de proportionnalité au raisonnement proportionnel, du raisonnement proportionnel au contrôle de conformité et pour finir, en une dernière évolution souhaitable, du contrôle de conformité à la nécessaire proportionnalité du contrôle.

Puis **BERTOLD BÄR-BOUYSSIERE** insiste sur *Les obstacles pratiques à la place effective de la proportionnalité dans la compliance*. Prenant appui sur l'affirmation incontestée que la proportionnalité est inhérente à la compliance, notamment lorsque celle-ci prend la forme de la sanction, il confronte néanmoins cette affirmation avec ses mises en œuvre pratiques. Ainsi, dans l'ensemble des mécanismes de compliance, notamment en compliance concurrentielle, les entreprises ont des difficultés en pratique à la satisfaire en *ex ante* car les normes sont très lourdes, coûteuses et difficiles à comprendre, comme elles ont du mal en *ex post* à obtenir que les autorités ne fassent pas des normes de compliance un usage disproportionné. Ces difficultés d'ordre pratique tiennent avant tout à la diversité des normes concernées et à aux variations dans leurs interprétations, ce dont les entreprises devraient être protégées par les autorités qui contrôlent l'application de ces normes. En outre, le poids de la mise en œuvre des normes de compliance, qui n'est pas intégré dans la conception de celles-ci, n'est pas mis en corrélation avec la capacité des entreprises à agir. Face au risque de sanctions et d'engagement de responsabilité en sur-applicant les normes, alors qu'il faudrait un juste rapport de nécessité, lequel est à la base de la proportionnalité. Enfin, la difficulté pratique tient à la violence, en

elle-même nécessaire, des sanctions, face à laquelle les entreprises cherchent en *ex post* à montrer le caractère disproportionné, la rhétorique étant parfois une voie plus efficace en pratique.

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE confronte quant à elle *Compliance, proportionnalité et évaluation* » en prenant « *L'exemple du droit de la propriété intellectuelle*. L'auteur y souligne que la propriété intellectuelle est un outil de compliance, les États incitant les entreprises à atteindre le but d'intérêt commun d'innovation. Les restrictions que cela impose par ailleurs, notamment au domaine public, à la compétition, aux droits d'accès et à la liberté d'expression, doivent être proportionnées au bien général et aux droits fondamentaux qui sont impliqués. Les entreprises supportent la charge de prouver la proportionnalité de l'atteinte aux libertés fondamentales que le monopole constitue, le juge faisant la balance des intérêts en cause. L'évaluation de la proportionnalité renforce donc les libertés auxquelles il est porté exception. Le législateur a imposé la proportionnalité et son évaluation comme une exigence normative notamment à propos des obligations *ex ante* des plateformes, puis son maniement par les juridictions, la proportionnalité constituant un critère d'appréciation des comportements dans une perspective de sanctions.

Puisqu'on est ainsi revenu dans l'entreprise même, **LYDIA MEZIANI** considère dans cette perspective la *Proportionnalité en compliance, garante de l'ordre public en entreprise*. L'auteur souligne la part que les entreprises prennent non seulement dans l'application des mécanismes de compliance mais encore – dès l'instant que la proportionnalité, mécanisme garant de l'ordre public, en est respectée – dans leur établissement. Elle insiste sur l'articulation entre la compliance et l'éthique, puisque l'entreprise est directement en charge des personnes qui travaillent pour elle et en son nom, l'entreprise étant une voie d'intégration sociale. La façon dont l'entreprise s'organise pour que les personnes soient en son sein traitées équitablement est le facteur majeur d'une culture effective de compliance.

MARC SEGONDS confronte quant à lui « *Compliance, proportionnalité et sanction* », en prenant plus particulièrement l'exemple des sanctions prononcées par l'Agence française anticorruption. Avant de consacrer les développements de son article à la seule perspective des sanctions prononcées au titre de la « compliance anticorruption », l'auteur rappelle d'une façon plus générale que, comme l'est la sanction, la compliance est par essence proportionnelle. Par exemple, le lien entre proportionnalité et compliance a été souligné par l'Agence française anticorruption à propos de la cartographie des risques, devant mesurer les risques pour aboutir à des mesures efficaces et proportionnelles. Ce même esprit de proportionnalité anime les recommandations de l'AFA, qui ont vocation à s'appliquer en fonction de la taille de l'entreprise et de son organisation concrète. Il gouverne plus encore les sanctions, en ce que les sanctions punitives renvoient d'une part au droit pénal, centré sur l'exigence de proportionnalité et, d'autre part, au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise qui, à partir d'autres sources du droit, doit intégrer l'exigence de proportionnalité lorsqu'il applique des normes externes ou internes de compliance.

