

introduction

Codes de bonne conduite et chartes éthiques au cœur du dispositif de gestion du risque juridique et réglementaire

Les codes de bonne conduite et les chartes éthiques se situent au cœur d'un phénomène juridique récent: le développement de la « *soft law* » (ou encore « *droit mou* » ou, de manière non seulement plus élégante mais également plus exacte, « *droit souple* »)¹, caractéristique de ces dernières années. Les entreprises sont en effet de plus en plus nombreuses à mettre en place leur *corpus* de règles, qu'elles s'obligent à respecter: « *Le code de conduite est un engagement souscrit volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite des activités des entreprises sur le marché* »².

Cette internalisation de la règle est une réponse à la complexité toujours plus

forte du droit, qui s'explique par plusieurs raisons:

- l'augmentation exponentielle des textes législatifs et réglementaires³;
- l'extraterritorialité – représentée notamment par les textes visant à lutter contre la corruption, comme le *Foreign Corrupt Practices Act* des États-Unis et le *Bribery Act* du Royaume-Uni, mais aussi le droit pénal français qui s'applique, sous certaines conditions, dès lors que l'auteur des faits ou la victime est française – et la superposition des droits applicables qui en résulte, en lien avec l'internationalisation des affaires; et
- l'augmentation des sanctions prononcées contre les entreprises et leurs dirigeants⁴. À titre d'exemple, les dix sanctions les plus élevées prononcées par l'Autorité de la concurrence entre 2000 et 2011 totalisent 1,8 milliards d'euros⁵.

1) Thibierge G., Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit, RTD civ. 2003, p. 599.

2) Responsabilité des entreprises – Initiatives privées et objectifs publics, OCDE, 2001, p. 53.

3) En France, et en janvier 2011, « (...) on trouve 58 codes, 2 000 lois en vigueur et 26 000 décrets. (...) dans les 58 codes, vous trouvez 10,5 millions de mots et dans le reste, les lois et décrets non codifiés, vous trouvez 16 millions de mots. Autrement dit, le droit en vigueur aujourd'hui, si on veut le connaître, représente 26,5 millions de mots. C'est très impressionnant, cela fait peur, mais ce n'est pas le vrai problème. Toutes les enquêtes que nous avons pu mener, toutes les démarches que nous avons pu faire auprès des entreprises et des organismes qui les représentent, ont montré que ce n'est pas le volume du droit qui en soi pose problème: c'est son instabilité ». Lasvignes S., Secrétaire général du Gouvernement, Le pouvoir normatif a-t-il la culture d'entreprise ?, in Roquilly Ch. (dir.), La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Joly, 2011, p. 4.

4) Voir le récapitulatif des sanctions en Introduction de Collard Ch., Delhay C., Loosdregt H.-B. et Roquilly Ch., Risque juridique et Conformité – Manager la *compliance*, Lamy conformité, nov. 2011, pp. 11-14.

5) « Les dix principales sanctions prononcées depuis 2000 (à noter que certaines décisions ont fait l'objet de recours et pourvois).

1. Entente sur la téléphonie mobile (30 nov. 2005): 534 millions d'euros

2. Commissions interbancaires sur les chèques (20 sept. 2010): 384,9 millions d'euros

3. Cartel des lessives (8 déc. 2011): 361,3 millions d'euros

4. Entente sur les crédits immobiliers (19 sept. 2000): 174,5 millions

5. Entente sur le travail temporaire (2 févr. 2009): 94,4 millions d'euros

3 Ce mouvement se traduit parfaitement dans le *forum shopping* où les victimes tentent de choisir le pays dans lequel elles ont la possibilité d'obtenir la réparation la plus forte.

Parallèlement, les exigences de bonne gouvernance et de transparence sont toujours plus importantes.

Ainsi, la réglementation et la conformité sont considérées en 2011 (tout comme en 2010) comme le risque numéro un par les entreprises dans une enquête menée par Ernst & Young auprès de 700 dirigeants dans 15 pays et sept secteurs¹. Selon les interviewés des deux secteurs fortement réglementés que sont la banque et les sciences de la vie, ce risque devrait encore augmenter d'ici 2013 ; les répondants représentant les entreprises américaines partagent, dans tous les secteurs, cette vision pour les deux prochaines années. Le risque « *réglementation et conformité* » devrait donc conserver la première place en 2012 et 2013.

Les raisons de cette prédominance sont, selon les personnes ayant participé à l'enquête précitée :

- les pressions réglementaires spécifiques à certains secteurs ;
- les nouvelles réglementations ;
- une tendance générale vers un accroissement des exigences réglementaires ;
- un rythme rapide des modifications de la réglementation ;
- l'augmentation de la pression RSE (Responsabilité sociale ou sociétale d'entreprise) ;

- la création de nouveaux organes de contrôle réglementaire ;
- la réglementation en réponse à la pression publique.

