

# Décrire, concevoir et corrélér les outils ■ de la compliance, ■ pour en faire un usage adéquat

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

*Agrégée des Facultés de Droit, professeure de Droit de la régulation  
et de la compliance, directrice du Journal of Regulation & Compliance*

La compliance, il y a peu encore, renvoyait à une pratique dont on ne parlait guère. Puis des articles et ouvrages s'en sont saisis, plutôt par la description des sanctions prononcées et des procédures qui y mènent, exposé réalisé afin de mieux indiquer comment s'y soustraire, ou à tout le moins en diminuer le coût. Il faut dire que ces procédures sont souvent menées à grand spectacle, un tel *Grand Guignol* que quiconque se rapproche de la scène en est effrayé ou tenté d'appeler à l'adoption de lois ayant pour objet de bloquer l'efficacité des législations des autres.

Mais, au jour le jour, la compliance prend plutôt une forme moins menaçante et théâtrale : celle des cartographies, des contrôles internes ou des formations, mis en place avec bonne volonté et difficulté par des entreprises qui s'organisent comme elles le peuvent, condamnées avant même d'avoir bougé, ou pour avoir trop bougé, ou mal bougé, devant prouver qu'elles avaient tâché de faire au mieux. De ces outils-là, l'on ne sait pas grand-chose. L'éclairage à sensation de punitions tombant comme la foudre masque à l'excès la nature préventive que le Droit de la compliance insère dans chacun de ses instruments. Cet *ex ante* est pourtant la marque du Droit de la régulation, dont le Droit de la compliance constitue le prolongement.

---

1. Cet article présente tout d'abord la problématique qui fonde l'unité de l'ouvrage *Les outils de la compliance* puis résume chacune des contributions qui le composent. Pour une vision dynamique de cet ouvrage, inséré dans la collection *Régulations & Compliance* qui elle-même vise, ouvrage après ouvrage, à élaborer le Droit de la compliance, dans le prolongement du Droit de la régulation et en articulation avec celui-ci, consulter : <https://mafr.fr/fr/article/les-outils-de-la-compliance/>

La multiplication des spécialistes de tel ou tel outil particulier de compliance, de tel ou tel objet de compliance, aggrave la fragmentation de la matière et rend difficile une vision globale des outils de la compliance. Cela produit un inconvénient majeur en pratique : les différentes règles d'application vont se développer encloses dans chaque outil de compliance, dans des centaines de petits régimes juridiques, solutions isolées qu'on stocke dans les rayonnages virtuels des plateformes sans que la cohérence ne puisse sortir de ce seul effort de mise à disposition du tout. Mais de ce grand vrac, qui sera le bibliothécaire, ce personnage dont Borges montrait l'art si humain du classement et de l'éti-quetage ?

Car il ne faut pas en rester à une *tools box*, cette dégradante expression d'un ensemble où tous les outils s'entassent, où tous se vaudraient et qu'on prendrait au hasard, pour régler le cas nouveau qui surgit et qu'il faut fermer au plus vite. Pas de plan. Pas d'architecte. Son geant plutôt à ce qu'est l'art de la bibliothèque, il faut disposer les outils de compliance les uns par rapport aux autres, dans un dessin préalable de l'ensemble, ce qui permet d'en avoir une compréhension plus globale, par leur insertion dans la construction du Droit de la compliance. Quand on repense à la bibliothèque de Jefferson, sur laquelle le Congrès américain est bâti, bibliothèque agencée sur une idée (Mémoire, Passion, Raison), l'on mesure à quel point il faut avoir bien pensé le monde pour ranger avec simplicité chacun des éléments techniques qui prennent place dans les rayons. Comme dans un mouvement naturel des choses.

Cette vision d'ensemble est d'autant plus pertinente que les juridictions, parce qu'elles connaissent des contentieux dont nul outil de compliance ne peut être exempt, opèrent les corrélations entre tous puisqu'en recherchant une solution pour l'un des outils les juges ont le souvenir de la solution trouvée précédemment pour un autre outil, élaborant ainsi de façon ordonnée une doctrine commune. Le Droit comme mémoire joue aussi en cette matière-là. « Rien de plus utile qu'une bonne théorie », Vedel reprenait au compte du Droit ce qui est acquis en physique.

Cette vision d'ensemble est d'autant plus requise que ces outils doivent à leur tour s'insérer dans la stratégie de l'entreprise. Puisque tant de forces, compétences, personnes, temps et argent sont définitivement mobilisés dans les entreprises par la mise en place de tous ces outils, plutôt que d'être des poids morts, autant qu'ils soient profitables. Ils ne peuvent l'être que par une mise en valeur des principes simples et communs qui les justifient. Il est également utile d'opérer des distinctions qui n'apparaissent pas toujours dans des monographies enfermées sur chaque technique de compliance, mais se dégagent selon des lignes de partage essentielles, comme les distinctions selon les pays ou selon les secteurs. Apparaît alors une question pratique première : qui, des êtres humains ou des algorithmes, doit élaborer et manier les outils de compliance ? Sujet éminemment pratique, qui mérite aussi réflexion, laquelle est aujourd'hui en cours de la part des entreprises, des juridictions et des

législateurs. En effet, le sujet des outils de compliance est éminemment politique et de nouvelles souverainetés se dessinent, notamment celle de l'Europe.

Sur de telles bases, l'ouvrage *Les outils de la compliance* vise à comprendre ces « outils de compliance », en appréhendant spécifiquement ceux sur lesquels on dispose de peu d'études alors qu'on les manie quotidiennement, comme la cartographie des risques, les formations ou les droits subjectifs, en laissant transparaître à travers d'autres contributions plus transversales les outils familiers, comme les programmes de compliance, les sanctions, les lancements d'alerte ou les conventions judiciaires d'intérêt public.

Pour dégager cette cohérence d'ensemble ou pour l'améliorer et lutter contre une uniformité parfois malvenue dans les *process* de compliance, un **premier chapitre** en opère une approche juridique et économique. Un **deuxième chapitre** souligne le rôle de la cartographie des risques. Un **troisième chapitre** dessine le jeu des incitations. Un **quatrième chapitre** relève les expertises requises. Un **cinquième chapitre** insiste sur la prégnance géographique. Un **sixième chapitre** détaille la mesure de l'effectivité. Un **septième chapitre** explore la formation. Le **huitième chapitre** examine les outils technologiques. L'article de conclusion débouche sur les droits subjectifs.

L'ouvrage s'ouvre donc sur un **premier chapitre consacré à des approches très générales, juridique et économique, des outils de la compliance.**

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE opère tout d'abord une **Approche juridique des outils de la compliance**, visant à **construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du Droit de la Compliance par ses « buts monumentaux »**. Elle y souligne que les « outils de la compliance » ne s'empilent pas les uns sur les autres. Ils forment un système grâce à une unité puisée dans les buts que tous ces multiples et différents outils servent : le cœur normatif est donc dans les « buts monumentaux » par lesquels le Droit de la compliance se définit.

