

le Bulletin de l'ilec

Ceci n'est pas une newsletter

Programmes de conformité, révolution discrète

SOMMAIRE

EDITORIAL

Accomplissement
page 2

UNE "COMPLIANCE" ACCLIMATÉE

Entretien avec Jean-Christophe Grall, avocat à la cour
page 1

RISQUE D'IMAGE, RISQUE MAJEUR

Entretien avec Blandine Cordier-Palasse, Cercle de la compliance
page 4

PROFESSION REPORTER (DE CONFORMITÉ)

Entretien avec Christophe Roquilly, Edbec Business School
page 6

L'ORDRE ET LE MODÈLE

Entretien avec Stefano Manacorda, universités Naples-II et Sorbonne
page 7

Une "compliance" acclimatée

Une douzaine d'années après les premières dispositions légales qui ont obligé certaines entreprises à se doter de programmes de conformité, ceux-ci étendent leur empire toujours plus loin au-delà du domaine qui les a vus apparaître, le droit de la concurrence.

Entretien avec Jean-Christophe Grall, avocat à la cour de Paris, Grall & Associés

■ *Est-ce l'influence du droit anglo-saxon qui a amené des entreprises françaises à la mise en place de programmes de conformité ?*

Jean-Christophe Grall: La loi Sarbanes-Oxley de juillet 2002¹ s'applique à toutes les entreprises, américaines ou étrangères, dès lors qu'elles sont cotées aux États-Unis ; or certaines entreprises françaises ont une double cotation, française et américaine (Alcatel-Lucent, Sanofi, Total), ce qui les a contraintes à se conformer aux dispositions légales américaines.

Ce décalage entre le droit américain et le droit français n'a toutefois guère duré, puisque dès 2003 la France adoptait la loi de sécurité financière dite loi Mer², concernant également les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, qui dépassait même la loi américaine par son étendue. En effet, si les dispositions américaines et françaises ont les mêmes objectifs, accentuer la responsabilité des dirigeants, renforcer les contrôles en interne et diminuer les sources de conflits d'intérêts, la loi de sécurité financière « n'a pas limité cette notion [de contrôle interne] à son volet financier, au contraire de l'approche retenue dans la section 404 de la loi Sarbanes-Oxley. La LSF se place dans une perspective plus exhaustive, impliquant une analyse de la gestion des risques à tous les niveaux dans l'entreprise »³.

■ *Y avait-il un programme de conformité chez Lehman Brothers ?*

J.-C. G.: Oui ; toutefois, il est utopique de penser qu'un programme de conformité garantit une protection indéfectible face aux problèmes qu'il est censé couvrir (fiscaux, boursiers, financiers, etc.). Il conviendrait d'analyser dans quelle mesure le programme de Lehman Brothers n'a pas joué son rôle ; il aurait dû prévenir la faillite, ou à tout le moins permettre une détection suffisamment tôt de la situation pour gérer au mieux les conséquences. Enfin, il ne faut pas oublier les nombreux exemples – moins médiatiques, certes – d'entreprises qui ont pu prévenir des risques et économiser des amendes, procès, etc., grâce à des programmes de conformité.

(suite page 2)

Accomplissement

Le vieux verbe *complir* a une large descendance. Si la *compliance*, exercice obligé de maintes grandes entreprises, entre interdits et obligations, contraintes juridiques et normes sociales, rappelle son cousinage avec *complies*, c'est que les termes en usage pour traiter du contrôle de conformité, « principes », « méthode », « discipline », « mission », « règle » ou « observance », portent à se demander si l'entreprise n'en serait pas à l'ère des « moineages ».

Autre terme souvent employé à propos des programmes de conformité : *dispositif*. Un mot dont le philosophe Giorgio Agamben¹ trouve l'origine dans la théologie et donne cette définition : « machine qui produit des subjectivations », « oriente les comportements, les gestes et les pensées des hommes », les « guide vers le bien », organisant l'intériorisation des contraintes. Sauf que la prolifération des « dispositifs », ajoute-t-il, ne produit plus que des subjectivations « spectrales » et au final une « désobjectivation » généralisée, à laquelle cet auteur associe l'effacement du sujet politique.

Dans ce contexte, l'entreprise, une des dernières instances stables porteuses d'identité collective, permettrait encore, par les dispositifs de compliance, que soit « produite » la « subjectivation » des individus au travail. En même temps qu'elle tend, par la *soft law* combinant codes privés et codes publics, à se « constitutionnaliser »², elle prendrait en charge la conformité à des normes supralégales, suppléant en cela aux institutions politico-religieuses et jusqu'à inclure la sanction du contrevenant.

Les programmes de conformité prêtent donc à interrogations sous l'aspect même de ce qui les fonde : les usages du droit, interrogations dont Stefano Manacorda donne ici un aperçu. Mais selon Blandine Cordier Palasse, seules des considérations gestionnaires de court terme leur sont opposées ; leur légitimité est déjà forte.

Pourtant, ils suscitent en France plus qu'ailleurs des résistances. Stefano Manacorda en devine la raison dans notre système de responsabilité pénale ; Jean-Christophe Grall voit un frein à leur expansion dans l'insuffisante protection des lanceurs d'alertes ; et pour Christophe Roquilly seule la plus jeune génération est en phase avec la démarche.

À moins que l'idée de loi privée que porte la compliance ne ranime parfois des ardeurs d'*accomplissement* du 4-Août. En France, les *sujets* ont souvent le goût du *compliment*, mais ils ne sont pas toujours bien *disposés*.