Les entreprises françaises ayant répondu à cette enquête considèrent, elles aussi, le risque lié aux nouvelles réglementations comme un défi particulièrement important, en visant plus particulièrement l'instabilité juridico-réglementaire².

Outils

Le risque « *réglementation et conformité* » étant jugé comme le plus important depuis plusieurs années³, les entreprises se sont organisées pour y faire face. Parmi les outils utilisés, elles mettent en avant l'organisation et l'efficacité de la fonction *compliance* :

- la gestion du risque *via* la fonction de *chief risk officer*, dite « *CRO* » (littéralement, responsable en chef du risque) ;
- la capacité à gérer les relations avec le Gouvernement ;
- la mise à jour continue de la fonction *compliance* (généralement traduit en français par *conformité*) ;
- les investissements informatiques en support de la *compliance* ;
- la capacité à mettre en œuvre rapidement les nouvelles exigences réglementaires ;

7. Cartel du négoce de produits sidérurgiques (16 déc. 2008) : 74 millions d'euros après réduction par la Cour d'appel de Paris

8. Abus dans la téléphonie dans les DOM (9 déc. 2009) : 63 millions d'euros

9. Signalisation routière (22 déc. 2010) : 54,9 millions d'euros

10. Marchés publics du BTP d'Île-de-France (21 mars 2006) : 47,9 millions d'euros», La Tribune, Cartel, 8 déc. 2011, publié sur : <www.latribune.fr/entreprises-finance/services/distribution/20111208trib000669846/ententes-et-cartels-decouvrez-les-10-plus-grosses-amendes-infligees-depuis-2000.html> (consulté le 15 janvier 2012).

1) Ernst & Young, Turn risks and opportunities into results, Exploring the top 10 risks and opportunities for global organizations, Global report, 2011, EYGM Limited, disponible sur <www.ey.com/top10challenges> (page consultée le 15 janvier 2012), présentant les résultats d'interviews menées auprès de plus de 700 dirigeants dans 15 pays et sept secteurs. Les autres risques cités par les répondants de l'enquête sont : les coûts, la gestion des talents, la pression sur les prix, les technologies émergentes, les risques de marché, l'expansion du rôle des gouvernements, le lent retour à la croissance/la double récession, les aspects RSE et l'accès au crédit.

- la concentration de la *compliance* sur les sujets-clés ;
- l'extension de la *compliance* aux partenaires externes, fournisseurs et clients.

1) Selon l'enquête précitée, ce risque était classé numéro un en 2007, 2008, 2010 et 2011 et numéro deux en 2009, où le risque numéro un cité par les entreprises interrogées était la raréfaction du crédit.

Or, tout bon programme de *compliance* 4 ou d'éthique s'ancre autour d'un code de bonne conduite ou d'une charte éthique. Pourquoi si peu d'entreprises françaises en sont dotées? Méfiance vis-à-vis de cette pratique importée des États-Unis? Difficultés à mettre en œuvre une conformité «à la française»? Prise de conscience plus lente que le monde des affaires a fondamentalement changé? Un petit retour historique nous semble nécessaire pour mieux comprendre ce paradoxe.

Un peu d'histoire

Origine américaine

Le concept et la pratique des programmes de conformité ont été développés aux États-Unis. Si la culture de l'autorégulation y a toujours été très présente, les *compliance programs* ont commencé à y être formalisés dans les années 50 et 60, en réponse à la découverte de pratiques anticoncurrentielles.

Par la suite, ces programmes se sont développés, en réponse à des textes ou initiatives majeurs qui ont contribué à l'évolution du concept et de la pratique: le *Foreign Corrupt Practices Act* (loi sur la répression de la corruption des fonctionnaires étrangers), l'*Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988 (loi sur la répression des délits d'initiés), les *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (directives fédérales sur la détermination des sanctions) et le *Committee of Sponsoring Organizations* (Comité

des sponsors de la Commission *Treadway* ou encore COSO).

