

# D R O I T

# LA COMPLIANCE & L'ÉTHIQUE

pour le dirigeant et ses équipes

Des programmes de prévention  
à la gestion de crise

Gilles Sabart



# La compliance est née...

Pour comprendre les enjeux, les risques de la compliance, il faut évaluer, examiner le contexte dans lequel ont été prises les réglementations. Ces réglementations ont d'ailleurs une motivation sociale, environnementale et concurrentielle. Leurs impacts jouent sur la structure du marché, ses règles de fonctionnement, et la gouvernance des entreprises ou des États et collectivités locales.

On peut d'ailleurs affirmer que ces réglementations ont été adoptées sous le coup de l'émotion tant les scandales n'étaient ni acceptables par la population ni par les autorités. En effet, la compliance touche la confiance, la confiance du système démocratique mais également du modèle libéral. Les scandales étaient si intenses qu'ils sont devenus systémiques c'est-à-dire qu'ils impactaient le système voire avaient la capacité de le faire disparaître<sup>1</sup>. Les penseurs notamment Américains aiment bien dire: « si tu ne t'occupes pas de la compliance, elle va s'occuper de toi [...] » ou bien « tu ne connais pas le coût de la compliance mais le coût de la non-compliance tu vas vite le connaître ».

On va voir que la compliance a eu plusieurs périodes qui ont apporté leur pierre à l'édifice. Les sources sont toujours identiques: des scandales, des émeutes, une crise sociale. « *De la construction du droit après une crise majeure* »: que ce soit en social, en environnement, en concurrence, le droit est venu pour rendre plus performant le système de régulation et plus responsables les acteurs économiques et ceci dans un cadre libéral dans le sens liberté d'entreprendre.



## Dans cette Fiche 1 - La compliance est née...

- A. Les overdoses de la concurrence libre
- B. L'overdose du risque non maîtrisé
- C. L'overdose du non-éthique

---

1. C'est d'ailleurs l'un des paradoxes de la compliance: l'entreprise, les dirigeants ne font rien, et ils n'hésitent pas à dire que ce risque ne peut pas arriver. Il n'est pas visible, il peut passer à travers les « gouttes ». Les biais sont toujours évidents: « j'ai des risques plus urgents et importants que la compliance ».

## A. | Les overdoses de la concurrence libre

---

La concurrence si elle est laissée libre s'autodétruit. Deux exemples anglo-saxons ont construit leur modèle de régulation.

### 1. L'overdose des Brasseurs Anglais de bières

Cet épisode est très intéressant car c'est l'une des premières fois que l'État prend conscience qu'il peut avoir un rôle dans l'économie. C'est une sorte de prise de conscience de l'État et de « l'opinion publique ». En 1617, il se pose la question de savoir si la bière est utile, voire indispensable à la population. Or, il se passe un phénomène étrange que l'État a du mal à comprendre : des émeutes se déroulent dans le rural londonien, pire une révolte alors qu'aucune famine n'est à déplorer. Très vite, on peut s'interroger : « S'il y a une révolte, c'est que cela doit avoir un intérêt », tout comme on le ferait aujourd'hui quand on est attaqué par la presse ou les « gilets jaunes »... L'État anglais intervient pour rétablir l'ordre public mais fait l'effort d'en chercher les causes ; et la réponse a de quoi surprendre : les brasseurs de bière londoniens ont racheté tous les autres brasseurs aux alentours de Londres : ils ont constitué un monopole de fait. Or, en hiver, il n'est pas rentable pour eux de livrer de la bière. Le cheminement est le suivant :

- La cause : ne pas disposer d'un bien à cause d'un monopole de fait,
- Les effets : les émeutes,
- Les conséquences : rééquilibrer un ordre « social ».

En bref, l'État intervient à la suite d'une crise pour répondre et réguler un comportement économique (concurrentiel) non social. L'État aurait pu continuer mais il s'est interrogé : et vous qu'auriez-vous fait ? Créer une réglementation, racheter et nationaliser, émettre des sanctions financières, imposer une contrepartie aux monopoles ? Le compromis sans toucher le système est celui du *Common Carriers*, commun dans le sens Bien commun. Vous pouvez être en monopole mais la contrepartie est de livrer tout le monde même si ce n'est pas rentable. La rente du monopole vous paie la différence. C'est le premier acte de régulation économique (et social) du marché. Elle pousse également à la prise de conscience de l'État du laisser-faire économique qui a pour conséquence que le « gros mange le petit », le dominant impose ses règles du jeu et l'innovant, le valeureux dynamise l'offre.