François Ehrard

1. Qu'est-ce qu'un dispositif ?, *Rivages*, 2014

2. Gunther Teubner, colloque du Collège de France « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », dir. Alain Supiot, 12-6-2014, avec aussi entre autres orateurs Stefano Manacorda. <http://qvt.co/72ky6i>.

>> suite de la page 1

■ L'exigence de programmes de conformité est-elle surtout le fait d'entreprises matures et disposant d'actifs immatériels – comme les marques – exposés aux risques de réputation ?

J.-C. G. : Pas nécessairement. Certains programmes de conformité sont obligatoires du seul fait que l'entreprise est cotée (cf. loi de sécurité financière), peu importe son activité. Ensuite, il convient de distinguer non pas un mais plusieurs programmes de conformité, en fonction de l'activité et de la taille de l'entreprise ; il existe une multitude de programmes possibles pour couvrir les risques fiscaux, boursiers, financiers, de sécurité des personnes et des produits, de santé, de protection de l'environnement ou d'application et de respect des règles de concurrence. Ainsi, Danone n'a certainement pas le même programme de conformité qu'une PME locale, ou que la Société générale, du moins pour la sécurité des personnes et des produits ou la protection de l'environnement.

■ L'instabilité réglementaire et le risque juridique afférent ont-ils contribué à favoriser le recours aux programmes de conformité dans les entreprises ?

J.-C. G. : En matière de concurrence, il est discutable de considérer qu'il existerait une « instabilité réglementaire » : l'interdiction des ententes illégales remonte en France à 1945⁴ et dans l'Union européenne à 1957⁵ ; le plafond des amendes, qui s'élève à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes consolidé du groupe, n'a pas changé depuis plus de treize ans en France⁶ et douze dans l'UE⁷ ; les autorités françaises et européennes ont publié des lignes directrices afin d'explicitier autant que possible, mais en conservant un caractère incertain donc dissuasif, leurs modes de calcul des amendes⁸.

Il est vrai que l'adoption des programmes de clémence en France et dans l'UE⁹ a considérablement augmenté le risque de découverte des cartels secrets. Il existe une insécurité grandissante pour les entreprises qui participent à des pratiques anticoncurrentielles : en plus du risque de détection par une autorité de concurrence se présente désormais le risque de dénonciation par un coauteur de l'infraction.

Les autorités de concurrence n'hésitent plus à infliger des sanctions de montants élevés (sans parler, en France, des actions de groupe prévues par la loi Hamon du 17 mars dernier, qui vont permettre de demander réparation d'un dommage anticoncurrentiel). Il est ainsi commun de voir la Commission européenne infliger des amendes dont le montant total dépasse le milliard d'euros (1,71 milliard à Deutsche Bank, Société générale, RBS, UBS, JP Morgan, ayant participé à des cartels dans le secteur des produits dérivés de taux d'intérêt en décembre 2013). L'Autorité de la concurrence est également l'un des régulateurs les plus actifs (et craints) : en 2012, elle avait prononcé des décisions de sanctions pour un montant total de 540 millions d'euros.

■ L'Union européenne et les autres autorités de la concurrence partagent-elles les principes et critères de conformité exprimés en France par l'Autorité de la concurrence dans son document-cadre de 2012 ?

J.-C. G. : Sans entrer dans une comparaison des programmes de conformité de toutes les autorités nationales de concurrence, on note que la Commission promeut la mise en place de tels programmes afin d'« anticiper les problèmes au lieu d'attendre leur apparition pour les régler, en définissant par écrit une stratégie sur mesure adaptée à leur situation particulière ». Elle ajoute que le programme de conformité devra être clair, formulé « simplement et dans toutes

les langues de travail de l'entreprise », et que le personnel dirigeant doit le « rendre accessible à l'ensemble du personnel », rappeler les règles de concurrence et les risques de sanctions. Elle invite à ce qu'un responsable du programme de conformité soit désigné dans l'entreprise et que des formations soient organisées. Pour autant, la Commission ne recense pas les critères devant figurer dans le programme, Bruxelles considérant qu'il faut agir au cas par cas.

L'Autorité de la concurrence, elle, dresse dans son document-cadre une liste des éléments qui doivent, en toute circonstance, figurer dans un programme de conformité : « une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction et plus généralement de l'ensemble des dirigeants et mandataires sociaux » au sujet du respect du droit de la concurrence ; « l'engagement de désigner une ou plusieurs personnes chargées au sein de l'entreprise, ou de l'organisme, du programme de conformité » ; « l'engagement de mettre en place des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation » ; celui de « mettre en place des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte, dans le respect du droit du travail » ; de « mettre en place un dispositif effectif de suivi comprenant (...) une procédure de traitement des demandes de conseil, d'examen des alertes et d'analyse des suites à donner ; [et] l'existence d'un ensemble de sanctions ». Ainsi l'Autorité procède de manière plus directive, alors que la Commission est moins précise et prescriptive.

■ *En quoi l'Autorité de la concurrence prend-elle en considération la taille de l'entreprise pour apprécier l'existence et la qualité d'un programme de conformité lorsqu'elle sanctionne ?*

J.-C. G. : La taille de l'entreprise est l'un des éléments d'individualisation lors du calcul de l'amende. Dans l'affaire du Plavix (dénigrement à l'encontre des génériques de Plavix, 40,6 millions d'euros d'amende, mai 2013), l'Autorité a augmenté le montant de l'amende de 50 % à l'encontre de Sanofi, en considération de la puissance économique de ce groupe pharmaceutique. Quant à la prise en compte de l'existence d'un programme de conformité, elle considère qu'il ne change rien à la réalité de l'infraction, qu'il est sans incidence sur sa gravité et sur l'importance du dommage qu'elle peut avoir causé à l'économie. Le document-cadre indique que l'existence d'un programme de conformité ne mérite pas d'être prise en considération « dès lors qu'il n'a pas empêché l'infraction d'advenir »¹⁰.

