

# COMPLIANCE ET PROPORTIONNALITÉ

*Définition  
de la proportionnalité*

*Définition  
de la Compliance*

Toulouse, 14 octobre 2021



Abonnez-vous à une des newsletters

GRANDES ET PETITES QUESTIONS DU DROIT

COMPLIANCE : SUR LE VIF

AVENTURES DE L'OGRE COMPLIANCE

NEWSLETTER MAFR - LAW, COMPLIANCE, REGULATION

NEWS

MAFR TV

PRÉSENTATION

CV SYNTHÉTIQUE

CV COMPLET

CVS THÉMATIQUES

CV ANTÉCHRONOLOGIQUES

PUBLICATIONS

RESPONSABILITÉS ÉDITORIALES

ACCUEIL » PUBLICATIONS [Partager](#) [Tweeter](#)



22 JUILLET 2021  
PUBLICATIONS



# DÉFINITION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ ET DÉFINITION DU DROIT DE LA COMPLIANCE

© mafr

par Marie-Anne Frison-Roche

ComplianceTech® to read this working paper in English, click on the British flag



▶ Référence complète : Frison-Roche, M.-A., *Définition du Principe de Proportionnalité et définition du Droit de la Compliance*, document de travail, juillet 2021.



## Méthode

**POINT DE DÉPART  
ET  
PROGRESSION  
OÙ CELA MÈNE**

## POINT DE DÉPART

- ❖ Rencontres de la théorie et de la pratique
- ❖ L'on ne connaîtra jamais mieux la pratique que ne la vivent les praticiens
- ❖ Que peut apporter un professeur dans un document de travail ?
  
- ❖ Se dépouiller de la technique, pour réfléchir sur les **définitions**
  - ❖ **Chercher** l'une (Proportionnalité) chercher l'autre (Compliance)
  - ❖ **Articuler** l'une avec l'autre (Proportionnalité et Compliance)
  
  - ❖ **Faire « bouger »** l'autre en la mettant en face de l'autre
    - si l'on plonge la Proportionnalité dans la Compliance, cela **change-t-il** la Définition de la Compliance ?
    - si l'on plonge la Compliance dans la Proportionnalité, cela **change-t-il** la Définition de la Proportionnalité ?

## POINT DE DÉPART

dès le départ, j'ai eu une difficulté à articuler **Proportionnalité et Compliance** parce que les deux semblent se « violenter »

?

Le **Principe de proportionnalité** agirait comme une **limitation de l'usage des pouvoirs**, limitation au bénéfice de ceux qui les **subissent**.

Si je dois l'appliquer au **Droit de la Compliance**, alors je suis obligée de voir dans le Droit de la Compliance un poids, un ensemble de charges exceptionnelles et subies dont il faut limiter les inconvénients. L'affirmation est exacte pour la **sanction**, mais la sanction n'est qu'une modalité du Droit de la Compliance : elle ne l'identifie pas.

Je ne pense pas que le Droit de la Compliance soit ainsi défini : au contraire, il requiert de n'être **pas limité dans les pouvoirs** qu'il attribue aux entreprises. Il en a besoin de leur puissance pour que les « Buts Monumentaux » qu'il vise soient atteints (détection et prévention des crises systémiques : financière, sanitaire, climatique).

## POINT DE DÉPART

Admettons l'hypothèse (puisqu'on le dit si souvent) qu'il y aurait comme une incompatibilité entre Proportionnalité (qui limite les pouvoirs) et Compliance (qui mobilise les pouvoirs).

### *Quid facere ?*

Soit on réduit la **Compliance** à l'une de ses modalités (la sanction) .... : mais c'est plus que cela.  
Soit on admet la définition de la **Compliance** à n'être qu'une exception à un principe (lequel...?), ce qui justifierait que sa puissance soit ainsi réduite ... (et l'on fait la « balance », casuistique où tous y perdent...)