Foreign Corrupt Practices Act¹ (FCPA ; loi sur les pratiques de corruption à l'étranger)

Dans les années 70, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) a enquêté sur plus de 400 entreprises américaines soupçonnées d'avoir versé des commissions à des fonctionnaires étrangers. À cette époque, la SEC a créé un programme de divulgation volontaire pour les entreprises faisant appel public à l'épargne, en vue de les encourager à mener leurs propres investigations et à en révéler les résultats à la SEC en contrepartie d'une sanction moins sévère. Parallèlement, le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) a été promulgué en 1977 dans le but de prévenir la corruption des

À SAVOIR

Aux termes du FCPA, il est interdit aux citoyens et résidents américains aux entreprises américaines, aux employés de l'une ou l'autre de ces deux nationalités, et aux États-Unis ainsi qu'à toute personne en leur nom de donner le territoire américain l'équivalent des avantages à un agent public étranger en vue d'obtenir ou de conserver un marché.

1) FCPA, §§ 78dd-1(a) (Section 302 of the Securities Exchange Act of 1934) (80 Stat. 216, 78 Stat. 1a).

agents publics étrangers et ainsi de restaurer auprès du public l'image des entreprises américaines.

Afin d'éviter les amendes, les actions pénales et civiles, ainsi que l'exclusion des marchés publics fédéraux prévues par le FCPA, les entreprises ont donc mis en œuvre des programmes de conformité pour détecter les paiements irréguliers susceptibles de consti-

tuer une infraction au FCPA. Les sociétés faisant appel public à l'épargne ont dû, en particulier, conserver des archives comptables détaillées et élaborer des procédures internes pour surveiller l'emploi de leurs fonds. Plus généralement, ces programmes de conformité ont également permis de répondre aux lacunes de la communication institutionnelle des entreprises américaines en la matière.

Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act de 1988 (répression du délit d'initié)

8 La fréquence des scandales occasionnés par les délits d'initié dans les années 80 a mis en lumière l'inadéquation des contraintes réglementaires imposées aux entreprises d'investissement et la nécessité d'une réforme. L'*Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* a donc été adopté en 1988 et, comme le soulignent des auteurs américains¹ « a imposé de nouvelles exigences de supervision des salariés du secteur de l'investissement en valeurs mobilières destinées à impliquer plus étroitement les entreprises dans la régulation de leur propre métier. Des dispositions ont obligé les courtiers et conseillers en investissement à mettre

en place et à faire appliquer des procédures écrites pour empêcher l'usage abusif à titre professionnel d'informations privilégiées non disponibles au public ». Ce texte a, parallèlement, mis en place des sanctions à l'encontre des sociétés d'investissement ne respectant pas ces nouvelles obligations.

On observe le même mouvement au Royaume-Uni avec les bases de ce qui deviendra le futur *Financial Services Act*. C'est également dans le secteur des sociétés d'investissement qu'est apparue, pour la première fois en droit français, l'obligation de mettre en place une organisation de conformité (voir *infra*).

Federal Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO; Directives fédérales sur la détermination des sanctions)

9 Ces directives fédérales adoptées en 1991 par l'*United States Sentencing Commission* – et régulièrement mises à jour depuis – ont fortement influencé la mise au point de programmes de conformité et d'éthique dans les entreprises. Elles établissent un cadre homogène de calcul des sanctions à l'attention des tribunaux fédéraux. L'existence d'un programme de conformité contribue, sous certaines conditions, à alléger la sanction. Comme le souligne Paula Desio, conseiller général adjoint de l'*United States Sentencing Commission*: « Lors de la promulgation des directives, la Commission a tenté d'atténuer les pires aspects de la vulnérabilité institutionnelle en intégrant dans la structure des sanctions la dimension préventive et dissuasive des programmes de conformité systématiques. La Commission a allégé les amendes dont les entreprises peuvent être passibles, dans certains cas jusqu'à 95 %, si elles sont en mesure de prouver qu'elles ont mis en place un programme de conformité efficace. Cet allègement visé dans les directives est subordonné à la notification rapide aux autorités et à la non-implica-

A SAVOIR

L'indication créée par la perspective d'une sanction moins sévère a encouragé les sociétés américaines à mettre en place des programmes de conformité et d'éthique efficaces. Pas rares, portés par ces mêmes directives pour caractériser un programme de conformité et d'éthique efficaces, ont également permis d'en harmoniser la détermination et les modalités de déploiement à l'international.

1) Walsh C. J. et Pyrich A., *Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul?*, *Rutgers Law Review* 47, n° 2, 1995, p. 655, traduction libre.

2) *Guidelines* disponibles sur <www.usss.gov/guidelines/2010_guidelines/Manual_HTML/Chapter_8.htm> (page consultée le 5 février 2012)

tion du personnel de haut niveau dans la commission réelle de l'infraction»¹.

Committee of Sponsoring Organizations (COSO)

Dans un autre registre, le *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (plus connu sous la dénomination de COSO) a été constitué à l'initiative de cinq organismes professionnels du secteur privé américain², afin d'élaborer des cadres et directives sur la gestion des risques, le contrôle interne et la lutte contre la fraude.