Néanmoins l'article L. 464-2 III du Code de commerce permet à l'Autorité de réduire la sanction pécuniaire pour tenir compte du fait qu'une entreprise ne conteste pas les griefs qui lui ont été notifiés, et d'accorder une réduction supplémentaire lorsque l'intéressé s'engage à modifier son comportement. Ainsi, les entreprises qui s'engagent à mettre en place un programme répondant à ces bonnes pratiques ou à améliorer un programme de conformité existant peuvent se voir accorder une réduction de la sanction encourue, jusqu'à 10 % de celle-ci. Cette réduction s'ajoute à celle de 10 % liée à la renonciation à contester les griefs et à celle de 5 % pouvant être accordée au titre d'autres engagements.

■ *En cas de sanction, un programme de conformité peut-il être retenu comme un facteur aggravant ?*

J.-C. G. : L'Autorité a précisé dans son document-cadre qu'elle ne considère pas l'existence d'un programme de conformité comme une circonstance aggravante en cas d'infraction, même s'il s'avère que ce sont des mandataires sociaux ou des dirigeants qui ont participé à l'infraction, en dépit de leur engagement « personnel » de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme de conformité de l'entreprise¹¹. Dans cette

hypothèse, l'Autorité estime que ce type de situation justifierait plutôt la mise en jeu de la responsabilité pénale des intéressés¹², le cas échéant, telle que prévue par l'article L. 420-6 du Code de commerce, qui prévoit une peine d'emprisonnement de quatre ans et une amende de 75 000 euros à l'encontre de toute personne qui aurait pris « frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques [anticoncurrentielles] ».

■ *En 2008, le Conseil de la concurrence observait que l'anonymat n'était pas assez garanti, dans les entreprises, aux dénonciateurs de manquements (à la conformité). Qu'en est-il aujourd'hui ?*

J.-C. G. : L'État des lieux et perspectives des programmes de conformité du 5 septembre 2008 auquel vous faites référence notait effectivement qu'à l'époque (§19) « bien qu'un système de protection soit en place pour les employés signalant des soupçons de conduite non conforme, l'absence de toute possibilité d'anonymat pour les employés en France fait que le système d'alerte sera probablement moins efficace ». Il ajoutait : « Même si les entreprises traitent les dénonciations anonymes sérieusement, sans garantie que l'identité du dénonciateur ne sera connue que des personnes chargées de l'enquête le système ne serait pas aussi efficace. » La Cnil signalait par ailleurs que l'instauration de l'anonymat pourrait conduire à des dénonciations calomnieuses, tout aussi néfastes au climat social. Dans son document-cadre de 2012, l'Autorité de la concurrence ne s'est pas attardée sur le caractère anonyme des dénonciations.

■ *Y a-t-il toujours en France des réticences ou obstacles légaux à la protection des lanceurs d'alerte dans le cadre de programmes de conformité ?*

J.-C. G. : Culturellement, oui, il existe une réticence qui dépasse le cadre propre des programmes de conformité : en France, le droit (et ses acteurs, juristes ou avocats) n'est pas (pas encore ?) considéré comme une opportunité ou un instrument stratégique, mais plutôt comme une contrainte. En ce sens, il ne serait pas surprenant que les programmes de conformité, en ce qu'ils impliquent la dénonciation de comportements illégaux, soient toujours perçus comme des instruments dilatoires. Pourtant, l'Autorité de la concurrence formule en des termes simples et convaincants les principaux avantages d'un programme de conformité : « l'incitation à adopter une stratégie et un comportement efficaces sur le marché, [permettant à l'entreprise] de s'affirmer grâce à des mérites supérieurs à ceux de ses concurrents », d'une part, et la possibilité de diminuer son exposition au risque de commettre une infraction aux règles de concurrence, d'autre part »¹³.

Concernant la protection des lanceurs d'alerte, l'Autorité s'est engagée, dans son programme de clémence de 2009, à ne pas transmettre au parquet dans lequel des personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites. Mais cette protection est limitée au premier arrivé, et son bénéfice est incertain au moment de la demande de la clémence.

■ *Faut-il que la loi reconnaisse un « privilège légal » (protection de la confidentialité) pour les juristes ou avocats d'entreprise, voire les responsables éthiques ou déontologues, en vue de faciliter la mise en œuvre des programmes de conformité ?*

J.-C. G. : Cela aurait un impact positif, c'est indéniable. Mais il existe d'autres possibilités : il suffit que les personnes qui souhaitent remonter des comportements à risque puissent le

faire de manière anonyme, même si cela peut occasionner des abus. En outre, même si les juristes ou avocats d'entreprise ne peuvent bénéficier de par leur fonction de la protection de la confidentialité, la jurisprudence européenne « Akzo » reconnaît déjà la protection du *legal privilege* aux documents préparatoires rédigés par l'entreprise en vue d'un échange avec son conseil externe, alors même que ces documents n'auraient pas été adressés ou envoyés au dit avocat : il suffit qu'ils aient été rédigés exclusivement dans le but d'obtenir un avis juridique d'un avocat indépendant dans l'exercice des droits de la défense.