En effet, tous les outils sont configurés par ces buts : pour maîtriser ces techniques, il est indispensable de les mettre toutes en perspective de ce qu'est le Droit de la compliance, lequel est conçu téléologiquement au regard de ses buts. Le Droit de la compliance étant le prolongement du Droit de la régulation, il est, comme lui, construit sur un équilibre entre le principe de concurrence et d'autres soucis que les autorités publiques ont la prétention de prendre en charge. Le Droit de la compliance a d'ailleurs plus de « prétention » à ce titre, par exemple en matière environnementale. Tous les moyens sont alors bons, la violence des outils se mariant sans difficulté avec les engagements volontaires puisque ce sont les buts qui gouvernent la matière.

Comme le montre le droit positif, il en résulte une méthode d'interprétation et des niveaux de contrainte communs à tous les outils de compliance. Partant des buts, dans lesquels la normativité juridique est logée, l'interprétation des différents outils est ainsi unifiée. Plus encore, les différents degrés de contrainte ne s'opèrent pas selon la considération des sources (critère juridique traditionnel) mais par les buts, lesquels déclenchent l'articulation des obligations de moyens et des obligations de résultat. En effet, l'obligation des outils est pour l'entreprise une obligation de résultat, puisqu'elle est maîtresse des outils, tandis qu'atteindre les buts est certes une obligation pour elle, puisqu'ils sont l'objet même de la compliance, mais cela n'engendre qu'une obligation de moyens puisque leur détermination est entre les mains des autorités publiques.

LAURENT BENZONI ET BRUNO DEFFAINS procèdent quant à eux à une **Approche économique des outils de la compliance, à travers la finalité, l'effectivité et la mesure de la compliance « subie et choisie »**. Pour ce faire, les auteurs se réfèrent aux travaux généraux de l'analyse économique du Droit pour exposer que les entreprises peuvent avoir intérêt à montrer par avance qu'elles obéissent à la loi dans une stratégie à long terme de réputation et de fiabilité; cette internalisation imposée par la compliance est alors transformée par la *Corporate Social Responsibility* et ramène le dispositif aux choix opérés par l'entreprise, laquelle les élabore rationnellement et non sur un élan émotif.

Ainsi les mécanismes de compliance cessent-ils d'être « subis », l'entreprise ne faisant que minimiser la perspective d'une sanction future, pour être « choisis », l'entreprise endossant librement une « responsabilité », par exemple en matière environnementale ou de protection des droits humains, en dépassant les exigences légales (ce à quoi correspondent les « buts monumentaux » qui dépassent l'intérêt des associés et l'obligation légale). Le calcul d'investissement est plus difficile pour la seconde, difficilement quantifiable, que pour la première (calcul de probabilité). La loi dite *Pacte* donne place à la « compliance choisie » mais l'on en mesure mal l'effectivité : l'on attend la jurisprudence dans son maniement du Droit de la responsabilité. En outre, si le statut d'« entreprise à mission » est adopté, le but devient statutairement contraignant et la gouvernance de la société doit être modifiée pour que le contrôle des moyens mis en place soit opéré en interne. Mais, postulant que les entreprises ne recherchent que leurs avantages compétitifs, il ne s'agit que, par ce service de l'intérêt général, de conquérir de nouveaux bénéfices propres, la finalité lucrative de la compliance choisie montrant le caractère libéral de la compliance.

Les auteurs soulignent que cette « compliance choisie » implique des outils d'analyse d'évaluation différents de ceux utilisés pour la « compliance subie ». Dans la « compliance subie », il s'agit en application des travaux de Gary Becker de considérer l'aversion au risque, l'entreprise calculant ses chances d'être sanctionnée ou non par rapport au gain procuré par l'infraction (à charge pour ceux qui conçoivent le Droit de concevoir celui-ci selon le modèle des

incitations) et au coût engendré par les outils internes de conformité. Les auteurs soulignent que l'incertitude des solutions juridiques, notamment en raison ici de l'importance de la *soft Law*, rend ces calculs difficiles tandis que la rationalité des agents n'est pas totale, la perspective d'être puni étant rejetée en soi alors que le respect de la règle est plutôt naturel, les entreprises étant donc « honnêtes » (théorie des biais cognitifs) et ne voulant pas être montrées du doigt (*name and shame*). L'économie comportementale pousse donc à la dépense en faveur de la « compliance subie », au-delà du calcul coût-avantage.

Dans le cas de la « compliance choisie », c'est l'économie de la concurrence qui dessine les solutions, parce que l'entreprise s'impose une contrainte pour en tirer un avantage compétitif, en ce que ces contraintes auto-imposées rencontrent des demandes sociétales, externes (par exemple, l'environnement) ou internes (par exemple, cohésion dans l'entreprise). Les gains externes sont l'image positive de l'entreprise par rapport à la réputation de ses concurrents. Ces investissements perdent vite leur efficacité parce que toutes les entreprises adoptent les mêmes, ce qui d'ailleurs transforme ces pratiques en normes juridiques communes. Les gains internes sont mesurés en sociologie des organisations par l'adhésion au projet de l'entreprise, réduisant l'inefficience-X interne dans un profit supérieur à l'investissement.

Le cadre général étant ainsi posé, le **deuxième chapitre de l'ouvrage est consacré à l'outil central de la compliance qu'est la cartographie des risques.**

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE y présente le fait de **Dresser des cartographies des risques comme obligation, contenant le paradoxe des « risques de conformité »**. Elle souligne qu'il y a peu d'études synthétiques ou théoriques sur le mécanisme de cartographie des risques alors qu'il est de fait l'outil central dans la compliance, peut-être parce qu'il relèverait plus du management que du Droit. La cartographie des risques est décrite mais ne reçoit pas d'autres qualifications juridiques que d'être une « modalité », souffrant en cela d'un mal qui frappe l'ensemble de la compliance, encore peu appréhendé par le Droit, concentré souvent pour l'instant dans l'*ex post* de la sanction alors que la compliance est par nature de l'*ex ante*.

L'on passe du désarroi à l'incompréhension en relevant l'existence de « risques de conformité » parmi les risques cartographiés : cela est notamment du aux affirmations selon lesquelles il ne faudrait parler que de « Droit de la conformité », comme obéissance en *ex ante* au Droit. Réduit ainsi à une sorte d'obéissance à la réglementation, le « risque de conformité » n'étant qu'un risque de désobéissance mécanique à une réglementation, cela peut être un simple élément d'une carte plus vaste des « risques ». Mais si l'on peut admettre que le Droit ne peut pas se réduire ni à la réglementation ni à l'obéissance mécanique à celle-ci, alors le « risque de conformité » n'est qu'un élément d'un Droit de la Compliance qui, lui, renvoie à une autre définition.

Effectivement, le Droit de la Compliance se définit substantiellement par ses « buts monumentaux » qui excèdent l'obéissance à la réglementation.