Le COSO a publié en 1992 un ouvrage intitulé *Internal Control Integrated Framework* (dit «*COSO I*») utilisé par de nombreuses entreprises pour mettre en place et maintenir une structure de contrôle interne qui y est défini comme un «*processus mis en œuvre par le conseil d'administration, le management et l'ensemble des collaborateurs de l'entreprise qui vise à donner une assurance raisonnable de la réalisation des objectifs suivants* :

- 1) *Efficacité et efficience des opérations*
- 2) *Fiabilité des informations financières*
- 3) *Conformité avec les lois et réglementations en vigueur*³.

Moyens de contrôle interne

Les moyens de contrôle interne préconisés sont les suivants :

- définir un environnement de contrôle, en se référant, essentiellement, aux valeurs de l'entreprise ;
- évaluer les risques selon leur importance et leur fréquence ;
- mettre en place des activités de contrôle, à savoir des règles et des procédures de traitement de ces risques, et matérialiser ces contrôles ;

- informer et communiquer ;
- superviser, c'est-à-dire contrôler le bon fonctionnement du contrôle interne.

La maîtrise des risques issus des lois et réglementations étant présentée par le COSO I comme un passage obligé pour atteindre les objectifs de l'entreprise, il n'est pas étonnant que les programmes de conformité s'inspirent, pour leur fonctionnement, des moyens de contrôle interne visés ci-dessus.

Le COSO I sera réellement diffusé avec la loi *Sarbanes-Oxley* qui oblige les entreprises américaines et leurs filiales américaines partout dans le monde, à mettre en place un dispositif de contrôle interne (voir *infra*) et sa réplique française, la loi de sécurité financière⁴.

Le référentiel publié par le COSO en 2004 (dit «*COSO II*»), qui intègre COSO I et le complète, est quant à lui plus axé sur l'appréhension des risques dans leur globalité et met en avant l'*Entreprise Risk Management* (ERM) qui repose sur :

- l'identification des risques majeurs pour l'entreprise ; et
- la mise en place de moyens de contrôle adaptés.

L'objectif est, désormais, d'obtenir une assurance raisonnable quant à l'atteinte par l'entreprise de ses objectifs grâce à la réduction de ces risques à un niveau acceptable par l'entreprise.

Diffusion en Europe avec la loi Sarbanes-Oxley (SOX)

Ces pratiques américaines, visant à mettre en place des outils préventifs et formalisés, ont été progressivement diffusées en Europe, de manière plutôt confidentielle dans les années 80 et 90.

Mais c'est surtout avec l'adoption de la loi «*Sarbanes-Oxley Act*» de 2002 (dite «*SOX*» ou

1) <www.uscc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/ORGOVERVIEW.pdf> (page consultée le 15 janvier 2012), traduction libre.

2) American Accounting Association, American Institute of Certified Public Accountants, Financial Executives International, Association for Accountants and Financial Professionals in Business et Institute of Internal Auditors.

3) *Executive Summary du COSO 1*, traduction libre.

« SOA »)¹, qui a fait suite aux affaires *Enron* et *Worldcom*, que ces programmes se sont propagés en Europe. Cette loi prévoit notamment l'obligation pour toutes les sociétés cotées aux États-Unis (y compris les sociétés étrangères disposant d'instruments cotés aux États-Unis, les *Foreign Private Issuers*, dits « FPI ») de mettre en place des procédures de contrôle interne robustes visant à prévenir les fraudes essentiellement de nature financière et devant être évaluées par un auditeur externe². En outre, la loi contraint les émetteurs à déclarer s'ils ont adopté un code éthique s'imposant aux responsables financiers,

un tel code devant, entre autres, promouvoir la conformité avec les règles gouvernementales applicables. S'ils n'en ont pas adopté, la loi SOX exige qu'ils expliquent pourquoi³, selon le principe du *comply or explain*.

13 Enfin, cette loi requiert que les entreprises cotées et leurs filiales mettent en place des procédures permettant à tout salarié de signaler, anonymement, tout fait délictueux concernant des malversations comptables⁴. Voici l'origine de la diffusion, en France, du *whistleblowing*⁵.

1) Sarbannes-Oxley Act, 30 juill. 2002.

2) Voir les sections 302 et 404 de la loi SOX.