**La morale de l'histoire des brasseurs de Bières est que** l'État intervient sur le marché pour réguler des comportements d'entreprise, des comportements jugés excessifs mais il régule *a posteriori*, c'est-à-dire en subissant une situation sociale déstabilisante et dangereuse.

## 2. L'overdose des Trusts

Au XIX<sup>e</sup> siècle, les États-Unis connaissent de grands monopoles qui ont des avantages (ce qui peut nous rappeler les GAFAM) en termes d'innovation, de concentration de capital pour grandir, se structurer. Les effets sont d'abord bénéfiques: cohérence d'actions, poids capitalistique des entreprises, innovation technologique et diffusion. Mais très vite se pose la question des effets non bénéfiques: prix du blé par exemple, problème d'approvisionnement... Quoi qu'il en soit, à un moment donné, des révoltes, des scandales ont pointé leur nez. Théodore Roosevelt, alors président des États-Unis, prend une mesure radicale: il casse les Trusts pour recréer une concurrence saine, régulée qui aura des bénéfices. Cela a été un tournant important car les Trusts prouvent que la concurrence seule (l'autorégulation) détruit son propre système. Elle ne produit pas les effets escomptés, elle va à l'encontre du Bien commun, qu'elle est censée procurer. **En conséquence, la concurrence doit s'équilibrer, répondre à une finalité d'intérêt public sinon le monopole d'État s'impose**<sup>1</sup>.

L'État a compris qu'il devait intervenir dans le champ économique pour rééquilibrer la concurrence libre et ses effets dévastateurs. Son rôle relève de la protection du plus faible et une contrepartie s'appuie sur le Bien commun: **le service public/universel**, c'est-à-dire un service non prévu mais qui est devenu indispensable pour l'État et la population et **pour inciter la concurrence** à remplir un besoin social et environnemental. La concurrence, ses effets sont repensés, elle doit être juste: elle doit procurer le meilleur prix, la meilleure offre, et permettre le progrès et l'innovation. Le bénéfice est que la question se pose sur les moyens de lutter contre les inégalités sociales, les nuisances environnementales, de se protéger de comportements prédateurs qui peuvent détruire le système. C'est aussi l'apparition de la régulation et de l'interventionnisme de l'État: inciter la satisfaction d'un besoin nouveau comme le téléphone, l'électricité, équilibrer le jeu concurrentiel pour un but d'intérêt général et protéger les plus faibles. Ce sont les objectifs affichés d'une **concurrence juste**. Plus tard, dans les années 1930, the *Securities Acts de 1933* a construit une régulation davantage experte et souple pour régler ces problèmes de comportements sur ces marchés<sup>2</sup>.

**La morale de l'histoire des Trusts américains:** l'État démocratique, libéral intervient pour rééquilibrer la concurrence, inciter une politique concurrentielle, dans un cadre: subvenir à un besoin essentiel, protéger avec un objectif: le Bien commun.

- 
1. Interstate Commerce Act (ICA), 24 Stat. 379 (1887). Cette loi a créé une autorité administrative indépendante, the Interstate Commerce Commission (ICC), pour réguler les transports ferroviaires.
  2. Plus tard, avec le Clean Air Act (1963), Pub. Law 88-206, 42 USC 77 Stat. 392 (1963) / Clean Water Act (1972), Pub. Law 92-500, 33 USC §§ 1251-1387 86 Stat. 816 (1972).

**Les réformes des années 1930** sont celles de la manière, du mode opératoire de l'État avec l'apparition de structures souples, expertes: les autorités de régulation indépendantes.

#### À retenir

L'État les a régulées, d'abord, à cause des graves crises sociales: comportements prédateurs (les brasseurs de bières en Angleterre au XVII<sup>e</sup> siècle qui ne livraient plus la bière dans les contrées éloignées), les fameux Trustees américains qui ne livraient plus le blé ou à des conditions extrêmes, les ententes, les monopoles anéantissant l'innovation, l'accès du plus petit au marché, obérant même la fourniture d'un service public de qualité... L'État a, en conséquence, et d'abord, régulé le marché, les conditions du marché et a sanctionné ceux qui obéraient ce fonctionnement. Le fonctionnement du marché ne peut pas aboutir à l'anéantissement d'un produit ou d'un service de qualité ou innovant; le marché a une finalité sociale.