En conséquence, si le Droit se saisit de la cartographie des risques, celle-ci peut apparaître tout d'abord comme n'étant qu'une obligation accessoire de l'obligation principale, laquelle consistant dans le fait d'atteindre les buts monumentaux. L'obligation accessoire de dresser les cartes est alors une obligation de résultat, tandis que l'obligation principale d'atteindre les buts est quant à elle une obligation de moyens. Cette cartographie étant très diverse et n'étant visée que ponctuellement par des lois précises, elle peut aussi ne constituer qu'un fait juridique ou, par le jeu de diverses chartes, être un engagement juridique unilatéral.

Mais l'on peut avancer l'idée qu'elle est en train de devenir le socle d'une obligation juridique autonome à la charge d'entreprises en position de connaître certains risques, renvoyant à l'existence d'un droit subjectif de les connaître et de les mesurer (« droit d'être inquiété ») dont les tiers qui vont les courir seraient titulaires, leur permettant ainsi de choisir de les courir, ou pas.

NICOLAS GUILLAUME donne ensuite les **premiers aperçus des enjeux, des limites et des bonnes pratiques des cartographies des risques de compliance**. L'auteur donne un aperçu de ce qu'est la cartographie des risques pour une entreprise, non seulement une obligation dans certains cas, comme en matière de corruption, mais encore et au-delà un excellent outil pour concevoir et maîtriser sa stratégie.

Il montre que cela tient au fait que les législations intègrent désormais l'approche par les risques, les entreprises devant utiliser ces cartographies, devant parfois les mettre au service d'une stratégie d'ensemble, même si leur maniement peut conduire à engager la responsabilité de l'entreprise et de ses dirigeants. L'auteur souligne que les cartographies sont très diverses parce que leurs objectifs sont eux-mêmes différents, leurs utilisateurs l'étant également (ce qui implique des éclairagés différents des mêmes risques).

L'auteur dégage en conséquence des principes communs à toutes les cartographies, qui évaluent toujours les risques selon leur probabilité de survenance et selon la gravité de leurs conséquences s'ils se concrétisent. Il convient également d'appréhender le « risque brut », saisi dans l'absolu, et le « risque net » qui intègre l'entreprise elle-même dans cette appréhension de la probabilité et de la gravité, dégageant alors un niveau de risques acceptable pour l'entreprise.

Sur ces principes communs se superposent des spécificités tenant aux différents risques ; l'auteur prenant plus particulièrement le cas du risque de corruption, puisque le Droit de la compliance lui fait une grande place. La cartographie qui est propre au risque spécifique devient alors plus fine pour être pertinente, tandis que les critères ici retenus seront abandonnés dans une cartographie ayant une autre finalité. La façon de procéder redevient pourtant

commune à toutes les diverses cartographies dans l'engagement des organes dirigeants de l'entreprise, la méthodologie des enquêtes internes, des entretiens et des *benchmarks*.

Si l'entreprise déploie ainsi l'art des cartographies de risques, alors elles cessent de n'être qu'une exigence de la législation à laquelle l'entreprise doit se plier, pour devenir un outil central dans le dispositif global de prévention du risque et dans la conception des stratégies de l'entreprise, nourrissant les codes de conduite, la conception des formations et des supervisions, pour déployer enfin dans l'entreprise une « culture du risque », laquelle est primordiale.

Parce que ces outils de compliance permettent d'établir des règles là où le droit traditionnel n'y pourvoit pas, **le troisième chapitre de l'ouvrage est consacré à la place et au maniement des incitations dans les systèmes de compliance.**

LUCIEN RAPP démontre l'articulation entre **Théorie des incitations et gouvernance des activités spatiales**. L'auteur étudie les conditions d'une application de la théorie des incitations aux problèmes actuellement posés par la gouvernance des activités spatiales. Ces activités se sont enrichies de la présence de nombreux opérateurs privés, sans que le marché qui se met en place n'ait encore été correctement régulé.

L'accumulation de débris dans l'espace proche met en évidence la difficulté de maintien d'une situation construite sur les seules lois, en l'absence d'une organisation internationale spécialisée et dans l'insuffisance des traités internationaux en vigueur.

Cette contribution montre les apports de l'approche comportementale en Droit et en économie, développant l'intérêt qu'il y aurait à la développer.

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE se demande ensuite pourtant comment **Résoudre la contradiction entre « sanction » et « incitation » sous l'emprise du feu de la compliance**. En effet, compliance et incitations paraissent à première vue totalement opposées. Pour deux raisons majeures. En premier lieu, parce que les sanctions ont une place centrale dans le Droit de la compliance et que les incitations supposent une absence de contrainte sur les opérateurs. En second lieu, parce que les incitations ont lien avec l'autorégulation et que le Droit de la compliance suppose une présence forte des autorités publiques. Ainsi, il faudrait choisir : soit compliance, soit incitations ! Soit l'efficacité de l'une, soit l'efficacité des autres ; soit les techniques de l'une, soit les techniques des autres ; soit la philosophie de l'une, soit la philosophie de l'autre. Se résigner à la déperdition qu'un tel choix nécessaire impliquerait.

Mais poser les termes ainsi revient à penser pauvrement les situations et à réduire les champs des solutions qu'elles appellent. Si l'on reprend une définition riche du droit de la compliance, l'on peut au contraire articuler compliance

et incitations. On ne peut d'ailleurs pas s'en dispenser, et pourtant c'est difficile. En effet, c'est sans doute à ce propos que l'on perçoit le plus nettement le choc de deux cultures, qui ne communiquent pas, alors que techniquement elles s'appliquent aux mêmes situations. En effet, parce que la compliance a été pensée par la finance, tout lui serait outil. Dès lors, la tendance à ne penser la sanction que comme une incitation est très forte en Droit de la compliance, se manifeste continûment et ne s'arrêtera pas. Mais quelles que soient les raisons de la concevoir ainsi, les principes de l'État de droit ne peuvent pas disparaître et, si l'on ne veut pas qu'ils s'effacent, alors il faut les articuler, et cette articulation constitue un enjeu essentiel.

C'est pourquoi l'on peut dire littéralement que la compliance a mis le feu au Droit pénal par sa conception, logique mais close sur elle-même, des sanctions comme simples incitations. Pour que le Droit pourtant demeure, attaché à sa majuscule et son refus de n'être toujours qu'un simple « outil » il faut tenir une définition très ferme du Droit de la compliance centré sur son but monumental qu'est la protection de la personne. L'article vise à en poser le principe et en dérouler les modalités.