Enfin, **MARIE-ANNE FRISON-ROCHE** confronte *Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance*. L'usage de la proportionnalité pour toujours limiter les pouvoirs n'est justifié que lorsqu'il s'agit de sanction. Mais celles-ci qui ne sont qu'un outil de compliance parmi d'autres, destinées d'ailleurs à avoir peu de place dans ce droit *ex ante*. Revenant à la nature même de cette branche du Droit, s'appuie sur des opérateurs, privés ou publics, parce qu'ils sont puissants, alors rien ne requiert cet usage restrictif. Au contraire. En effet, si les sanctions sont une exception, le droit de la compliance n'est pas une, . porte les plus

grands principes visant à protéger les êtres humains, dont la normativité réside dans les « buts monumentaux » : détecter et prévenir les crises systémiques majeures futures (financières, sanitaires, climatiques). D'ailleurs, le principe de proportionnalité signifie : « pas plus de pouvoirs qu'il n'est nécessaire, autant de pouvoirs qu'il est nécessaire ». La seconde partie de la phrase est indépendante de la première : il faut la redonner sa pleine portée. Le politique ayant fixé ses buts monumentaux, l'entité, notamment l'entreprise, doit avoir, même tacitement, « tous les pouvoirs nécessaires » pour atteindre ces buts : par exemple, le pouvoir de vigilance, le pouvoir d'audit, le pouvoir sur les tiers. Parce que ces pouvoirs sont « nécessaires » pour remplir les obligations que ces « opérateurs cruciaux » doivent exécuter, car ils sont « en position » de le faire. Ainsi, au lieu de limiter les pouvoirs, la proportionnalité vient supporter (au sens anglais) les pouvoirs des entreprises, les légitimer et les accroître, pour que, potentiellement, notre avenir ne soit pas catastrophique, voire soit meilleur. En cela, le droit de la compliance, dans sa définition riche, aura lui-même enrichi le principe de proportionnalité.

Chapitre III. Les buts monumentaux de la compliance éprouvés par les situations de crise

Une fois exposé dans le chapitre II le choc et l'acculturation de la compliance dans l'ordre juridique mesurés *via* le principe majeur de la proportionnalité, il est possible dans ce chapitre III de mesurer la façon dont la compliance peut aider, perturber ou faire évoluer le Droit par l'effet d'un choc extérieur. Le meilleur exemple est celui de la crise, par exemple financière, sanitaire ou climatique. À partir d'une analyse générale, cette situation est illustrée dans des cas particuliers, avant que ne soit mesurée la façon dont les entreprises privées se comportent pendant la crise, qu'elles le fassent d'une façon contrainte ou spontanément.

ANTOINE OUMEDJKANE, ADRIEN TEHRANI et PASCALE IDOUX présentent d'une façon générale les *Éléments pour une problématique*, qui mettent *les buts monumentaux à l'épreuve* », à savoir : « *Normes publiques et compliance en temps de crise*. La compliance désigne dans cet article le fait que des grandes entreprises privées, par les dispositifs internes de conformité à la norme publique, prennent en partie en charge la réalisation de buts fixés par les autorités publiques, buts que celles-ci ne peuvent poursuivre seules (bon fonctionnement des marchés financiers, protection de l'environnement, lutte contre la corruption, etc.). Si, hors période de crise, a été établie la nécessité de maintenir un lien étroit entre normes publiques et compliance pour la réalisation de ces « buts monumentaux », la validité de cette analyse doit être vérifiée en temps de crise. En effet, pour sortir au plus vite de la période troublée, il est tentant de s'en remettre avant tout aux autorités publiques. Exemple est pris de la crise sanitaire. Il est possible que la crise altère les liens entre normes publiques et compliance, les autorités publiques intervenant davantage par des normes tandis que l'efficacité de la compliance est mise en doute dans une situation d'urgence et d'instabilité. Mais ces liens doivent être maintenus, même au plus fort de la crise sanitaire et au-delà de celle-ci, car sa rupture présente des risques qui ne sont pas propres à cette crise, car la compliance a montré son efficacité dans ce type de situation.