## B. | L'overdose du risque non maîtrisé

---

D'une concurrence non libre, l'intensité de la régulation s'est renforcée car le risque devenait systémique, pouvant faire disparaître le système.

### 1. Le risque libre

La concurrence a pu vivre de belles heures mais le château de cartes a failli s'écrouler sous les coups de butoir de comportements non acceptables, dont le risque était supérieur aux bénéfices du risque. Dès les années 1960 aux États-Unis, le court terme et ses risques se sont associés avec la responsabilité des directeurs généraux qui doivent disposer de système pour mesurer afin de prévenir et de détecter les délits et crimes (notamment financiers)<sup>1</sup>. Enfin le FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) en 1977 comme réponse notamment au scandale dit « *Watergate*<sup>2</sup> » qui fournit une sorte de permis à point de la corruption (minimise les amendes en cas de programmes de prévention).

1. Katrin KANZENBACH, *The model of the corporate compliance officer*, « The origins of corporate compliance », p. 120.
2. US government enacted the Organizational Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO), US Sentencing Guidelines Manual USSC, Chapter 8, § 8 B2.1. (2004), <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2015/2015-chapter-8>

L'étape suivante est celle des années 2000 et l'Affaire Enron<sup>1</sup>. Les **conséquences** sont une faillite qui déstabilise le système par son ampleur. Les **causes** sont incroyables: le mensonge et la fausse information de l'entreprise et de ses auditeurs externes. D'autres causes sont émises après coup: il a existé à la fois un déficit de régulation de l'État mais également un déficit de contre-Pouvoirs internes au sein de l'entreprise. Et plus incroyable: qui est responsable de ce naufrage alors que l'on connaît les **effets immédiats**: une atteinte à la confiance des investisseurs, des acteurs économiques avec une exposition au risque sur les fonds gérant les retraites.

La réaction est brutale et la question a été celle de savoir comment faire pour que cela ne se reproduise pas? Une des leçons est que le défaut de gouvernance d'entreprise devient le problème de l'État, qui décide alors de mettre de l'ordre dans la gouvernance d'entreprise. L'État mais aussi les investisseurs recherchent l'équilibre de la concurrence et la protection des droits. De nouvelles règles de gouvernance de l'entreprise sont imposées au prisme du risque dans un contexte où les interrogations fusent: on ne comprend pas, on a beaucoup de moyens pour réguler et un scandale apparaît... Une mise en cause de l'efficacité des mécanismes de contrôle interne apparaît; et donc de la gestion des risques adoptée par les dirigeants et les administrateurs.

**Or, le paradoxe est que le risque est inhérent au système**: on parle d'ailleurs de rémunération du risque (parfois « raisonnable »). La question de la régulation du risque se pose à cause de prédateurs, qui ont le pouvoir, qui ont failli... (le dominant). La question des responsabilités des dirigeants est également mise sur la table de la remise en question.

L'échec est d'abord celui du Pouvoir interne, de son organisation qui n'a pas donné des garanties sur le risque, ses bénéfices et ses méfaits. Le constat est simple: la vulnérabilité et les lacunes sont dues aux défauts de mécanismes internes et une mauvaise gestion des risques des dirigeants et des administrateurs, au sein de l'entreprise<sup>2</sup>. L'axe dégagé est également celui de la recherche de la responsabilité des dirigeants car le moins que l'on puisse dire est que l'organe supérieur, le conseil d'administration, n'a pas rempli son objectif: il a

- 
1. Auxquelles on peut ajouter les Affaires Worldcom, Adelphia.
  2. Christophe COLLARD, « nul n'est censé ignorer la compliance: les collectivités territoriales et la conformité », *AJCT* 2018, p. 481, affirme: « Dans le secteur financier en France, on ne parle pas à la fin des années 1980 de compliance mais de déontologie. La fonction déontologique au sein des prestataires de services d'investissement apparaît expressément en 1996 dans un règlement de la Commission des opérations de bourse (COB). Elle est généralisée en 2001 à toutes les institutions financières. En vertu de ces textes, le déontologue est chargé d'assurer le respect des règles de bonne conduite et autres bonnes pratiques au sein de l'institution financière qui l'emploie. En 2006, le terme de déontologue est remplacé, dans le nouveau règlement de l'Autorité des marchés financiers (AMF), par l'expression "responsable de la

été passif, les mécanismes de contrôle interne défaillants. Ceci a conduit (quasi automatiquement)<sup>1</sup> à une prise de risque excessif, des comportements fautifs, une destruction de la valeur de l'entreprise. Ce n'est pas sans rappeler une Affaire récente : Société générale et Kerviel récemment ou celle plus profonde aux États-Unis : *Watergate* en 1974<sup>2</sup>.