Soit on se souvient que la proportionnalité est la forme procédurale de la « **nécessité** » qui était sa formulation substantielle : « **rien de plus** qu'il n'est nécessaire, mais **tout** ce qui est nécessaire »

## POINT DE DÉPART

Je suis donc partie vers la construction d'un nouveau couple, **positif**, entre Proportionnalité et Compliance :

- ❖ où le principe de proportionnalité ne vient pas limiter les outils de Compliance (sauf lorsqu'il s'agit de sanctions, mais celles-ci vont être de plus en plus résiduelles dans un droit *ex ante*)
- ❖ où le Principe de Proportionnalité vient au contraire fonder, épauler, voire accroître les pouvoirs qui sont nécessaires à l'effectivité, l'efficacité et l'efficience du Droit de la Compliance dont la normativité juridique est dans ses buts, qui sont monumentaux

## PROGRESSION

- I. COMPRENDRE LE RAPPORT ENTRE LA COMPLIANCE ET LA PROPORTIONNALITÉ À TRAVERS LE COUPLE « PRINCIPE/EXCEPTION » ET AU-DELÀ DE CELUI-CI
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- II. USAGE TECHNIQUE DE LA PROPORTIONNALITÉ DANS LES DIFFÉRENTS OUTILS DE LA COMPLIANCE



## PROGRESSION

- I. COMPRENDRE LE RAPPORT ENTRE LA COMPLIANCE ET LA PROPORTIONNALITÉ À TRAVERS LE COUPLE « PRINCIPE/EXCEPTION » ET AU-DELÀ DE CELUI-CI
  - A. Le mécanisme de Proportionnalité, exprimant la conception de la compliance, par nature et dans ses modalités, comme une exception au principe de liberté
  - B. Le mécanisme de Proportionnalité, en soutien direct des principes substantiels servis par le Droit de la Compliance

- I. **COMPRENDRE LE RAPPORT ENTRE LA COMPLIANCE ET LA PROPORTIONNALITÉ À TRAVERS LE COUPLE « PRINCIPE/EXCEPTION » ET AU-DELÀ DE CELUI-CI**
- A. Le mécanisme de **Proportionnalité**, exprimant la conception de la **compliance**, par nature et dans ses modalités, comme une **exception au principe de liberté**
- **Dans ses modalités** : dès l’instant que c’est une sanction, le principe de proportionnalité s’applique en transparence non parce que c’est du Droit de la Compliance mais parce que c’est une sanction
    - **Difficulté de qualification** : ce qui est une « sanction » dans les mécanismes de compliance : le prononcé d’ « amende d’intérêt public » dans la CJIP qui pourrait se mesurer à d’autres profits qu’à ceux de la partie à la CJIP (ord. val. 2 sept. 2021, *Morgan Stanley*)
    - **Difficulté de qualification** : ce qu’est une « procédure de sanction » dans les « audit de Compliance » ... et la part du « droit de se taire » face à « l’obligation de collaborer »

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

A. Le mécanisme de **Proportionnalité**, exprimant la conception de la **compliance**, par nature et dans ses modalités, comme une **exception au principe de liberté**

- **Dans sa nature:** le Droit de la Compliance serait une « exception », mais par rapport à quoi ?
- **A la liberté de concurrence :** mais quel rapport entre la Compliance et la Concurrence ?  
**Pourquoi le Droit de la Compliance serait-il exceptionnel ? :** il est avant tout *ex ante* ; Il oblige les entreprises, mais le Droit des sociétés et le Droit financier aussi ...

Si l'on met de côté les sanctions, qui doivent être limitées par le principe de nécessité manié au regard du principe d'aller et de venir, pourquoi le Droit de la Compliance ne serait pas du côté des principes ?

## PROGRESSION

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

A. Le mécanisme de **Proportionnalité**, exprimant la conception de la **compliance**, par nature et dans ses modalités, comme une **exception au principe de liberté**

B. Le mécanisme de **Proportionnalité**, en soutien direct des principes substantiels servis par le **Droit de la Compliance**

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

## **B. Le mécanisme de Proportionnalité, en soutien direct des principes substantiels servis par le Droit de la Compliance ...**

Nécessité de définir le Droit de la Compliance

Ce n'est pas un process contraignant sans « sens »

C'est un ensemble d' « outils » qui prend son sens dans des « Buts Monumentaux » dans lesquels réside la normativité juridique de l'ensemble

- Buts Monumentaux Négatifs
- Buts Monumentaux Positifs

L'État formule les buts monumentaux négatifs et positifs (la loi dite Sapin 2 ou la loi dite anti-cadeaux n'en sont que des exemples) et c'est aux entreprises d'atteindre ces buts

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

## **B. Le mécanisme de Proportionnalité, en soutien direct des principes substantiels servis par le Droit de la Compliance ...**

L'État formule les buts monumentaux négatifs et positifs (la loi dite Sapin 2 ou la loi dite anti-cadeaux n'en sont que des exemples) et c'est aux entreprises d'atteindre ces buts

Les entreprises sont en charge d'utiliser les pouvoirs qui sont les leurs pour atteindre ces Buts Monumentaux.