Déclinant cette présentation générale, JULIEN BONNET analyse *La crise* comme *occasion de saisir la compliance comme mode de communication des autorités publiques*. En prenant appui sur le cas de l'interdiction du vélo lors de la crise sanitaire émise par un simple tweet ministériel, l'article vise à élargir la réflexion aux conséquences de l'utilisation intensive et précieuse des outils de communication par les autorités publiques. En raison des conséquences et surtout des risques pour la légitimité de l'État et du droit, les autorités publiques pourraient s'inspirer de l'esprit et des méthodes de la compliance afin de produire une communication et une action à la fois plus efficaces, plus claires, davantage conformes au droit, le tout sans renoncer à la souplesse des moyens d'action communicationnels et incitatifs.

Dans la même méthode d'illustration, NELLY SUDRES choisit comme exemple la confrontation *Gel hydroalcoolique, COVID-19 et compliance* pour y souligner les insuffisances de la démarche de conformité et la perspective d'îlots de compliance. L'auteure mesure les limites et les ressources de la compliance observées, pendant la crise ouverte par la COVID-19, dans la gestion de la fabrication, du prix et de la disponibilité du gel hydroalcoolique, produit

essentiel. Alors que la culture de conformité au droit des pratiques anticoncurrentielles était insuffisante à contrer la flambée des prix des gels hydroalcooliques et des masques, impliquant le recours à des outils à l'opposé de la compliance (réglementation des prix et réquisition), des mécanismes s'en inspirant ont été mis en place pour traiter d'autres préoccupations liées à la disponibilité des biens de première nécessité en période de crise sanitaire. Reste à savoir si ces dispositifs doivent, pour l'avenir, inspirer la rédaction de véritables normes de compliance.

D'une façon plus générale, **MARIE-ANNE FRISON-ROCHE** étudie *La place et le rôle des entreprises dans la création et l'effectivité du droit de la compliance en cas de crise*, celle-ci constituant une épreuve, c'est-à-dire qu'elle apporte des preuves de ce que font alors les entreprises, dans cette crise, voire au-delà. Il apparaît que, lors de la crise sanitaire, les entreprises ont aidé les autorités publiques à résister au choc, à endurer puis à sortir de la crise. Elles l'ont fait de force, mais ont aussi pris des initiatives dans ce sens. De cela, le Droit doit tirer des leçons pour la prochaine crise. Celle-ci soit déjà commencée sous la forme d'une autre crise globale et systémique : la crise climatique. Au regard de ce qu'on a pu observer et de l'évolution du Droit, des normes prises par les autorités mais aussi par les nouvelles jurisprudences, que pourra-t-on attendre des entreprises face à celle-ci, de gré et de force ? Une alliance avec les autorités publiques, sous un nouvel office du juge, devenu superviseur.

Chapitre IV. L'effectivité des buts monumentaux de la compliance et la compétitivité internationale

Les buts monumentaux de la compliance accroissent la charge qui pèse sur les entreprises et leur formulation de plus en plus juridique, souvent pénale, ne sera supportable que si toutes les entreprises y sont sujettes. Comme cela n'est pas le cas, parce qu'elles sont soumises à la compétition internationale, il est impératif d'exiger que ces buts monumentaux, politiques ou/et vertueux, se justifient dans cette perspective. Celle-ci doit être appréhendée avant tout économiquement et les meilleurs exemples sont sans doute à trouver dans la compliance concurrentielle, puisque le droit de la concurrence intègre expressément cette réalité de compétitivité. Mais la considération de buts monumentaux qui sont coûteux pour les entreprises et qui ne pèsent pas sur toutes doit aussi se justifier pour les mécanismes propres au droit de la compliance, comme le devoir de vigilance, l'information extra-financière ou le lancement d'alerte. Dans chacun de ces cas, c'est ceux qui imposent ou adoptent ces mécanismes de compliance de supporter la charge de prouver qu'elle ne contrarie pas, par l'affirmation normative de ses buts monumentaux, la compétition globale dans laquelle les entreprises évoluent. C'est l'objet de ce quatrième chapitre.