MARIE LAROUER expose quant à elle **Les manifestations des mécanismes incitatifs dans le Droit français de la compliance**. L'auteur développe tout d'abord l'idée selon laquelle le Droit lui-même accueille la notion d'incitation comme lui étant consubstantielle, prenant notamment appui sur les codes de conduite. Puis elle développe des manifestations de droit incitatif comme outil de compliance tout d'abord en matière de lutte contre la corruption : la décision de la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption montre que les recommandations de cette agence incitent l'entreprise à s'y conformer, la protégeant alors d'une sanction si elle s'y soumet mais ne lui interdisant pas de s'organiser d'une autre façon. Par ailleurs, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a posé que le manquement à une obligation contractuelle, qui n'est pourtant que la reprise d'une contrainte logée dans un programme de compliance qui vise un tiers, justifie la résiliation du contrat.

D'une façon plus générale, l'auteur montre que le système juridique incite les entreprises à intégrer la compliance par la publication des plans de vigilance et des performances extrafinancières, tout en notant que les entreprises n'y procèdent pas toujours.

L'article conclut d'ailleurs que le Droit français de la compliance dans son usage des incitations n'en est qu'à ses « prémices ».

D'une façon plus générale, HUBERT TARDIEU *via* le recours aux incitations montre les liens entre **Souveraineté des données et Compliance**. Après avoir considéré que l'Europe avait, en termes de puissance, « perdu la bataille » des données personnelles, l'auteur demande que la même erreur, qui pourrait trouver sa source dans un désintérêt au départ, ne soit pas renouvelée

concernant les « données d'entreprise ». La Commission européenne ayant affirmé sa volonté dans ce sens en 2020, il faut désormais construire un « écosystème européen » pour un partage des données industrielles en confiance.

Pour cela, l'auteur expose qu'il faut développer des « incitations au partage des données d'entreprises », afin d'augmenter leur volume disponible et alimenter des progrès communs en intelligence artificielle entre entreprises européennes et utiliser des données complémentaires communes, qu'aucune ne pourrait générer seule, permettant la création de services nouveaux. Ces incitations peuvent être des « réglementations » nouvelles et adaptées, mais aussi l'adoption par le secteur d'un « modèle de données commun ». Mais l'auteur souligne qu'il faut aller de l'avant, notamment par des expériences permises par les « bacs à sable réglementaires ». Cela permettra le déploiement du partage des données, la compliance pouvant y contribuer, voie pour une Europe souveraine de données industrielles partagées, objectif monumental qui peut ainsi être atteint.

En prenant, quant à elle, appui sur un secteur particulier, LAURENCE CALANDRI étudie elle aussi le couple ainsi formé entre **Incitation(s) et autorégulation(s)**, pour poser la question concrète : **quelle place pour le Droit de la compliance dans le secteur audiovisuel?** L'auteur a pris le secteur de l'audiovisuel, « pilote » en la matière, pour mesurer très précisément la façon dont, en France, la jurisprudence du Conseil d'État a introduit une logique de compliance en laissant les opérateurs libres de s'organiser tout en les supervisant.

Après avoir rappelé que par les arrêts de 2016 *Fairvesta* et *Société Numéricable*, le Conseil d'État a permis le contrôle juridictionnel des actes de droit souple, notamment ceux émis par le régulateur de l'audiovisuel, l'auteur confronte cet état du Droit avec l'affirmation de ce régulateur comme n'étant pas le « gendarme » de ce secteur. Le Conseil d'État le suit en isolant parmi ses actes ceux qui ne sont qu'incitatifs et échappent au contrôle par le juge, de la même façon que des actes de *soft Law* adoptés par les entreprises du secteur, expression d'une autorégulation, échappent eux aussi au contentieux et sont donc également « injusticiables ». L'auteur conclut que cela rénove complètement la gouvernance du secteur, le régulateur en devenant davantage l'arbitre et le superviseur de ce nouveau droit souple.

Renouant avec une perspective plus générale et pour clore cette partie, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE reprend le rapport entre **Incitations et Compliance**, qu'elle présente comme **un couple à propulser pour accroître l'utilité du Droit de la compliance**. Comme pour les sanctions, là encore compliance et incitations paraissent pourtant à première vue totalement opposées, puisque les incitations supposent une absence de contrainte sur les opérateurs, qu'elles ont lien avec l'autorégulation et que le droit de la compliance suppose une présence forte des autorités publiques.

Il est vrai que la théorie dite « des incitations » vise les mécanismes qui n'ont pas recours directement à la contrainte. Mais, de la même façon que l'on peut articuler « sanction » et « incitation » si l'on définit le Droit de la compliance par ses « buts monumentaux », de la même façon l'on peut penser plus efficacement les relations entre les autorités publiques et les entreprises à travers une notion ici proposée : la « compliance incitative ». Pour cela, il est essentiel de partir d'une définition dynamique du Droit de la compliance par ses buts monumentaux.

En effet, si le Droit de la compliance est défini en plaçant sa normativité juridique dans les « buts monumentaux » qu'il poursuit, comme la disparition de la corruption, la détection du blanchiment d'argent afin que disparaisse la criminalité qui lui est sous-jacente, ou comme la protection effective de l'environnement, ou le souci concret des êtres humains, alors ce qui compte c'est non pas les moyens en eux-mêmes mais la tension effective vers ces « buts monumentaux ». Dès lors, la charge de ce qui relevait précédemment des politiques publiques menées par les États, parce que ceux-ci ne sont définitivement pas en mesure de le faire, en est internalisée dans les entreprises qui sont en position de tendre vers ces buts : les « opérateurs cruciaux », parce qu'ils en ont la surface, les moyens technologiques, informationnels et financiers.

Dans cette perspective-là, l'internalisation de la volonté publique provoquant une scission avec la forme étatique liée à un territoire qui prive le politique de son pouvoir de contrainte, les mécanismes incitatifs apparaissent comme le moyen le plus efficace pour atteindre ces buts monumentaux qui expriment la souveraineté. Ils apparaissent comme ce moyen « naturel » à la fois négativement et positivement défini. Négativement en ce qu'ils ne requièrent pas en *ex ante* de sources institutionnelles nettement repérables et localisées, pas plus qu'ils ne requièrent davantage en *ex post* de pouvoir de sanction : il suffit de substituer l'intérêt à l'obligation. Positivement, les incitations relaient à travers les stratégies des opérateurs ce qui était la forme si souvent critiquée et moquée de l'action publique : le « plan ». La durée est ainsi injectée grâce au mécanisme de la compliance, comme on le voit à travers le développement de celle-ci dans le souci de l'environnement (« plan Climat »), ou à travers le mécanisme de l'éducation, laquelle ne se conçoit que dans la durée.

Ce projet qui prétend construire le futur est pourtant celui du politique et celui de l'entreprise, qui utilisent leur puissance déployée dans le temps pour le concrétiser. C'est sans doute là que se joue l'avenir de l'Europe.