Section 302 – *Corporate responsibility for financial reports* qui prévoit notamment que :

- le directeur général et le directeur financier de l'entreprise doivent préparer une déclaration par laquelle ils indiquent qu'à leur connaissance les états financiers présentent de manière sincère, dans leurs aspects significatifs, la situation financière de l'entreprise et les résultats de l'activité de l'entreprise ;
- les dirigeants signataires de cette déclaration sont responsables de la mise en place et du maintien du contrôle interne ;
- évaluent l'efficacité du contrôle interne ;
- présentent dans leur rapport leurs conclusions concernant l'efficacité du contrôle interne fondée sur leur évaluation.

En outre, ces dirigeants signataires doivent signaler aux auditeurs et au comité d'audit les déficiences du contrôle interne et toute fraude impliquant le management ou toute personne ayant un rôle important dans le contrôle interne.

Section 404 – *Management assessment of internal controls*, qui prévoit notamment que :

Le management de la société doit établir un rapport sur l'évaluation de l'efficacité des procédures de contrôle interne mises en place au sein de la société, en ce qui concerne l'information comptable et financière. Ce rapport doit faire l'objet d'une validation par un auditeur externe. Les rapports du management et de l'auditeur sont joints aux comptes annuels.

3) Section 406 – *Code of ethics for senior financial officers* qui prévoit notamment que :

Chaque déclarant doit divulguer l'adoption d'un code éthique pour les responsables financiers *senior*, applicable au directeur financier principal, au directeur comptable principal ou au contrôleur de la société ou aux personnes exerçant des fonctions similaires. Si le déclarant n'a pas adopté de code éthique, il doit en expliquer les raisons. L'expression « code éthique » est définie comme des normes écrites visant raisonnablement à promouvoir :

- une conduite honnête et conforme à l'éthique, y compris la gestion éthique des conflits d'intérêts réels ou apparents entre les relations personnelles et professionnelles ;
- des informations complètes, justes, précises, compréhensibles et à jour dans les rapports et documents qu'un déclarant dépose auprès de la SEC ou lui soumet ou dans les autres communications publiques faites par le déclarant ;
- le respect des lois, règles et réglementations gouvernementales en vigueur.

4) Section 301 (4) – *Complaints* qui prévoit que :

Le comité d'audit doit établir des procédés pour recevoir, conserver et traiter les plaintes reçues par la société en matière de comptabilité, contrôles internes comptables et d'audit, ainsi que pour permettre aux employés de l'émetteur de soumettre de façon anonyme et confidentielle leurs préoccupations en matière comptable ou d'audit.

5) Littéralement « *le fait de souffler dans le sifflet* », à l'image, par exemple, des policiers dans la rue. La Commission générale de terminologie et de néologie a traduit le *whistleblowing* par « *alerte professionnelle* » ou « *dénonciation* » par avis publié au JO du 7 sept 2007

Le dispositif est également garanti par la protection des informateurs qui ne peuvent être sanctionnés s'ils dénoncent des faits pouvant constituer une violation des règles édictées par la SEC ou de toute règle fédérale concernant les fraudes aux actionnaires¹. En cas de violation de cette interdiction, la loi SOX crée un droit d'agir en justice contre l'employeur auteur des représailles afin d'obtenir la réintégration dans ses fonctions et des dommages-intérêts². L'auteur des représailles peut également faire l'objet de sanctions pénales³.

C'est ainsi que les codes de bonne conduite et chartes éthiques se sont diffusés plus largement en France à partir des années 2003-2004 – généralement, sous le terme de *Standard business code of conduct and ethics* – via, dans un premier temps, les filiales des entreprises américaines puis, ensuite, les entreprises françaises cotées aux États-Unis. La loi de sécurité financière adoptée en 2003 (voir *infra*) ayant repris en partie ces exigences liées au contrôle interne, ce sont ensuite les sociétés cotées en France qui ont mis en place de telles procédures de contrôle interne, accompagnées, dans certaines entreprises, par le déploiement de codes de bonne conduite ou chartes éthiques.

Mise en place du socle de conformité dans le secteur bancaire et financier

Parallèlement à ce mouvement d'origine anglo-saxonne, l'Europe mettait en place un socle de conformité dans le secteur bancaire et financier, puis l'étendait au secteur de l'assurance. En France, les premiers textes en la matière remontent à 1996⁴ avec l'obligation, pour les sociétés de gestion, de nommer une personne en charge de la « *déontologie* » qui deviendra par la suite le « *responsable de la conformité et du contrôle interne* ». C'est ensuite aux prestataires habilités de se voir imposer la nomination d'un « *responsable du contrôle des services d'investissement* »⁵ avec pour mission de veiller au « *respect des règles applicables d'exercice de services d'investissement, de services assimilés et de services connexes, par le prestataire et l'ensemble de ses salariés et mandataires* »⁶. Ces obligations ont ensuite été étendues à l'ensemble des établissements de crédit, puis des assurances.