BRUNO DEFFAINS pose d'une façon générale *L'enjeu économique de compétitivité internationale de la compliance*. Il souligne que la « compliance » est un enjeu pour l'entreprise puisqu'elle peut choisir d'obéir à la loi (« compliance ») ou de s'en écarter, en fonction de ce que lui coûte et lui rapporte un tel choix. Une même alternative est offerte au législateur et au juge, voire au système juridique, rendant plus ou moins coûteux la réglementation, et le respect de celle-ci pour les entreprises. Le législateur peut ainsi faire le choix de la vertu et inciter les entreprises à le suivre, étant critiqué pour cela. Cela fût le cas pour la loi dite « Vigilance » de 2017, critiquée pour avoir porté atteinte à la « compétitivité internationale » des entreprises françaises. Le modèle en est pourtant repris dans la directive européenne. L'extraterritorialité attachée au droit de la compliance pour protéger au-delà des frontières est pareillement présentée comme une agression économique. Dès lors, l'on en revient à une question classique en Économie depuis des siècles : « Quel est le prix de la vertu ? ». Pour l'orienter ce débat pour les questions de compliance, en ce que celle-ci non seulement se situe en *ex ante*, pour prévenir, détecter, remédier, réorganiser l'avenir, mais encore prétend affronter des difficultés plus « monumentales » que celles affrontées par le droit classique, il faut examiner les instruments nouveaux mis en place par cette branche du droit en les confrontant à l'impératif de compétitivité internationale. L'auteur estime que les mécanismes d'information, de secret, de reddition des comptes ou de responsabilité, qui ont un grand effet dans la compétitivité internationale des entreprises et des systèmes, en sont changés et que la mesure n'en est pas encore prise.

Pour illustrer cet impact de la compliance, **JEAN-CHRISTOPHE RODA** prend le sujet *Compliance, enquêtes internes et compétitivité internationale* pour mesurer les risques pour les entreprises françaises (à la lumière du droit *antitrust*). L'auteur puise dans le droit américain et européen de la concurrence et évalue si effectivement les enquêtes internes, en tant qu'elles fournissent des éléments factuels, peuvent fournir à des autorités étrangères et des concurrents, ici américains, des « informations sensibles », notamment *via* les programmes de clémence,

constituant à ce titre un handicap concurrentiel. Si cela s'avère assez difficile, des audits de compliance, par exemple au titre du devoir de vigilance, peuvent fournir aux plaideurs américains des informations utiles, puisées dans des pièces internes, notamment les rapports de *compliance officers*, captables par les procédures de *discovery*. Le droit français demeure faible face à ces dangers puisqu'il refuse de reconnaître un *legal privilege* sur ces documents internes, contrairement au droit américain dont l'efficacité, liée à la *discovery*, s'étend aux procédures internationales et permet d'obtenir les documents résultant des enquêtes internes. L'adoption en droit français d'un *legal privilege* a été proposé, mais l'hypothèse de conflit international de *privilege* demeure, le droit américain ayant par ailleurs une conception stricte du *legal advice*.

S'intéressant lui-aussi au droit de la concurrence, **FREDERIC MARTY** souligne ***L'apport des programmes de conformité à la compétitivité internationale***. L'auteur analyse économiquement si les programmes de conformité mis en place pour le respect des règles de concurrence le sont dans le seul but d'éviter la sanction ou bien participent aussi au but d'accroître la performance économique internationale des entreprises qui s'y soumettent. Les entreprises intègrent par duplication des normes extérieures pour minimiser le risque de sanctions, développant une « culture de compliance », ce qui produit un accroissement de leur compétitivité et de l'effectivité du système juridique et économique. En outre, cela diminue le coût de l'investissement, ce qui accroît l'attractivité des entreprises. Cette conception suppose la rationalité des entreprises et des investisseurs : les programmes de conformité peuvent alors relever de l'autorégulation. La duplication du droit qu'ils opèrent s'effectue en grande partie selon des méthodes de type « procédural ».