De la même façon qu'un outil n'est rien sans l'entreprise qui l'utilise, l'autorité publique étant en supervision de celle-ci, il n'a pas non plus d'adéquation sans le professionnel qui l'utilise de façon adéquate. C'est pourquoi le **quatrième chapitre de l'ouvrage vise à repérer les expertises pour manier les différents outils de compliance.**

À ce titre, ANTOINETTE GUTIERREZ-CRESPIN présente **les compétences requises pour l'élaboration d'un audit du dispositif de compliance**. L'auteur dégage ce qui caractérise un « audit de compliance ». Différent d'un « programme de compliance », qui est un instrument de contrainte, et même d'une enquête interne, qui vise à détecter des manquements, l'audit de compliance vise à mesurer les risques de décalage par rapport aux exigences de compliance, voire à identifier les marges d'amélioration.

À partir de cette définition, est expliqué comment concrètement un audit de compliance est mené, par une approche par les risques, et qui en sont les acteurs (internes et externes à l'entreprise).

FRANÇOIS BARRIÈRE et SIDNE KOENIGSBERG présentent **les compétences sollicitées pour la construction de l'expertise de l'avocat en matière de compliance**. Les auteurs observent que beaucoup de cabinets d'avocats développent désormais une expertise en compliance, soit en département soit en équipe. Ils soulignent que cette expertise est atteinte par la spécialisation, ce qui permet d'accompagner les entreprises, en *ex ante* (par exemple dans les fusions) et en *ex post* (dans les contentieux) en continuum entre les deux.

Plus encore, cette expertise se construit d'une façon collaborative entre l'équipe d'avocats et l'entreprise concernée, ce qui renforce ce continuum nécessaire.

THOMAS AMICO montre quant à lui que la compliance, parce qu'elle opère un passage de l'*ex post* à l'*ex ante*, constitue **une révision copernicienne pour l'avocat pénaliste**. Après s'être référé à diverses définitions du Droit de la compliance, l'auteur insiste sur l'utilité de l'avocat pénaliste en ce que celui-ci, connaisseur de l'*ex post* que constitue la sanction, est donc de bon conseil dans l'*ex ante* dans lequel se développent de nouveaux mécanismes de compliance, comme la cartographie des risques ou l'évaluation des tiers.

L'avocat pénaliste y a donc naturellement sa place, qu'il s'agisse des pouvoirs exercés par une autorité administrative ou du Droit pénal proprement dit. En ce qu'il peut « anticiper les procédures pénales », l'avocat pénaliste est donc le mieux à même de faire en sorte que l'entreprise ne s'y expose pas, notamment dans une bonne maîtrise des enquêtes internes, écartant ainsi d'elle le risque pénal.

Mais un outil doit être ajusté, non seulement à l'entreprise et à son activité, mais encore au pays, à la région, et au système juridique dans lequel il est déployé. Le juste équilibre entre ce qui doit être appliqué partout et l'enracinement dans les traditions est un enjeu majeur et particulièrement délicat à réussir en pratique. C'est pourquoi **le cinquième chapitre porte sur la prégnance géographique des outils de la compliance**.

JEAN-BAPTISTE RACINE y fait une synthèse de plusieurs contributions sous cette perspective, parce que les outils de la compliance comprennent à la fois une

dimension globale et une dimension locale. Il montre en outre **La prégnance géographique dans le choix et l'usage des outils de la compliance**. L'auteur met en corrélation le Droit de la compliance et le « Droit global » : il souligne le rapport de force que le premier exprime, notamment de la part des États-Unis, et même s'il a donc « tendance à s'universaliser », les particularismes demeurent, ne serait-ce que dans la mise en œuvre.

MAHMOUD M. SALAH développe quant à lui la **Conception et application de la compliance en Afrique**. L'auteur présente la façon dont la compliance, qui peut paraître « insurmontable » en Afrique notamment au regard de la corruption, voire du terrorisme, gravité compensée par la prévalence de la solidarité du groupe sur la conception webérienne du Droit, a pourtant vocation à se « déployer » en Afrique.

Il décrit la façon dont, dans certains pays africains, les mécanismes de compliance ont été instaurés, sous l'influence des institutions internationales exigeant tout d'abord l'autonomie des structures économiques vis-à-vis des structures sociales puis les assouplissant pour qu'elles soient plus « humaines » et donc plus « durables ». Sous l'égide de l'ONU, les programmes de lutte contre la corruption ont été particulièrement déployés. Mais l'Union africaine et des organisations sous-régionales ont également contribué à concevoir et appliquer des programmes contre la corruption, par exemple par l'adoption de lois uniformes. En outre, l'effet extraterritorial de lois étrangères, notamment les *FCPA*, *Bribery Act* et Sapin 2, accroît cet ancrage de la compliance.

L'auteur montre que cet ancrage se traduit par une transformation des branches du Droit. En premier lieu, le Droit bancaire et financier l'accueille plus volontiers, puisqu'il tend à être mondialement uniformisé, les Droits africains participant à cette globalisation, et impose aux établissements financiers et au-delà une obligation générale de vigilance, notamment quant au risque de blanchiment et de financement du terrorisme, une obligation d'alerte et une responsabilité pénale spécifique des personnes morales. En deuxième lieu, toutes les législations africaines visent la lutte contre la corruption par la compliance, laquelle vise principalement la prévention.

Mais l'auteur mesure l'effectivité (« c'est-à-dire leur aptitude à produire les résultats recherchés ») souvent encore limitée de ces outils. Cela tient principalement à la conjonction entre l'importance du secteur informel, entravant notamment l'identification des acteurs, et à la faiblesse des structures étatiques qui, alliée à la faible bancarisation et à la faible culture de l'écrit et de l'enregistrement, laisse le système sans opérateurs cruciaux que l'on puisse charger de concrétiser le Droit de la compliance.

L'auteur conclut que ce n'est pas le risque de sanction nationale qui conduit les opérateurs à respecter les règles de compliance mais la crainte de perdre des marchés par la menace extérieure d'acteurs internationaux et l'atteinte à leur réputation locale et à l'étranger. La faiblesse des structures étatiques

diminuant l'effectivité de la compliance comme elle affecte tout le reste, il souligne qu'il faut les renforcer, notamment consolider l'effectivité du contrôle juridictionnel.

Plus spécifiquement, il faudrait que la compliance soit moins onéreuse car les États africains ne peuvent souvent pas en supporter le coût, seules le pouvant les filiales des grands groupes privés étrangers, ce qui conduit à abandonner la compliance à la volonté du secteur privé, phénomène regrettable tandis que les superviseurs publics n'ont pas les moyens d'exercer leur fonction de contrôle.

Dans une perspective plus transatlantique, KAREN COPPENS, ROGER BURLINGAME, NOEL POWER et DAE HO LEE décrivent la **lutte internationale contre la corruption et gestion du risque**. Les auteurs montrent que les entreprises affrontent certes une diversité de systèmes juridiques en raison de leur multiple localisation mais, en réalité, en matière de lutte contre la corruption, l'autorité française, l'autorité anglaise et l'autorité américaine développent des exigences analogues dans un esprit commun, ce qui doit suffire à satisfaire les sujets de droit.