L'association d'idées est en conséquence toute construite : la défaillance de la gouvernance d'entreprise et le défaut sur une prise de risque raisonnable imposent la construction d'un modèle de prévention avec des outils comme le programme de conformité, c'est-à-dire un moyen de preuve. En d'autres termes, la gouvernance d'entreprise intègre la conformité dite préventive voire dynamique, soit la compliance. L'enjeu qui porte l'ensemble du système est la confiance et notamment sur le point de l'Affaire Enron au sein des finances<sup>3</sup>.

Un point aussi important a été la capitalisation au niveau international notamment avec l'**OCDE** à la suite de la crise de 2008 sur les **subprimes**. En 2009, dans son rapport *Gouvernement d'entreprise et crise financière*<sup>4</sup>, l'OCDE l'affirme. Les conclusions principales et les messages clés partent d'un constat : l'un des plus grands chocs induits par la crise financière aura été (encore) la défaillance du conseil d'administration dans la gestion des risques, tant dans les sociétés financières que non financières. Ceci est clairement dû aux causes et effets de la crise de 2008. Les conséquences se posent pour améliorer sa stratégie des risques, pour renforcer le contrôle interne, la transparence et la qualité des bilans, pour prendre davantage en compte des autres intérêts, comme les employés, fournisseurs, créanciers, consommateurs, gouvernement, environnement.

Les conséquences de l'Affaire ENRON puis de la crise des *subprimes* de 2008 se posent **en termes de Pouvoir** : Comment doit se penser le pouvoir au niveau dit *Corporate* ? Comment ce pouvoir doit s'exercer en interne ? Quand on prend des exemples comme l'Aff. Kerviel, cela prend tout son sens. Quand

---

conformité", la conformité s'entendant par référence à toutes les réglementations applicables aux institutions concernées, qu'elles émanent du législateur, des régulateurs, de structures professionnelles ou de l'organisation elle-même. »

1. Cf. Emmanuelle LÉTOURNEAU, *La gouvernance d'entreprise : aspects juridiques et pratiques*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 1.
2. See David Brian CHANDLER, *Organizations and Ethics: Antecedents and Consequences of the Adoption and Implementation of the Ethics and Compliance officer Position*, 2011 – il dit que l'origine du Watergate a été les paiements illégaux.
3. Voir Ahmed NACIRI, *Traité de gouvernance d'entreprise. L'approche scolaire*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2011, p. 58, 96-110, 192-193 ; Sandrine BOULERNE et Jean-Michel SAHUT, « Les sources d'inefficacité des mécanismes de gouvernance d'entreprise », (2010) 33-3 *Management & Avenir* 374, 379-384, en ligne : <<https://doi.org/10.3917/mav.033.0374>>.
4. OCDE, Rapport, *Gouvernement d'entreprise et crise financière : conclusion principales et messages clés*, Paris, OCDE, 2009, pp.31-39, en ligne.

on parle de Pouvoirs, on parle de son organisation, et dans les États démocratiques de contre-Pouvoirs et de balance des Pouvoirs (« *checks and balance* »). C'est en quelque sorte l'apparition de règles démocratiques au sein des entreprises pour éviter la prise de risque arbitraire ou à l'encontre du bien de l'entreprise et du Bien commun.

Ces contre-Pouvoirs sont issus du droit souple, comme le **code NYC** qui organise le Pouvoir au sein des groupes, l'apparition des lanceurs d'alerte, la responsabilité avec des notions de « *comply or explain* » (se conformer ou expliquer pourquoi on ne le fait pas) et le poids de la réputation (« *reputation shine* »). **On ne peut comprendre l'apparition de ces outils qu'à l'aune des scandales et de la notion de contre-Pouvoirs au sein de la gouvernance des entreprises.**