■ *Si les codes de conformité sont assortis de sanctions en interne pour les contrevenants, est-il encore fondé de parler de « soft law » ?*

J.-C. G. : Un code de conformité doit, selon le document-cadre de l'Autorité de la concurrence, prévoir des sanctions disciplinaires applicables en cas de violation des règles de concurrence, des sanctions « effectives et proportionnées à la situation individuelle et au comportement de l'intéressé »¹⁴. Au-delà de la discussion sémantique sur la *soft law*, est-il anormal de sanctionner disciplinairement une personne qui a enfreint la loi dont elle est supposée connaître l'existence et pour laquelle elle avait été sensibilisée lors de formations dans l'entreprise ?

Propos recueillis par Jean Watin-Augouard

Risque d'image, risque majeur

Structurer, coordonner, responsabiliser, dans l'entreprise mais aussi en dehors, pour en protéger le cœur : le prix est parfois élevé, mais c'est plutôt le coût de la « non-compliance » qui devrait paraître dissuasif.

Entretien avec Blandine Cordier-Palasse, vice-présidente du Cercle de la compliance, associée du Cabinet BCP Executive Search

■ *Lorsqu'on parle programmes de conformité, faut-il penser d'abord conformité aux lois ? Aux normes sociales ? Aux valeurs que s'est données l'entreprise ?*

Blandine Cordier-Palasse : Les trois, bien sûr. Nous préférons au mot « conformité » celui de « compliance » car la conformité porte sur le respect des lois, de la réglementation, des normes nationales, internationales, professionnelles. La compliance couvre un champ plus large dans le respect des valeurs, l'intégrité et un esprit éthique insufflés par les dirigeants. Avec une acception très opérationnelle et transversale, elle permet d'assurer l'efficacité des processus de l'organisation, une meilleure protection des investissements. Responsabiliser les hommes, donner du sens à leur action, les informer des risques auxquels ils sont exposés dans leurs fonctions leur permet de comprendre pourquoi et comment agir, plutôt que d'empiler des processus qui, non assimilés, peuvent devenir contre-productifs. La conformité de l'entreprise en est le résultat.

■ *Outre la concurrence, quels sont en pratique les domaines d'élection significatifs des programmes de conformité, en France aujourd'hui ?*

B. C. P. : Le programme doit être corrélé et adapté au management des risques en fonction des paramètres de l'entreprise : ses enjeux, ses marchés, sa culture, son historique

¹ Sarbanes-Oxley Act, 30 juillet 2002, To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes.

² Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.

³ La Loi de sécurité financière : un an après, rapport d'information n° 431 de Philippe Marini, commission des Finances, déposé le 27 juillet 2004.

⁴ L'interdiction des ententes a été instaurée par le décret n° 53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale. Ce décret insère dans le Livre III de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix une section IV qui prohibe les ententes (article 59 bis). L'article 3 de la loi de finance rectificative n° 63-628 du 2 juillet 1963 étend cette interdiction aux abus de position dominante.

⁵ Articles 85 et 86 du traité de Rome signé le 25 mars 1957.

⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques, art. L. 464-2, I du Code de commerce.

⁷ Règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence.

⁸ Commission européenne : lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003. Autorité de la concurrence : communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

⁹ En droit français : art. L. 464-2, IV du Code de commerce.

¹⁰ Autorité de la concurrence, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, § 25.

¹¹ Document-cadre, § 26.

¹² Ibid.

¹³ Document-cadre, § 12.

¹⁴ Document-cadre, § 22.

et les risques. Une étude portant sur la cartographie des risques récemment réalisée par le Cercle Montesquieu montre que le périmètre est très vaste et concerne aussi bien la lutte contre la corruption, les conflits d'intérêts, la lutte contre la fraude, les actions antitrust, les procédures d'alerte, les délits d'initiés et les problèmes de confidentialité, les données privées et la protection des données, la gouvernance, le *whistleblowing* ou alerte éthique, la RSE et le respect des droits de l'homme, la sécurité des personnes et des biens, la responsabilité des dirigeants, la protection de l'environnement, la protection de la clientèle et tout ce qui peut porter atteinte à l'image, à la réputation. Aujourd'hui, les entreprises sous-estiment l'importance de tous ces enjeux, considérant que ce sont des contraintes et de l'ordre du réglementaire. Or cela dépasse largement les seuls programmes de conformité.

■ *Dans la grande consommation, quelle proportion d'entreprises a des programmes de conformité ?*

B. C. P. : Il n'existe pas à ma connaissance d'étude sur ce sujet. L'Ilec serait légitime pour lancer une étude auprès de ses adhérents.

■ *Quels critères influencent la propension à avoir des programmes de conformité (taille, CA, structure du capital...)?*

B. C. P. : Le critère premier est la responsabilité. Dès lors que les dirigeants prennent conscience que la compliance est un élément du management du risque global de l'entreprise, ils ne peuvent qu'être incités à la mettre en œuvre. Un programme pourra être décliné progressivement et prioritairement selon les problématiques essentielles auxquelles est exposé le groupe, que ce soit la prévention de la corruption ou l'antitrust. Un tel

programme conduit l'entreprise et ses parties prenantes à mieux structurer l'ensemble de l'organisation, à donner du sens à l'action de tous, à les responsabiliser, et de façon générale à protéger les dirigeants et l'entreprise de la mise en jeu de leur responsabilité civile et pénale et du risque d'image et de réputation.

■ *Que représentent ces programmes en termes de budget ?*

B. C. P. : C'est variable. Certaines entreprises mettent en place des programmes lourds et coûteux. D'autres parviennent, avec un budget limité, à sensibiliser au mieux les acteurs de l'entreprise. Le montant du budget n'est pas nécessairement synonyme de qualité du programme. L'essentiel repose sur la sensibilisation de l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise, afin de modifier et de sécuriser les comportements en les responsabilisant dans leur action. Il s'agit non seulement de mettre en place les programmes de compliance, mais aussi de les faire vivre.