Nous n'étudierons pas le thème de la conformité en matière bancaire, financière et assurantielle, dans la mesure où ce sujet est par nature spécifique alors que notre propos se veut généraliste. Pour autant, nous l'illustrerons de temps à autre en mettant en perspective les textes et la pratique de ces secteurs.

1) Section 806 – *Protection of employees of publicly traded companies who provide evidence of fraud* en vertu de laquelle les cadres dirigeants, employés, parties contractantes, sous-traitants ou agents des sociétés cotées ne peuvent être licenciés, rétrogradés, suspendus, menacés, harcelés ou subir toute autre forme de discrimination, en raison d'un acte ayant pour but de dénoncer des actes frauduleux, de fournir des informations, de faciliter une enquête concernant la violation de la présente loi ou toute autre disposition de la SEC, de la loi fédérale s'agissant des fraudes aux actionnaires et ce, lorsque l'enquête est conduite par :

- une autorité fédérale, une agence en charge de mesures d'exécution ;
- tout membre du congrès, ou comité du congrès ;
- toute personne ayant un lien hiérarchique avec l'informateur ou investie de pouvoirs d'investigation en vertu de son contrat de travail dans l'entreprise concernée par la dénonciation.

2) Section 806 préc.

3) Section 1107 qui ajoute une nouvelle section 1513(e) au Titre 18 du *United States Criminal Code* visant notamment les représailles contre les employés ayant révélé une violation de toute loi pénale américaine, quelle qu'elle soit.

4) Règl. COB n° 96-06.

5) CMF, Régl. gén., art. 2-4-1, *Adde* art. 2-4-15 et s.

6) Le dispositif de conformité est désormais décrit, en ce qui concerne l'ensemble des prestataires de services d'investissement, aux articles 313-1 et suivants du règlement général de l'AMF et de l'AMF.

Tentatives de définition

15 À ce jour, il n'existe pas encore de définition unique des codes de bonne conduite et chartes éthiques, ni des programmes de conformité et d'éthique dans lesquels ils s'insèrent. En effet, ces termes recouvrent des réalités différentes selon les pays et les entreprises.

16 Ils ont, avant tout, un objectif préventif :

- protéger les actifs et la réputation de l'entreprise ;
- sécuriser la relation de travail au sein de l'entreprise ; et
- sécuriser ses relations avec les tiers.

17 Ils sont aussi un vecteur d'harmonisation et de gestion des filiales et un élément fédérateur des salariés.

Ces programmes et codes sont soit généraux, soit déclinés par métier ou secteur : il est alors courant de parler de code déontologique (par exemple, code déontologique des achats). La circulaire DGT du 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte profes-

sionnelle et au règlement intérieur, indique ainsi que « *par définition, la déontologie est l'ensemble des règles et devoirs qui régissent une profession ou un groupe de personnes dans son fonctionnement comme dans ses relations avec l'extérieur* »¹. Par opposition, et toujours selon la même circulaire, « les "bonnes pratiques", souvent réunies dans un "guide" ou un "code", sont des références et des conseils, applicables à une entité ».

Code de bonne conduite et charte éthique

18 Un code vise : « *un corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu, soit de travaux législatifs (...), soit d'une élaboration réglementaire (...), soit d'une codification formelle de textes préexistants (...) et reclassés selon leur origine* »². Par opposition, une charte fait référence, notamment, à des lois constitutionnelles établies par un souverain ou aux règles fondamentales d'une organisation officielle.

Le code fait donc référence à une synthèse de règles, alors que la charte évoque plutôt un acte fondateur.

D'où généralement l'association des termes « *code de bonne conduite* » et « *charte éthique* », même si on peut trouver des appellations qui mélangent les termes et les genres.

Pour autant, la référence à l'éthique – ou parfois l'absence de référence à cette notion – marque généralement une vraie différence par rapport aux codes très axés sur la norme et la conformité. La circulaire DGT précitée, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, nous éclaire sur ce sujet : « *L'éthique est une discipline pratique et normative qui se donne pour but de dire comment les êtres doivent se comporter. Pour ce faire, des critères sont établis pour juger si une action est bonne ou mauvaise et pour juger les motifs et les conséquences d'un acte. L'éthique sociale est la branche de l'éthique qui s'intéresse non pas aux actions individuelles mais aux ensembles*

A SAVOIR

Une première tentative de définition pourrait être la suivante : un « *programme de conformité et d'éthique* » est l'ensemble d'actions mises en œuvre par l'entreprise visant à rendre les comportements des dirigeants et salariés tant au sein de l'entreprise que vis-à-vis des tiers, conformes aux valeurs de l'entreprise et à la norme interne et externe qu'elle applique et ce, quelle que soit la zone géographique où ils opèrent.