Plus proche des marchés financiers et des investisseurs, **SABINE LOCHMANN** étudie ***Les agences de notation ESG et l'effectivité de la compliance face à la compétitivité internationale***. L'auteur y montre que les marchés, les investisseurs et les émetteurs de titres ont besoin d'information sur la dimension environnementale, sociale et de gouvernance des entreprises impliquées, les agences de notations ESG étant des entreprises qui concourent à la performance globale du système et convergent aux buts monumentaux qui animent le droit de la compliance. Prenant comme exemple *Moody's*, l'article expose tout d'abord le rôle joué par une agence de notation ESG et sa méthodologie d'évaluation, notamment à propos du climat, convergeant en cela avec les autorités publiques et les différents textes internationaux, traités et textes de droit souple qui se succèdent. Cette convergence entre l'activité des agences de notation ESG et le droit de la compliance, en ce qu'il s'organise normativement autour de buts monumentaux, est particulièrement marquée dans l'organisation d'une « transition juste », l'activité de l'agence s'insérant dans la construction des textes européens. L'évolution de l'écosystème de l'investissement ESG implique une entière collaboration entre tous les participants de l'industrie du financement pour un financement durable et, *in fine*, la permanence de la démocratie.

Revenant sur les mécanismes propres au droit de la compliance, **MARIE-ANNE FRISON-ROCHE** développe une ***Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale***. Après avoir explicité l'un et l'autre et montré leur unicité puisqu'ils sont tous deux instruments de captation d'information pour en faire bon usage, l'auteur les confronte d'autant plus à l'impératif de compétitivité qu'ils sont souvent confrontés comme lui étant contraires.

A ce titre, l'alerte permet à une entreprise de découvrir ses faiblesses et de se réformer à l'avenir, ce qui la rend plus compétitive, tandis que la conception américaine du lancement d'alerte est plus efficace que la conception européenne, puisqu'elle permet au système

économique et financier d'être mieux informé. Plus encore le devoir de vigilance est avant tout un moyen pour une entreprise d'obtenir au nom de la loi des informations sur d'autres entreprises, ce qui peut servir sa compétitivité. Cette dimension est soulignée dans la directive européenne, dont l'effet extraterritorial renforce les entreprises européennes, et devrait diminuer les critiques que le devoir de vigilance déclencha en France en 2017.

Chapitre V. La compliance portée par les buts monumentaux, nouvelle voie de souveraineté

L'ouvrage s'achève sur un chapitre V consacré à la souveraineté, en ce que la compliance apparaît à beaucoup comme une atteinte consubstantielle à la souveraineté des États, dans ce qui serait une guerre entre les États-Unis et l'Europe, les buts monumentaux n'étant une sophistication pour cacher, mal, l'arme. Là encore, la charge de la preuve repose sur le droit de la compliance qui, parce qu'il prétend souvent être indifférent aux frontières, doit montrer sa légitimité à le faire et les situations qui le justifient. Les sujets concrets et centraux du numérique et du climat permettent de le faire.

REGIS BISMUTH considère que *Compliance et Souveraineté* ont des *relations ambiguës*. À première vue, la notion de souveraineté se conjugue difficilement avec la compliance. La souveraineté s'inscrit en effet en droit international public dans une logique de répartition essentiellement territoriale des compétences, alors que la compliance s'est développée et diffusée dans les entreprises selon des instruments et méthodes qui se jouent largement des frontières. Un examen plus attentif révèle pourtant trois types d'interactions ambiguës entre les deux. La compliance peut tout d'abord être appréhendée comme un outil permettant aux États, en prenant appui sur les entreprises, de contourner les obstacles et limites posés par une souveraineté pensée territorialement, et ainsi d'étendre celle-ci, ce qui conduit à des frictions car les normes de compliance ne sont pas toujours en adéquation avec les normes étatiques. Cela se vérifie ensuite et en particulier lorsque les « buts monumentaux » de la compliance ne sont pas définis de manière unilatérale ou n'ont pas vocation à l'être. Enfin, en infusant dans les entreprises des instruments et méthodes qui ne sont pas sans rappeler des fonctions souveraines, la compliance peut aussi nous permettre de penser un mouvement émergent tendant à instaurer progressivement une souveraineté de l'entreprise au-delà de celle des États.