■ *Le retour sur investissement de ces programmes est-il mesurable ? Doit-il l'être (incommensurabilité des crises qu'ils ont peut-être prévenues...)?*

B. C. P. : Oui, il est mesurable et pas seulement en chiffres. Il l'est aussi sur le plan de la qualité, de la responsabilisation, des comportements. La mesure est compliquée mais elle est possible. Quand on met en place un programme, on se rend vite compte des dérives, volontaires ou involontaires. Dans le domaine de la corruption, on peut réduire de manière drastique les commissions, en particulier commerciales, qui parfois sont très élevées. Cela permet de sécuriser les opérations, de lutter contre les rackets, et de limiter les montants des commissions.

De plus la non-compliance peut entraîner des sanctions judiciaires ou administratives, des pertes financières, une atteinte à l'image ou à la réputation – un des actifs immatériels les plus importants –, à la mise en cause de la responsabilité civile et pénale de l'entreprise et des dirigeants. Les amendes infligées par les autorités nationales et internationales ont un coût financier, direct et indirect, et des coûts extra-financiers.

■ *En droit de la concurrence, les programmes de conformité ont pour « gendarme » l'Autorité de la concurrence. Et dans les autres domaines ?*

B. C. P. : En ce qui concerne les données personnelles, c'est la Cnil qui intervient en tant que régulateur pour la France, et ses équivalents ailleurs en Europe. Mais il n'y a pas d'harmonisation entre la France et l'Europe. L'Autorité des marchés financiers joue le rôle de régulateur pour les conflits d'intérêts, les délits d'initiés et les questions de gouvernance, pour les groupes cotés. En ce qui concerne la corruption, il n'y a pas en France d'autorité comme il en existe aux États-Unis.

■ *Comment conjuguer l'exigence d'une démarche de compliance partagée par tous avec la tendance à l'externalisation des tâches ?*

B. C. P. : De plus en plus, les entreprises qui ont un programme de compliance demandent à leurs sous-traitants de s'engager également en la matière.

■ *Les programmes de conformité tendent-ils à se substituer à ce qui était du domaine des règlements intérieurs ?*

B. C. P. : Non, car c'est complémentaire. Le règlement intérieur, comme la charte éthique, est une des pièces du programme de compliance, plus large, qui, lui, concerne aussi bien l'externe que l'interne de l'entreprise.

■ *La démarche de compliance comporte-t-elle un risque spécifique de bureaucratisation ?*

B. C. P. : Oui, si elle consiste à mettre en place des procédures complexes de validation pour tous les types d'opérations. Non, si elle s'entoure d'une sensibilisation importante des salariés et permet de structurer des comportements responsables. Trop de procédures tue la procédure. La contrainte non comprise freine l'adhésion.

■ *La démarche de compliance est-elle plus ou moins aisée selon le type de gouvernance de l'entreprise, familiale ou non ?*

B. C. P. : Oui et non. Oui, car les entreprises à gouvernance familiale peuvent plus facilement inculquer une démarche de responsabilité. Une entreprise familiale n'a pas les mêmes obligations sur le plan de la rentabilité à court terme que des fonds d'investissement. Pour autant, tout dépend des managers et du dirigeant, de leur exemplarité.

■ *Les programmes de conformité visent-ils essentiellement à tarir le risque juridique, ou peuvent-ils être décrits comme des outils de la RSE ? La gestion du risque de réputation tend-elle à supplanter celle du risque juridique ?*

B. C. P. : Ils ne tarissent pas que le risque juridique. Le risque d'image ou de réputation, le risque financier, ne sont pas des risques juridiques. La compliance dépasse le juridique. La gestion du risque d'image ou de réputation sous-tend tous les autres risques. Un problème de compliance entraîne un risque d'image et de réputation qui peut compromettre la valeur, voire la pérennité de l'entreprise.

■ *L'exigence de compliance peut-elle être un frein à la croissance de jeunes entreprises ?*

B. C. P. : Non, au contraire. C'est un atout pour elles. La Banque mondiale refuse d'accorder des prêts aux entreprises qui n'ont pas de programmes de compliance. C'est un atout vis-à-vis des concurrents, car l'entreprise garantit sa sécurité et sa pérennité. Il faut toutefois être réaliste. La compliance, dans ce cas-là, sera surtout un état d'esprit, et l'exemplarité des dirigeants sera fondamentale pour inculquer cet esprit d'éthique et de respect des valeurs fondamentales auprès du management et des salariés. La sensibilisation ne sera pas le fait de budgets importants mais d'un leitmotiv du management. La compliance n'est pas une option.

■ *De quels types de critiques la démarche de compliance fait-elle l'objet ? Et de qui ?*

B. C. P. : Certaines entreprises considèrent la compliance comme une contrainte les empêchant de faire du business avec une vision de court terme. N'ayant pas conscience des risques associés à la non-compliance, elles peuvent être tentées dans un premier temps de résister à la mise en place de tels programmes. Toutefois, l'objectif de performance et de pérennité de l'entreprise peut transformer cette résistance en un atout et une opportunité. Avoir un *compliance officer* très opérationnel et très *business partner* permettra de mettre en place un programme efficace et d'accompagner ce changement de culture d'entreprise.

Propos recueillis par J. W.-A.