Elles sont désignés parce qu'elles sont « **en position** » de le faire

Elles doivent déployer les « **pouvoirs nécessaires** », en rien des pouvoirs restreints par rapport à un principe contraint : **les pouvoirs nécessaires pour atteindre les Buts Monumentaux fixés par l'Autorité publique**

Cela doit être les « pouvoirs nécessaires », en rien des pouvoirs restreints par rapport à un principe contraint : les pouvoirs nécessaires pour atteindre les Buts Monumentaux fixés par l'Autorité publique

Passage d'un principe « négatif » de proportionnalité (qui limite les pouvoirs par rapport à un principe auquel la Compliance porterait exception) à un principe « positif » de proportionnalité qui soutient la Compliance en ce qu'elle est elle-même un principe : la détection et la prévention des risques systémiques monumentaux et la construction d'un avenir supportable, voire meilleur pour l'être humain

Enjeu principal : situation mondiale sanitaire et climatique

Tous les « pouvoirs nécessaires » des « opérateurs cruciaux » sont requis

## PROGRESSION

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

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



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

Préalable : deux principes d'autant plus précieux en pratique dans leur cohérence – et non en balance - que la cacophonie réglementaire n'engendre que le silence du Droit ● Attribution tacite, parce que « nécessaire » des pouvoirs requis pour exécuter la charge

- A. La proportionnalité en soutien actif de l'efficiencia des outils de la Compliance maniés par les entreprises en *Ex Ante* et en *Ex Post*
- B. La supervision corrélative des « opérateurs cruciaux » et l'exclusion des outils disproportionnés, c'est-à-dire inutiles (« non-nécessaires »)

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

### A. La proportionnalité en soutien actif de l'efficacité des outils de la Compliance maniés par les entreprises en *Ex Ante* et en *Ex Post*

- ❖ Accroît l'enjeu pratique de la qualification de « sanction » ou de « procédure de sanction » qui fait jouer de nouveau le couple « exception/principe » : par exemple l'**audit interne**
- ❖ Pouvoir même tacitement détenu d'obtenir des informations si elles sont pertinentes pour le But Monumental : la « **vigilance** »
- ❖ Le devoir de vigilance valide le pouvoir d'information sur les tiers qu'il oblige à avoir et les « pouvoirs nécessaires » qui vont avec
- ❖ La nécessité des « **engagements** » qui concernent autrui

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

### A. La proportionnalité en soutien actif de l'efficacité des outils de la Compliance maniés par les entreprises en *Ex Ante* et en *Ex Post*

- ❖ Pouvoir même tacitement de contrôler autrui : obligation de contrôler les contenus dans l'espace numérique
- ❖ Pouvoir – parce que requis – de sanctionner autrui : l'entreprise reçoit l'ordre de poursuite et de sanctionner autrui : la Compliance est la seule voie efficace de la Régulation de l'espace numérique

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

### B. La supervision corrélative des « opérateurs cruciaux » et l'exclusion des outils disproportionnés, c'est-à-dire inutiles (« non-nécessaires »)

- ❖ Les autorités publiques fixent les Buts, auxquels l'entreprise peut adhérer et reprendre à son compte (raison d'être, RSE, éthique)
- ❖ Les autorités publiques supervisent l'usage des moyens conçus et mis en œuvre **librement** par l'entreprise (AFA, 4 juillet 2019).
- ❖ La norme « inutile », c'est-à-dire inapte à atteindre son but, devient la norme disproportionnée et en cela contraire à la hiérarchie des normes : Tribunal constitutionnel allemand, 29 avril 2021

## CE À QUOI J'ARRIVE

**Le Droit de la Compliance est le Droit de l'Avenir, empêchant que celui-ci soit catastrophique pour les êtres humains (détection et prévention des risques systémiques sanitaires et climatiques)**

**Pour cela, il repose sur l'Alliance entre les pouvoirs politiques et les entreprises « cruciales » (en position d'atteindre les Buts Monumentaux)**

**Il repose sur la puissance des entreprises qui ne sont sujets du Droit de la Compliance qu'en raison de leur position : le principe de Proportionnalité doit préserver le principe de « nécessité » : autant de pouvoirs conférés à l'entreprise, même tacitement, pour atteindre ces Buts Monumentaux**

**Dans la séquence acquise : « pas plus de pouvoirs qu'il n'est nécessaire, autant de pouvoirs qu'il est nécessaire », c'est désormais à la seconde partie qu'il faut normativement prêter attention**

**la définition de l'un soutient alors à la définition de l'autre**