LAURENT BENZONI reprend cette approche générale et, faisant le lien avec le chapitre précédent de l'ouvrage, prend comme objet *Commerce international, compétitivité des entreprises et souveraineté* » et estime que nous allons *vers une économie politique de la compliance*. Il rappelle I que les nations existent par leurs différenciations, base du commerce international et de leur possible concurrence, mais qu'elles existent aussi par leur souveraineté, laquelle résulte de leur capacité à ne pas dépendre, ce à quoi la spécialisation peut conduire. Aujourd'hui, la question est plus que jamais posée. Or, les buts monumentaux de la compliance visent à préserver la compatibilité entre la compétitivité internationale des entreprises et la capacité à assumer une souveraineté dans un commerce international sous régime de libre-échange. L'ancienne doctrine mercantiliste asseyant la richesse d'une nation sur son indépendance, par exemple sur l'or, avait été remplacée par l'interdépendance du commerce comme source de la richesse, faisant disparaître la souveraineté dans la théorie générale du libre-échange, bientôt omniprésente et institutionnalisée par l'OMC. L'émergence de la compliance, par les liens qu'elle entretient avec la responsabilité environnementale, climatique et sociale des entreprises, et l'extraterritorialité naturellement attachée à cela, conduit à reconsidérer ce modèle, le principe de souveraineté resurgissant, dans un « climato-mercantilisme », qui implique directement les entreprises et les tiers, dans une nouvelle politique économique, dont la compliance serait un pilier.

MARIE-EMMA BOURSIER estime quant à elle que *Les buts monumentaux de la compliance* sont un *mode d'expression des États*. Les « buts monumentaux » sont la raison d'être de la compliance et lui donnent un sens : ils s'enrichissent d'un objectif politique, la faisant parvenir au statut de véritables normes juridiques. Le droit de la compliance est apparu par la confrontation des États avec la globalisation, conduisant à une éviction des notions juridictionnelles traditionnelles. Les buts monumentaux sont l'expression des politiques publiques qui peuvent se déployer dans un tel contexte, grâce à l'articulation que la compliance construit avec les parties prenantes privées, contribution spontanée ou contrainte. Par ce nouveau droit, les États retrouvent leur agilité face aux marchés. En effet, ces buts monumentaux justifient cette nouvelle responsabilité pesant sur les entreprises et les nouvelles puissances que les États expriment au-delà de leurs frontières traditionnelles.

STANISLAS POTTIER exprime un même volontarisme, non pas tant par la source mais par le but, en articulant ce qui justifie *Une compliance européenne, vecteur d'affirmation économique et politique*. Il souligne que les buts monumentaux d'aujourd'hui, notamment environnementaux et climatiques, sont d'une ampleur financière que l'on n'avait pas imaginée, mais l'enjeu essentiel est plutôt dans la façon d'utiliser les fonds, c'est-à-dire dans les règles qui, pour être efficaces et justes, devraient être globales. L'enjeu est donc de concevoir ces règles et d'organiser l'alliance nécessaire entre les États et les entreprises. Il n'est plus aujourd'hui contesté, même par les financiers les plus conservateurs, que le souci de ces buts monumentaux et le souci de rentabilité des investissements vont de paire, ce que traduisent la notation ESG et les « obligations vertes ». =Les entreprises sont de plus en plus responsabilisées, notamment par la pression réputationnelle exercée par la demande qui leur est faite de participer activement à la réalisation de ces buts, cette insertion au cœur même du management de l'entreprise montrant le lien entre la compliance et la confiance dont les entreprises ont besoin, la RSE étant aussi basée sur cette relation, l'ensemble plaçant l'entreprise en amont, pour prévenir des reproches, fussent-ils injustifiés. L'ensemble de la gouvernance et du *management* est donc impacté par les exigences de compliance, notamment la transparence.

Malgré la globalité du sujet et des techniques, l'Europe a une grande spécificité, où se joue sa souveraineté et qu'elle doit défendre et développer, comme outil de gestion du risque et de développement de son industrie, l'esprit européen de la compliance impliquant de renforcer des normes de compliance et d'en faire prévaloir le modèle, notamment le devoir de vigilance, dont il faut expliquer l'intérêt.