Profession reporter (de conformité)

B agage un peu encombrant pour un créateur d'entreprise, le contrôle de conformité concerne plutôt le perfectionnement d'organisations grandes et matures. Selon une dynamique de professionnalisation transverse, mais aussi de fonctionnalité non exempte de risque bureaucratique.

Entretien avec Christophe Roquilly, professeur et doyen du corps professoral et de la recherche à l'Edhec Business School

■ *Les programmes de compliance appellent-ils des compétences particulières, de nouveaux métiers, des formations ad hoc ?*

Christophe Roquilly : La conception et le développement d'un dispositif de compliance au sein de l'entreprise sont nécessairement un projet collectif, qui exige une approche en mode collaboratif entre différentes fonctions. C'est une erreur de penser qu'un tel projet doit être confié à une équipe restreinte de spécialistes. Il nécessite des compétences multiples : juridiques, managériales, en communication et financières.

Pour autant, de nombreuses entreprises ont fait le choix – à juste titre – de confier ce pilotage à une fonction spéciale, chargée des procédés et garantes de l'efficacité du dispositif. Les métiers de la compliance se sont fortement développés dans les secteurs de la banque et de l'assurance, mais d'autres industries sont concernées. Il y a de vraies perspectives de carrière, et la fonction est tellement transversale que l'on peut y accéder en ayant débuté dans une autre fonction, puis en sortir pour partir vers une autre. Tout *compliance officer* doit suivre des séminaires spécifiques, tant sur la substance de la conformité que sur son management, mais je doute qu'une formation longue spécialisée, de type master, soit appropriée. Il faut avant tout une excellente culture générale de l'entreprise.

■ *Y a-t-il un effet générationnel dans la diffusion de la « culture compliance » ?*

C. R. : C'est possible. La génération « globale » qui succède à la génération Y est selon moi plus attentive aux questions éthiques, demande plus de transparence, et a été bercée par un certain nombre de scandales impliquant des entreprises (fraude, corruption, etc.). C'est aussi une génération qui est plus ouverte au travail collaboratif.

■ *Les programmes de conformité sont-ils essentiellement des outils de gestion des risques, ou peuvent-ils être décrits comme des outils de la RSE ?*

C. R. : Les deux, et de manière chronologique. Les dispositifs de compliance sont souvent utilisés, dans un premier temps, comme un outil de management et de réduction des risques, et ils doivent être articulés avec l'*Enterprise Risk Management (ERM)*. Veiller à la conformité, c'est réduire les risques juridiques, financiers et réputationnels. Dans un second temps, l'entreprise doit aller au-delà, et se servir de sa gouvernance et de ses dispositifs de compliance comme d'un levier de durabilité, lui permettant d'aligner ses actions avec sa stratégie et ses valeurs. Par exemple, en matière de lutte anticorruption, l'objectif de compliance pousse à innover : afin de sortir, en tout cas dans certains pays, d'un jeu dont l'entreprise est nécessairement perdante à long terme.

■ *Y a-t-il un risque de dissuasion du goût du risque entrepreneurial au nom de la compliance ?*

C. R. : Oui, si la compliance est appréhendée de manière bureaucratique et sans pédagogie. Elle peut alors être fortement inhibitrice. En revanche, si elle est intégrée à la vision d'un courant d'affaires qui permet de créer de la valeur tout en étant en phase avec des valeurs éthiques, elle peut s'avérer porteuse. Elle permet de mobiliser les équipes, de fixer des objectifs en termes à la fois de profitabilité et de valeur sociale. Mais, là encore, il est nécessaire de faire de la pédagogie auprès des entrepreneurs.

■ *Est-ce qu'on peut attendre d'un porteur de projet ou créateur d'entreprise qu'il compte la compliance parmi ses priorités ?*

C. R. : C'est vraiment une question de culture. S'il s'agit d'un porteur de projet, dans une logique *intrapreneuriale*, dans une entreprise ayant développé une culture de la compliance, la réponse sera, je pense, affirmative. En revanche, un créateur d'entreprise est confronté à la nécessité immédiate de développer son activité et ses clients, souvent avec des moyens humains très limités. La compliance est en général loin de ses préoccupations immédiates, voire extérieure à son champ de vision.

■ *Les programmes de conformité seraient-ils un symptôme d'une aversion au risque allant au-delà du monde de l'entreprise ? Et à cet égard l'esprit d'entreprise est-il plus valorisé en droit anglo-saxon, bien qu'il favorise la prévention, qu'en droit civil européen plutôt axé sur la répression ?*

C. R. : Associer « compliance » et « symptôme » me gêne. La compliance ne doit pas être perçue comme le signe d'une maladie, mais comme la volonté d'avoir des entreprises qui ne détruisent de la valeur ni pour leurs actionnaires (ou associés), ni pour les parties prenantes, qu'il s'agisse des salariés, des clients, des fournisseurs, des partenaires, ou de la société en général. Je ne pense pas qu'il y ait une aversion grandissante pour le risque, bien au contraire, et l'actualité nous le démontre. Mais prendre le risque d'innover, d'investir, de porter des projets, ne signifie pas que l'on doit faire n'importe quoi, sans aucune valeur ni respect pour des normes saines de vie en commun.

La compliance à l'école ?

Le contrôle de conformité est-il éligible à l'enseignement ? Ses finalités dignes d'un cursus spécifique débouchant sur la prise en charge de fonctions spéciales dans l'entreprise ? Un rapide sondage mené auprès d'écoles de commerce et autres établissements supérieurs nous aura laissés incertains. Exceptés la chaire Droit et Éthique des affaires fondée par Anne-Sophie Barthez et Roxana Family à Paris Dauphine et l'enseignement prodigué par Christophe Roquilly à l'Edhec, les cursus ou les sensibilisations à l'enjeu des programmes de conformité n'existent pas, que ce soit à HEC, à l'Essec, à l'ESCP, à Neoma, à l'ISEG ou à Novancia. Le concept même de programme de conformité ne semble pas familier, alors que la RSE, qui souvent – on peut le lire ici –, s'y articule, est de toutes les formations. La culture académique française semble encore indifférente sinon imperméable aux leçons à en tirer.