En effet, en lisant les textes, notamment de droit souple, issus de l'Agence française anticorruption, du *Department of Justice* et du *Serious Fraud Office*, il apparaît que la préoccupation première est l'effectivité du programme de conformité adopté par les entreprises. Les autorités des trois pays soulignent par ailleurs également la nécessité pour les organes dirigeants de l'entreprise de promouvoir et diffuser activement la culture de la conformité anticorruption.

Pour les trois autorités, il faut plus précisément que ce programme soit adapté et sur mesure, que l'organe dirigeant s'engage lui-même dans son respect effectif et que soient mis en place un code de conduite, des formations efficaces et des actions de communication, le programme devant s'appuyer sur des mécanismes structurels d'enquête interne et de lancement d'alerte, l'ensemble renvoyant à une évaluation.

Les auteurs montrent qu'au-delà des spécificités de chacun des systèmes les trois autorités sont unies pour lutter contre la corruption, ce qui diminue l'insécurité des entreprises internationalement exposées. Ce tour d'horizon montre que le souci d'effectivité est commun et mérite d'être présenté par les deux bouts de la chaîne : du côté de l'entreprise et du côté du régulateur, faisant écho aux deux approches générales qui ont débuté l'ouvrage.

À ce titre, le **sixième chapitre de l'ouvrage est consacré à la mesure de l'effectivité des outils de la compliance**.

MAXIME GALLAND montre la force du **contrôle par le régulateur de l'effectivité des instruments de compliance mis en place par l'entreprise**. L'auteur souligne la complexité de la mesure de l'effectivité des outils de la

conformité car la mesure des risques ne peut être mécanique. L'exercice est un coût dont l'avantage n'apparaît pas immédiatement, l'essentiel étant dans les comportements que l'entreprise maîtrise difficilement tandis que ce sont des résultats qui sont évalués, car les outils de compliance doivent être « effectifs » et produire des résultats tangibles.

Pour cela, le régulateur intervient en *ex ante* pour que les textes applicables soient compréhensibles par l'entreprise et que l'outil fonctionne. Lorsqu'une non-conformité est advenue, au-delà de la sanction que cela justifie, le régulateur doit prendre appui sur cette mesure de l'ineffectivité que la sanction a permis d'opérer pour conduire les opérateurs à améliorer leurs dispositifs. Ainsi, c'est en termes d'« effort de compliance » que le contrôle du régulateur s'opère, notamment à travers l'observation d'une « exemplarité incarnée », notamment par ceux qui dans l'entreprise ont le pouvoir de décider.

Du point de vue de l'entreprise à laquelle tous les outils sont proposés par les prestataires, AURÉLIE BANCK désigne **la maturité de l'utilisateur de l'outil de la compliance** comme **premier critère du choix de l'outil adéquat**. L'auteur insiste sur la nécessité pratique pour l'entreprise de montrer à première demande les documents attestant de la réalité des mécanismes de compliance. Les outils informatiques aident les entreprises pour y parvenir, mais l'essentiel est que chacun dans l'entreprise « s'approprie » ces différents outils.

Pour l'obtenir, il faut que le *compliance officer* ne choisisse pas nécessairement l'outil qui lui convient le mieux et lui plaît le plus mais qui convient plutôt à celui qui va le manier, par exemple les équipes de vente sur le terrain, en veillant à ce que l'outil intègre la spécificité du secteur et de l'entreprise. L'ajustement des logiciels doit donc rencontrer une maturité de ces usagers dans l'entreprise : ces usagers doivent avoir une « culture de la compliance » pour profiter des outils de celle-ci. Ainsi, des outils plus rudimentaires que d'autres peuvent être plus performants si la culture de compliance est encore faible, des outils sophistiqués pouvant être inutiles si une base minimale préalable n'est pas acquise. L'auteur montre ainsi l'articulation à faire entre la maturité des utilisateurs et la technicité des outils, les deux devant progresser ensemble.

Continuant d'articuler l'*ex ante* et l'*ex post*, car la formation est souvent une exigence majeure des programmes de compliance infligés comme sanction mais constitue la meilleure prévention par l'insertion d'une « culture de compliance » dans l'entreprise, le **septième chapitre porte sur la formation, alpha et omega de la compliance**.

À ce titre, HERVÉ CAUSSE montre que **la formation en compliance va par et au-delà de la formation juridique classique**. L'auteur souligne que non seulement la formation en matière de compliance est requise par les textes mais encore qu'elle est nécessaire. Pour la concevoir et la pratiquer, il faut certes intégrer des connaissances nouvelles, souvent extérieures au Droit, mais

il faut aussi conserver les qualités de l'enseignement classique du Droit classique. C'est en cela que la formation constitue une aide et un atout essentiels pour les entreprises.

L'auteur montre que la dimension internationale propre à la matière et la confrontation culturelle qu'elle traduit doivent être insérées dans les systèmes juridiques traditionnels, la formation y parvenant en mettant en valeur les impératifs pratiques dont la compliance relaie le souci. Pour y parvenir, l'auteur soutient que ce sont avant tout les qualités classiques du juriste et de l'enseignant qui sont requises ; le droit classique trouvant ainsi un regain, comme les méthodes d'enseignement sont vivifiées par ce nouveau Droit de la compliance. Son enseignement doit donc à la fois s'ancrer dans les principes juridiques classiques et dans les techniques propres aux mécanismes de compliance.

Puis MARIE-ANNE FRISON-ROCHE décrit **la formation comme contenu et contenant du Droit de la compliance**. Au premier titre, en tant que la formation est un outil spécifique de compliance, elle est supervisée par les régulateurs. Elle devient même obligatoire lorsqu'elle est contenue dans des programmes de compliance. Puisque l'effectivité et l'efficacité sont des exigences juridiques, l'auteur montre quelle est alors la marge des entreprises pour les concevoir et comment on peut en mesurer le résultat.

Au second titre, tant que chaque outil de compliance comprend, et de plus en plus, une dimension éducative, l'on peut reprendre un par un chacun de ces outils pour dégager cette perspective pédagogique. Ainsi, même les condamnations et les prescriptions sont autant de leçons : leçons données et leçons à suivre. La question est alors de savoir qui, dans ce Droit de la compliance si pédagogique, qui sont les « instituteurs » : ne serait-ce pas les régulateurs eux-mêmes ?

Enfin, THÉO THOURET montre que **Formation et compliance sont deux outils corrélés de transmission d'information**. L'auteur prend appui sur le fait que, d'une façon générale, le Droit de la compliance vise à faire circuler l'information et que la formation, par nature, est un procédé pour transmettre l'information, pour rapprocher les deux. Dans la mesure où le Droit de la compliance internalise dans les « opérateurs cruciaux » l'obligation de faire circuler l'information (en son sein, vis-à-vis de ses parties prenantes et des autorités, mais aussi entre les opérateurs cruciaux), il est donc logique que ceux-ci développent des programmes de formation, non pas d'une façon adjacente mais d'une façon principale, en raison de cette identité.