Ces programmes s'articulent autour d'un code de bonne conduite ou d'une charte éthique, d'actions de communication et de formation, de politiques de rémunération adaptées, de conduite du changement, des ménagements, mais aussi de contrôles, pouvant aboutir, le cas échéant, à la prise de sanctions à l'encontre des salariés ou dirigeants contrevenants.

1) Circ. DGT n° 2008-22, 19 nov. 2008, NOR : MTST0880880C, BO min. Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité n° 2008/12, texte 4/33, pp. 1-24, 30 déc. 2008, citation p. 3-4.

2) Corpus 6. Vocabulaire juridique PUE 2000, pp. 44 - 45/

sociaux en général. En la matière, par exemple, le monde anglo-saxon a placé au cœur de sa réflexion la notion de conflit d'intérêts»¹.

Illustration

La définition figurant sur le site de GDF-Suez est plus parlante : « L'éthique a pour définition l'application concrète de ce qui est moralement acceptable, conforme aux valeurs, dans une situation donnée. La compliance regroupe l'ensemble des dispositifs à mettre en œuvre pour parvenir à l'objectif de conformité. Éthique et compliance constituent ainsi les deux faces d'une même réalité qui concerne tous les collaborateurs du Groupe et qui par conséquent doit être portée à leur connaissance à travers une organisation dédiée et des référentiels existants »¹.

1) <www.gdfsuez.com/fr/groupe/ethique-et-compliance/ethique-et-compliance> [page consultée le 9 janvier 2012].

Au-delà du respect de la norme, l'éthique vise à ce que les salariés et dirigeants de l'entreprise se posent les bonnes questions au regard des valeurs de l'entreprise.

Articulation avec les chartes de développement durable

En quoi les codes de bonne conduite et les chartes éthiques se différencient d'un autre type de référentiel établi par les entreprises, les chartes de développement durables ? Les codes de bonne conduite sont tournés, avant tout, vers les dirigeants exécutifs et les salariés de l'entreprise et concernent leurs actions et relations à la fois internes et envers/avec les tiers (fournisseurs, clients, prescripteurs) et ce, dans le cadre des affaires courantes.

Les chartes de développement durable s'attachent, quant à elles, à présenter, d'abord aux parties prenantes externes, les principes que l'entreprise s'impose en matière environnementale, sociale et sociétale et qui président aux

choix encadrant son action et son évolution stratégique.

Les codes de bonne conduite guident la démarche individuelle des salariés (par exemple, ne pas échanger d'informations pouvant caractériser, en droit de la concurrence, une entente). L'éthique, elle, au-delà de la norme, insiste sur les valeurs que chaque salarié doit respecter.

L'éthique de la RSE est, elle, beaucoup plus un axe de décision collectif qui prend en compte les impacts sur le plan environnemental, social et sociétal des choix de l'entreprise.

Enjeux respectifs

Les enjeux de ces deux documents ne sont pas les mêmes, bien que les frontières soient parfois difficiles à établir. Sur certains domaines, codes de bonne conduite et chartes de développement durable se recourent incontestablement. C'est le cas, par exemple, du thème de la corruption :

- dans une charte de développement durable, l'entreprise prendra l'engagement de ne pas commettre de corruption, dont les conséquences sont toujours dramatiques pour les populations locales ;
- dans un programme de conformité, les salariés seront formés sur les règles anti-corruption et des procédures seront mises en place pour prévenir ces risques, ce qui va permettre à l'entreprise de respecter ses engagements pris au titre de la charte de développement durable.

Par ailleurs, et il faut le garder constamment à l'esprit, cette matière, vivante, évolue en fonction des organisations et ne recoupe pas forcément les mêmes thèmes, ni les mêmes attentes.

Pour simplifier le raisonnement, nous utiliserons dans le cadre de cet ouvrage les termes « codes ».

de bonne conduite» et «chartes éthiques» pour décrire la base du référentiel des programmes de conformité, en laissant de côté les chartes de développement durable qui répondent, selon nous, à une autre logique.

Pour autant, nous gardons à l'esprit que dans certaines entreprises où la conformité et l'éthique sont considérées avant tout comme un facteur de développement durable (plutôt que de gestion des risques), ces deux types de documents peuvent être fusionnés en un seul, la conformité permettant d'atteindre les objectifs de développement durable.

Articulation avec les codes de bonne gouvernance

21 Les codes ou règles de bonne gouvernance visent également un autre objectif que celui recherché par les codes de bonne conduite et les chartes éthiques.