Se soucier de la compliance, c'est être un acteur responsable de l'économie. Quant au fait que le droit « anglo-saxon » privilégie la prévention, ce n'est pas totalement exact. Il suffit de comparer le « *comply or explain* » en vigueur en Europe et le mode plus dur qui prévaut aux États-Unis.

■ *L'exigence de programmes de conformité est-elle surtout le fait d'entreprises matures ou plus exposées aux risques de réputation ?*

C. R. : Les entreprises matures sont plus sensibles et équipées en la matière, et il peut y avoir plusieurs raisons à cela. D'une part parce qu'elles ont vécu certaines crises ou ont été sanctionnées dans le passé, ce qui les a placées dans une certaine courbe d'apprentissage. On apprend plus de ses propres erreurs que de celles des autres. D'autre part, si elles sont cotées, qui plus est dans certains pays, elles ont certaines obligations en matière de contrôle des risques. Les entreprises ayant une forte présence internationale ont également des obligations plus prononcées dans le domaine de la lutte anticorruption. Enfin, la valeur réputationnelle est effectivement une donnée clé. Mais les entreprises de taille moins importante en subissent le contrecoup,

dans la mesure où, si elles sont partenaires ou fournisseurs d'une grande entreprise, celle-ci va leur imposer ses propres exigences en matière de compliance, afin d'éviter le risque d'un effet domino.

■ *Les écoles de commerce forment-elles des déontologues d'entreprise ?*

C. R. : On ne peut pas former à proprement parler des « déontologues d'entreprise », des *Heads of Compliance* ou des « directeurs de l'éthique » en formation première. Comme je l'ai dit, ces fonctions exigent un certain niveau d'expérience, de bien connaître l'activité et d'avoir été confronté à certaines situations. En revanche, les écoles de commerce ou de management, par la formation pluridisciplinaire qu'elles proposent, les stages que font les étudiants, et leur proximité avec les entreprises, doivent apporter aux étudiants toutes les bases leur permettant d'être par la suite des acteurs impliqués et pertinents dans les dispositifs de conformité. C'est encore plus vrai si elles délivrent aussi une formation juridique et éthique solide. C'est le cas à l'Edhec.

Propos recueillis par J. W.-A.

L'ordre et le modèle

Avec des frontières des incriminations toujours repoussées s'étend la juridification des rapports sociaux et de la vie économique. Nouvelle invitée dans le dialogue complexe entre droit dur et droit mou, hétéronomie et autonomie normative, la compliance porte à s'interroger sur le rôle de la loi.

Entretien avec Stefano Manacorda, professeur à l'université Naples-II et à l'École de droit de la Sorbonne

■ *Que vous évoque, en termes d'histoire du droit, la conformité ou « compliance » – définie par le Cercle de la compliance comme « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer le respect des normes applicables à l'entreprise par l'ensemble de ses salariés et de ses dirigeants, mais aussi des valeurs et d'un esprit éthique insufflé par les dirigeants » (Cercle de la compliance) ?*

Stefano Manacorda : Certains de mes collègues avancent que ces règles s'inspireraient du droit canonique. Pour ma part, sur le plan de l'histoire moderne du droit, il me semblerait que l'idée que l'entreprise s'auto-organise est consubstantielle à sa naissance. À partir du moment où est mis en place un mécanisme organisé, structuré, pluriel, de production de la richesse, il est amené à se doter de règles internes qui dédoublent les règles externes, étatiques.

■ *L'exigence de conformité ou « compliance » pouvait-elle n'être à l'origine qu'anglo-saxonne ?*

S. M. : Dans l'acception contemporaine du droit, oui. La dimension normative de la compliance est d'origine anglo-saxonne, car c'est d'abord dans le droit nord-américain, à la fin des années 1980, début des années 1990, qu'elle n'est plus seulement de dimension éthique propre à l'entreprise et devient un élément d'auto-organisation, pris en compte par l'ordre juridique. On met alors en place des mécanismes punitifs pour lutter contre la corruption, des *sentencing guidelines*. Dans ce type

de système, depuis l'origine, le fait d'introduire des règles de conformité adaptées est une clause d'atténuation de la réponse punitive.

■ *La notion de « soft law » est-elle apte à les décrire ?*

S. M. : La notion de *soft law* est un ensemble très vaste. Si, de manière schématique, on coupe le monde du droit en deux, nous avons le droit « dur » et le droit « mou ». Le droit pénal est par excellence un droit « dur », car il n'est pas susceptible de flexibilité ni de négociation. Depuis un certain temps, des règles de *soft law* ou de droit « mou » sont apparues, notamment au niveau international, et elles sont parfois plus contraignantes, plus efficaces que les règles de droit « dur », car elles ne se fondent pas sur la contrainte, l'obligation ou la sanction, mais sur l'adhésion. Ainsi, la *compliance* peut s'apparenter à la *soft law*. Mais est-ce encore de la loi ?