En effet, la formation est un moyen d'obtenir que l'information soit « bien reçue », c'est-à-dire comprise, assimilée et utilisée par son destinataire à ce pour quoi sa transmission a été opérée. Les autorités de régulation et de supervision contrôlent donc l'effectivité de l'obtention de cet effet. L'auteur prend enfin deux exemples, l'un d'adoption spontanée de programme de formation

au titre de la compliance, opérée par le groupe Total, l'autre d'adoption contrainte, opérée par le groupe Johnson & Johnson, pour illustrer sa démonstration générale.

La formation semblant être plutôt affaire humaine, une place très importante est pourtant aujourd'hui faite à ce que beaucoup présentent comme l'avenir de la compliance : les machines. Machines intelligentes, apprenantes et décidantes... la compliance *by design* est-il l'outil de l'avenir où là où la technicité de la compliance noie le Droit?...

L'importance de la question justifie que le **huitième chapitre de l'ouvrage soit donc consacré aux outils technologiques et à la compliance *by design***. Il s'agit davantage d'avoir une idée de ce qu'il faut faire, face à des outils si innovants qu'ils pourraient même prendre la place de ceux qu'ils avaient vocation à servir. Le sémillant Méphistophélès n'est jamais loin de Faust, qui préférerait se perdre plutôt que d'apparaître en déclin.

Ainsi, JEAN-CHRISTOPHE RODA prend appui sur l'exemple particulier de **La compliance *by design* en antitrust** pour montrer que d'une façon générale ces techniques se situent **entre innovation et illusion**. Il étudie plus spécifiquement l'exigence de la Commission européenne, à savoir une « *antitrust compliance by design* », qui lui semble pour l'instant une idée assez confuse mais répondant à l'hypothèse de violation du Droit de la concurrence par des technologies dites « intelligentes », par exemple alignant les prix sans intervention.

L'auteur reprend les pistes de solutions déjà dégagées, mais il n'y inclut pas le signalement interne automatique de situations incitant à des comportements anticoncurrentiels justifiant une plus grande vigilance de l'entreprise elle-même car la compliance *by design* doit selon lui intégrer les règles elles-mêmes et n'être pas qu'un simple système d'alerte. De la même façon, la « transparence des algorithmes » permettra en *ex post* de sanctionner ceux qui ont programmé ou de considérer leur usage comme aggravant, ce qui n'est pas un mécanisme *by design* au sens strict, puisque cela ne produit pas en soi de respect de la règle. En Droit de la concurrence, la compliance *by design* est donc « le codage des buts du Droit de la concurrence, avec des instructions relativement simples : ne pas fixer les prix collectivement, ne pas échanger telle ou telle catégorie d'informations », ou bloquer l'accès à des informations sensibles. Cela pourrait aller plus loin, vers une sorte d'éducation, le logiciel « apprenant » à refuser d'exécuter des tâches conduisant à des infractions. Le Droit pourrait inciter à cela par une responsabilité, qui est en germe.

Mais l'auteur estime que pour l'instant des obstacles existent, qui sont de nature technique plutôt que juridique. Il faut en effet avant tout que les juristes et les informaticiens se comprennent..., et donc acceptent de penser un peu différemment, et les uns et les autres. L'on peut y arriver. Mais la complexité du Droit de la concurrence, associée aux marges d'interprétation, est telle alors qu'une traduction binaire est quasiment impossible, ce que la technique

de l'algorithme semble pourtant exiger. Dans la technique économique, l'on trouvera les mêmes écueils, par exemple dans le calcul du pouvoir de marché, déterminant dans l'*antitrust compliance by design*. Sans compter la part éthique du Droit de la concurrence, difficile à encoder.

CÉCILE GRANIER développe l'analyse de cette difficulté en montrant **L'originalité normative de la compliance by design**. L'auteur développe l'idée que la compliance *by design* représente une « originalité normative », en ce qu'elle vise, par une relation complexe entre l'obligatoire et le volontaire, à assurer l'effectivité des « normes premières » contenues dans les « buts monumentaux » fixés par les pouvoirs publics. La normativité de la compliance *by design* est originale car ces procédés se situent dès la mise en place des processus techniques, ce à quoi renvoie l'expression « *by design* », ce qui renforce la dimension *ex ante* du droit de la compliance, l'informatique incrustant cette normativité dans les structures mêmes, par un mariage entre technologie et compliance.

Il en résulte une application « automatisée » de la norme, intégrée dans un programme informatique, qui par exemple bloque l'accès à des données si l'usager n'a pas correctement exprimé son consentement, chaîne d'événements mécaniquement provoqués par l'effet d'événements (ou non-événements) précédents (comme dans les *smart contracts*), ensemble fonctionnant en total *ex ante*, en dehors de toute perspective de sanction étatique crainte, la contrainte étant réintégrée dans l'aptitude technique. Cette primauté de la technique pose la question de l'interprétation des normes ainsi incorporées ; question que l'auteur laisse ouverte puisqu'elle pourrait mener à des machines qui « interprètent » elles-mêmes les normes. Cette application automatisée est présentée comme plus « efficace », qualité essentielle dans l'atmosphère de compliance puisque ainsi, à la fois, la norme ne dépend pas des acteurs privés et peut bénéficier de leur puissance technique. Mais l'on mesure aujourd'hui que l'auteur des normes techniques secondes insère lui-même des normes qui ne devraient être présentes qu'au premier niveau, l'entreprise insérant ses propres pratiques et valeurs, la compliance *by design* relevant alors de l'autorégulation.

Plus encore, l'auteur montre que dans la conception même de la norme, dans le *design*, la question est de désigner l'auteur de l'intégration de la norme dans l'algorithme et les modalités de l'insertion. L'auteur étant interne à l'entreprise, cela constituerait une privatisation de la norme, puisque la norme, même seconde, ne peut pas être totalement dépourvue d'insertion de valeurs, la compliance bouleversant donc l'organisation des sources du Droit. Dans une situation que l'auteur désigne comme une « inconnue », sauf à ce qu'apparaissent des « juristes-codeurs », le juriste est disqualifié par son incapacité technique puisqu'il s'agit d'une insertion technologique, la translation du juridique vers l'algorithme, par la traduction en code informatique puis l'insertion

dans l'architecture informatique de l'entreprise, transformant la règle juridique elle-même.

Par exemple, par le choix de la sévérité de la sanction mécanique mise en place au niveau secondaire pour donner effectivité à une interdiction édictée au niveau premier. L'auteur montre ainsi que ce contrôle d'effectivité des normes de premier niveau, contrôle d'effectivité qui est mis en place au second niveau, impacte directement les normes de premier niveau. Par exemple, décider de demander l'autorisation, ou l'expression d'un consentement, ou interdire l'accès, lorsqu'un contenu a été réprouvé par une norme de premier niveau, norme de premier niveau qui ne précise pas le mode de contrôle de cette réprobation que la compliance *by design* doit y attacher. Or, la compliance *by design* n'étant pas une autorégulation, les autorités publiques contrôlent sa mise en place et en œuvre, comme le fit la CNIL à propos d'Android. Cécile Granier insiste sur le fait que ce type de contrôle va se développer.