CHRISTOPHE ANDRE revient d'une façon plus générale sur la transformation de la souveraineté, telle que la compliance pourrait l'exprimer, en posant cette question : *Souveraineté étatique, souveraineté populaire : quel contrat social pour la compliance ?* Il rappelle que les « buts monumentaux de la compliance » servent de vecteurs à des valeurs sociales « communes ». Il constate que le droit de la compliance a tendance à la fois à balayer le droit pénal classique et, à travers les buts monumentaux, à reprendre sur lui les valeurs sociales fondamentales. Il peut les porter puisque ce sont les plus grandes entités économiques qui les soutiennent, qu'elles correspondent à une demande sociale de la population occidentale (probité, égalité, respect de l'environnement) et que les entreprises obtiennent un consensus (notamment par une politique de communication intense sur la dimension morale de leur action et leur culture de compliance). « Souveraineté, citoyenneté, effectivité » : la logique de la compliance supplante les débats académiques des pénalistes, leur substituant des solutions pratiques. Sans doute est-ce en cela que les buts sont « monumentaux » : vastes, globaux, écrasants. La compliance n'est peut-être pas le meilleur des mondes, mais c'est très certainement, selon l'auteur, un autre monde.

En se projetant, **MARIE-ANNE FRISON-ROCHE** propose une nouvelle notion qui serait ***Le principe de proximité systémique active, corollaire du renouvellement du principe de souveraineté par le droit de la compliance***. L'auteure explique que la souveraineté est le plus souvent évoquée d'une façon querelleuse pour décrire la compliance comme une sorte de guerre, faite à l'Europe : la compliance serait une arme utilisée contre la souveraineté des Etats d'Europe. En réaction, il faudrait construire une souveraineté européenne, consistant à rejeter tout ce qui n'est pas européen, la souveraineté se définissant donc essentiellement comme le fait d'être chez soi et d'empêcher les autres d'y venir. Le terme d'« extraterritorialité » emporte avec lui toute cette atmosphère-là, les plaintes exprimées, dont la délivrance serait les lois de blocage, notamment contre les Etats-Unis. . Mais ce qui est sans doute vrai pour le droit des embargos, décisions locales, ne l'est pas pour tout le reste, techniques de compliance adoptées pour que quelque chose soit fait à propos d'un risque global. Au contraire il est alors indispensable que les dispositifs de compliance soient indifférents aux frontières, voire indifférents aux territoires, parce que les risques le sont également. Cela est vrai pour les risques sanitaires, pour les risques financiers, pour les risques climatiques, pour les risques numériques. Alors pour penser à partir d'un exemple si singulier, le droit des embargos, dont la portée ne devrait effectivement qu'être bilatéral, alors que le droit de la compliance, ayant pour objet des risques ou ambitions globales, doit être de portée extraterritoriale ? Lutter contre la corruption, la désinformation, la haine, la pollution, le changement climatique, les virus, prévenir ces risques, gérer les crises, ne peut se concevoir qu'en dépassant les territoires. Dans un monde par ailleurs recouvert par ces deux espaces immatériels que sont la finance et le numérique, se référer à la frontière, ancrage matériel, est un mauvais point de départ. Cela est vrai lorsqu'il s'agit d'empêcher. Cela l'est plus encore lorsqu'il s'agit de construire. C'est ainsi qu'apparaît le lien intime entre le droit de la compliance et la souveraineté : la souveraineté peut se définir non pas comme l'exclusion de l'autre en gardant ses frontières pour qu'il ne les franchisse pas, mais comme l'expression d'une prétention pour que l'avenir soit comme l'auteur souverain veut selon sa volonté. La souveraineté a lien avec la volonté. Ainsi la souveraineté numérique exprime une prétention : celle pour l'Europe de disposer d'infrastructures qui lui permettent de faire ce qu'elle veut et d'organiser des règles qui correspondent à ses valeurs humanistes, par exemple l'exclusion de la haine et le souci de la vérité. Or, c'est le droit de la compliance qui permet cela. Cette conception est relativement nouvelle par rapport à la conception traditionnelle du droit international public : un principe de « proximité systémique », ici proposé, permettrait de lui donner corps.