■ *Les programmes de conformité seraient-ils un symptôme d'une aversion grandissante au risque (allant au-delà du monde de l'entreprise) ?*

S. M. : Plus que d'une aversion, je parlerai plutôt d'attention grandissante. Les programmes de conformité visent la détection et la prévention des risques au sein des entreprises. Les risques ont pris une grande ampleur dans toutes les dimensions du droit pénal, parfois de manière inquiétante, allant de pair avec une demande grandissante de sécurité (alimentaire, sanitaire, industrielle), qui dilate sans cesse les frontières des incriminations. La compliance joue cependant un rôle à mon sens positif, car il est nécessaire de détecter les risques d'infraction au sein de l'entreprise afin de les prévenir.

■ *Les programmes de conformité tendent-ils à se substituer à ce qui était du domaine des règlements intérieurs ?*

S. M. : Les programmes de conformité se composent de trois niveaux normatifs : un code éthique, l'énoncé des grands

principes sur lesquels l'entreprise doit s'appuyer, comme le respect des droits fondamentaux, la responsabilité sociétale, le respect de l'environnement, etc.; des règles de structures d'organisation interne, qui constituent les véritables programmes de conformité; enfin, un troisième niveau qui est celui des protocoles. Ainsi, en matière d'anticorruption, il y a l'énoncé d'un code d'éthique qui interdit de corrompre; puis des règles substantielles qui édictent en quoi cette interdiction s'articule; enfin, des protocoles au sein de l'entreprise qui concernent, par exemple, les flux financiers, ou les systèmes d'alerte qui déterminent les détails.

■ *Le développement des programmes de conformité est-il porteur d'une judiciarisation ou juridification croissante des relations d'affaires?*

S. M.: Juridification, oui, judiciarisation, pas toujours. Quand le droit reconnaît une valeur positive aux entreprises qui adoptent des programmes de conformité, le droit pousse vers leur adoption, la juridification a donc lieu. Sur le plan de la judiciarisation, la plupart des affaires liées aux grandes entreprises ne vont pas devant le juge, elles s'arrêtent devant les autorités d'enquête.

■ *Y a-t-il des pays ou cultures où la démarche de la conformité peine davantage à s'affirmer?*

S. M.: Oui, la France! Le système s'est répandu des États-Unis vers le Canada, le Royaume-Uni, l'Australie. Et, sur fond d'économie globale, il a atteint d'autres pays où règne le *civil law*, comme l'Italie, l'Autriche, la Suisse. D'autres pays lui ont opposé une résistance, comme l'Allemagne, car elle refuse une responsabilité pénale des personnes morales. Et la France, qui a fait le choix de la responsabilité pénale des personnes morales, dite par ricochet, ou par identification organique: il suffit que les gérants de l'entreprise commettent une infraction pour que cela soit mis sur le compte de l'entreprise. Ce système est imperméable au programme de conformité. Mais les mentalités évoluent en raison de la mondialisation des entreprises.

■ *Aujourd'hui, en France, des valeurs revendiquées par une entreprise peuvent-elles se trouver en décalage avec des normes sociales?*

S. M.: Je ne parlerai pas de valeurs revendiquées mais de comportements pratiqués...

■ *L'utilité des programmes de conformité est-elle le symptôme que l'éducation est incapable de transmettre des qualités morales telles que l'honnêteté, la loyauté, le scrupule... ?*

S. M.: Cela témoigne qu'il y aurait une alternative. Par rapport aux programmes de conformité et à tous ces systèmes préventifs,

répressifs, on peut imaginer qu'il faudrait davantage privilégier l'éducation, l'adhésion spontanée. Aujourd'hui, aux États-Unis, une réflexion est engagée au sein de la sociologie des systèmes, sur cette démarche. On observe qu'interdire, prohiber, est inopérant. Ce qui compte le plus, ce sont des comportements vertueux, la formation, la sensibilisation des plus hauts responsables des entreprises.

■ *Autour de la compliance se lisent les mots « valeurs », « principes », « méthode », « discipline », « mission », « règle », etc. Les programmes de conformité seraient-ils en train de transformer les grandes entreprises en ordres, églises ou congrégations?*

S. M.: Églises ou congrégations, non, mais ordres sur le plan de l'ordre juridique, oui. L'exigence de l'ordre, de l'ordonnement et de la norme est propre à l'entreprise. Plus l'entreprise est grande et plus elle a besoin de normes, et plus ces normes tendent à traverser les frontières et à devenir internationales, quitte à se substituer au droit des États. On risque de remplacer certaines règles fixées par l'État, et de tendre ainsi vers une autonomie.

■ *Derrière la compliance, le mythe d'une société parfaitement transparente à elle-même se dessine-t-il?*

S. M.: Le but serait-il une société saine, idéale, sans infraction? Certains observateurs sont très inquiets. Des juristes pensent qu'on est allé bien au-delà de ce que l'on devait faire, en imposant trop de contraintes aux entreprises, trop d'obligations financières. Pour ma part, je crois que nous n'avons pas encore atteint ce stade; le fait d'avoir accentué la pression du droit sur l'entreprise a des effets bénéfiques, car certaines sont devenues très puissantes, et échappent souvent au droit interne.

■ *La loi devrait-elle encadrer le champ des programmes de conformité?*

S. M.: À partir du moment où l'on demande à une entreprise de s'auto-organiser, lui donne-t-on un modèle? J'ai publié cette année un livre intitulé *Preventing corporate corruption, the anti-bribery compliance model*¹. J'y explique que si l'on demande à l'entreprise de s'auto-organiser, il lui faut un modèle, car elle sera jugée sur ces règles. Pour que l'autonomie normative ne soit pas absolue, il faut modéliser certaines règles de compliance.

Propos recueillis par J. W.-A.

1. Springer, 2014, <http://qut.co/e1wb0y> (NDLR).