Revenant sur une situation technique plus singulière, LUDOVIC PAILLER confronte **la compliance *by design* et le RGPD**, pour montrer comment l'on peut techniquement mettre en place **la protection des données dès la conception**. L'auteur estime que le RGPD a fait changer le « paradigme » de la protection des données pour la porter dans la compliance, en ce que les responsables de traitement doivent assurer l'effectivité des règles définies par ce règlement, ce dont ils rendent des comptes. En outre, la donnée, traitée par l'algorithme, est « un moyen de compliance » lorsqu'elle est utilisée pour les plans de vigilance et tous les autres outils, cette brique étant commune à tout le Droit de la compliance. Pour respecter le Droit, et notamment protéger les personnes, la compliance *by design* continue à intégrer la « conformité » dès la conception de ses outils par des normes techniques (*Privacy Enhancing Technologies – Pet's*), juridicisées par le RGPD.

L'auteur analyse les moyens technologiques de la protection des données dès la conception de l'outil, qui viennent compléter la loi et le contrat. Ils s'intègrent dans les « mesures » requises pour protéger les personnes, par exemple les transferts vers les pays tiers, ces moyens technologiques étant classés selon leur degré d'effectivité. Si l'opérateur est libre dans le choix de la technologie, le Droit exige et contrôle qu'il soit non seulement effectivement protecteur mais encore robuste, facile d'utilisation et compatible avec les outils de l'utilisateur. L'auteur souligne que la notion d'« effectivité » englobe ces exigences particulières. Cette effectivité, qui doit être prouvée *a priori* (« documentée »), est contrôlée par les autorités à travers la vérification du caractère approprié des mesures techniques, leur mise en œuvre efficace et leur effet concret.

Même si l'opérateur n'est soumis qu'à l'état de la technique, il doit faire évoluer ses moyens techniques, aidé par les autorités (v. « pack de compliance » de la CNIL). Même si les autorités visent à optimiser les coûts que supporte l'entreprise, celle-ci doit tout de même les supporter, la mise en contexte et

la finalité du traitement impliquant que la mesure de leur caractère proportionné s'apprécie par rapport au but, ce qui peut provoquer une charge très grande. Ainsi, si le risque est très élevé pour les personnes, il faudra insérer des techniques plus protectrices encore que celles du Droit de la compliance, dès l'instant que celui-ci ne se limite plus à une simple « conformité » à la réglementation. C'est ce qu'on observe à propos des données à caractère personnel.

Dans ce même souci de trouver des solutions, SAMIR MERABET évoque ce que doit pouvoir être **La morale by design**. Après s'être interrogé sur les rapports généraux entre le Droit et la morale et leurs points de contact, l'auteur avance l'hypothèse que celle-ci pourrait trouver un espace de concrétisation dans la technologie de l'intelligence artificielle, alors même que beaucoup s'inquiètent des effets délétères de celle-ci. L'auteur considérant que la compliance n'est qu'une méthode tandis que l'éthique serait la façon dont la morale est incorporée d'une façon assouplie dans le Droit : la technologie dite « de l'intelligence artificielle » pourrait donc exprimer la règle morale ; « la compliance *by design* pourrait être l'outil adéquat pour permettre d'assurer l'effectivité des règles morales sans tomber dans les excès envisagés ».

L'auteur prend appui sur des exemples pour estimer que la technologie doit à la fois exprimer la règle morale et rendre celle-ci effective. Cela lui paraît possible, et ce d'autant plus que cette règle morale peut trouver un équilibre par son mode d'élaboration, puisqu'elle est bâtie conjointement entre l'État et les opérateurs économiques, cette collaboration prenant la forme de principes généraux arrêtés par l'État et des moyens choisis par l'entreprise. Son contenu serait également caractérisé par la recherche d'un « juste milieu », qui serait trouvé par cette répartition entre les principes moraux primaires dont l'expression serait le fait de l'État et les principes moraux secondaires dont l'expression serait déléguée aux entreprises.

Prenant donc ce que seraient les principes de la compliance, l'auteur les applique à l'intelligence artificielle, en montrant qu'on insère dans ces technologies non seulement le principe de neutralité mais encore les principes éthiques de non-malveillance, voire de bienveillance (principes premiers), que les entreprises déclinent ensuite en principes secondaires. Dès lors, « la compliance peut utilement être mise à profit pour convertir ces principes moraux fondamentaux en règles morales dérivées, source d'une plus grande effectivité ».

Aboutissant ainsi à une « morale *by design* », le système global dispose d'un outil d'effectivité supplémentaire. Cela suppose que les règles fondamentales et dérivées soient d'une qualité morale acquise car, pour l'instant, l'outil technologique ne peut assurer que leur effectivité et non pas la qualité morale des règles implémentées. Dans la détermination des « règles morales d'application », l'entreprise dispose donc de marges de liberté, utilisées *via* les outils technologiques.

À partir de ces propos optimistes et l'ouvrage étant résolument consacré à l'avenir et ce qu'il veut contenir de positif, il se termine par une conclusion ouverte sous la forme d'un **article conclusif, partie consacrée aux droits subjectifs**.

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

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

Nous ne sommes qu'à l'orée de leur déploiement et c'est sans doute sur les droits subjectifs, concrétisés par les entreprises elles-mêmes sous la supervision des autorités publiques dans des zones liant souveraineté et humaniste, que pourra à l'avenir se réguler l'espace digital dans lequel désormais nous vivons, afin que nous n'y soyons pas étouffés et qu'il constitue pour les personnes un espace civilisé.

Car pour cet *homo faber* qui semble parfois repu d'inventer chaque matin un nouvel « outil de compliance », qui les imagine sans défaut, qui les projette comme écrivant par magie un futur où chaque virgule aurait déjà été écrite par une machine, il faut rappeler que l'*Homo sapiens* a la sagesse de garder en tête qu'il ne sait pas, que les outils ne sont pas intelligents et que s'ils pourraient n'avoir pas de défaut, ils ne peuvent en tout cas pas avoir de projets.

Il faut laisser toujours les outils à leur juste place, afin que le principe d'un être humain libre se référant à une Loi extérieure à tous et à laquelle tous se réfèrent demeure notre principe commun, sans que jamais la *matrix* nous dicte avec douceur chacun de nos pas.

Cette liberté humaine, qui va avec le risque pris, le choix possible, l'erreur recevable, l'échec admis, l'inconnu bienvenu et le futur que l'on ne connaît pas, l'action souhaitée, le souci des autres, l'incalculé, doit demeurer le cœur battant des outils de la compliance.