La réaction a été en conséquence de développer la prévention : avec le développement de programme éthique et de conformité. **Cette nouvelle solution est la conformité dynamique.** Les entreprises, leurs responsables, doivent prouver des choses avant d'avoir l'autorisation d'agir, notion que l'on retrouve en industrie avec le fameux « *licence to operate* ». Les principes d'action sont également issus des principes du droit anglo-saxon et **en réaction aux faiblesses du système.** Les entreprises (les multinationales) doivent donner des garanties sur leur honnêteté sous le prisme des principes de transparence, d'intégrité, de gouvernance (pouvoirs). Les programmes de conformité « dynamique », de compliance existent afin que les entreprises donnent une triple garantie : la loi est respectée (1), les risques sont « assurés » (2), la gouvernance est construite (3). Ce sont les conditions de la confiance pour s'assurer que le système fonctionne ou qu'il ne soit pas en risque systémique, c'est-à-dire déstabilisant. Reste des questions qui se posent à l'entreprise, certes elle va faire en sorte de prévenir mais : « **ce n'est pas parce qu'un délit n'a pas été identifié qu'il n'y en a pas !** ». Cela conduit à deux questions : Comment la direction de l'entreprise est-elle certaine qu'il n'y a pas de délit ? Quelles mesures a-t-elle mise en œuvre pour prévenir et détecter ce délit ? Certains appellent cela l'Éthique des Affaires, qui est en fait la question de la gouvernance des entreprises. La gouvernance étant l'art de prendre les bonnes décisions (et attention au facteur chance de certains dirigeants), l'art de bien savoir les mettre en œuvre, et pourquoi pas l'art d'être exemplaire et pourquoi est-ce si dur de l'être pour un dirigeant ?

#### À retenir

**La morale de l'histoire du risque inconsidéré** – Le curseur a d'abord été de réguler des comportements d'entreprise qui allaient à l'encontre du système de marché, il est aujourd'hui descendu d'un cran au sein de la gouvernance elle-même.



## 2. L'overdose du court terme

Jean Tirole, prix Nobel d'économie, pourrait appeler cela le diktat du court terme ou la non-prise en compte des externalités. Cette notion est clairement issue des notions de services publics, services universels, *public utilities*: une activité économique qui rend des services de caractère social..., de souveraineté, d'environnement. Elle est indispensable au bon fonctionnement de la société. Cette activité devient contributive à la société, le bon fonctionnement de cette activité a pour objectif le Bien commun<sup>1</sup>.

Parce qu'il existe des contraintes extérieures qui sont des risques majeurs, systémiques qui peuvent déstabiliser l'entreprise. Pour prendre en compte ces risques non mesurables sauf quand ils se réalisent, le rôle de l'entreprise est de les internaliser. Ne sachant pas s'ils sont des risques court terme ou moyen voire long terme (on ne sait pas quand ils sont réalisables, ils sont intangibles, car non mesurables), le rôle de l'entreprise est d'internaliser les externalités. C'est un peu le sens de la loi Pacte et de la Raison d'être<sup>2</sup>. Pourtant, peut-être faut-il rappeler une évidence? Même si la société lui assigne de plus en plus de missions, le rôle d'une entreprise est avant tout économique, créer de la valeur, des emplois, être source d'innovations. Ce n'est en aucun cas d'être le gardien du temple d'un quelconque ordre moral<sup>3</sup>. C'est un jugement de valeur certes, mais c'est oublié de regarder l'entreprise comme une entité à risque qui doit respecter des règles du jeu. Ce n'est pas un service public de la morale (la morale de l'un n'est pas celui de l'autre), ce n'est pas un rôle de procureur avec le risque démocratique de la décharge de l'État, cela implique la mise en œuvre d'une responsabilité pénale de l'entreprise.

Il est aujourd'hui accepté que le rôle d'une entreprise ne soit pas qu'économique: ceux qui stipulent que nul n'est responsable que de son propre fait et que la responsabilité pénale s'éteint avec la disparition de l'auteur du délit<sup>4</sup>.

Il existe également, spécifiquement pour les grands groupes, une externalité mondiale qui relève d'un ordre public économique et social. Cela peut se résumer comme la concurrence oui mais aussi à l'extérieur de ses frontières et avec des comportements éthiques (on reviendra sur la notion éthique plus tard).

Trois conséquences vont s'enchaîner:

1. sur la régulation mondiale: les États, accords de coopération n'ont pas fonctionné,

---

1. Jean TIROLE, *Économie du Bien commun*, 2018, éd. PUF, 700 p.

2. Loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

3. <https://amp-lefigaro-fr.cdn.ampproject.org/c/s/amp.lefigaro.fr/voix/societe/les-entreprises-ne-sont-pas-le-service-public-de-la-morale-20201229>

4. Cour de cassation, chambre criminelle, 25 novembre 2020, arrêt n° 2333.