Ils sont développés, à ce jour essentiellement à l'usage des sociétés cotées, en vue de définir les règles du jeu et de maintenir l'équilibre entre ces trois niveaux de pouvoir dans l'entreprise,

aux intérêts parfois contradictoires, que sont : les actionnaires, les administrateurs et les dirigeants exécutifs.

Les programmes de conformité et d'éthique sont, quant à eux, destinés avant tout aux salariés comme aux dirigeants exécutifs et guident leurs actions courantes.

Ici encore, la frontière entre code de bonne conduite et code de bonne gouvernance peut s'avérer poreuse, la transparence et le bon équilibre des pouvoirs au niveau du conseil d'administration permettant notamment de venir ancrer les valeurs et les objectifs de conformité de l'entreprise.

22 Le schéma ci-après synthétise les grands axes et l'articulation de ces différents codes.

Juriste d'entreprise, compliance officer

23 La mise en place des codes de bonne conduite s'accompagne du développement d'une nouvelle fonction dans les entre-

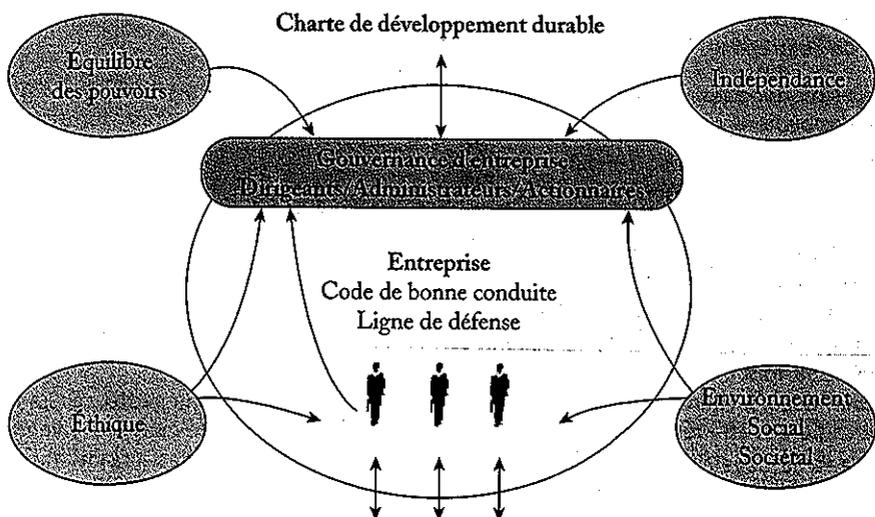


FIG. 1 Articulations entre code de bonne conduite, gouvernance et charte de développement durable.

prises, celle du responsable de la conformité ou encore *compliance officer*¹.

Les traits distinctifs entre juriste et *compliance officer* ne sont pas encore bien établis. Pour certains, la fonction de juriste interne englobe, presque de fait, les objectifs qui pourraient être assignés à un *compliance officer*: « Le droit, par les solutions qu'il offre, contribue à renforcer la fiabilité des dispositifs et donc la sécurité des firmes et le juriste ne se contente plus de n'être que le "tailleur de solutions sur mesure" à divers problèmes pratiques du quotidien de l'entreprise. À la demande des directions générales, le juriste va devoir diffuser largement auprès des managers comme des opérationnels la connaissance et la compréhension de la dimension juridique des stratégies et de ses enjeux »².

Pour d'autres, ces deux fonctions sont différentes mais forcément complémentaires: « le juriste imagine et fabrique des solutions juridiques adaptées aux besoins de l'entreprise et qui présentent un degré de risque plus ou moins important, risque qu'il aura préalablement évalué et dont il pourra rendre compte. (...) la fonction *compliance* contribue essentiellement à produire de la sécurité pour l'entreprise. (...) On peut ainsi, pour illustrer la complémentarité des approches en termes de conformité et de management du risque juridique, utiliser la métaphore du terrain de sport: avec la *compliance*, on dessine les lignes du terrain de jeu; la façon de pratiquer son propre jeu dans ce cadre défini comme étant le même pour tout le monde, c'est de la gestion du risque. On peut alors avancer que le responsable de la conformité est une sorte d'arbitre de touche, alors que le directeur juri-

A SAVOIR

Les deux approches sont possibles et en pratique dépendent de la taille mais aussi de la culture d'entreprise. D'ailleurs, les frontières entre ces deux rôles tendent à devenir moins nettes dès lors que le *compliance officer* devient également apporteur de solutions au regard de situations données, ou nécessitant une analyse d'une des principes de bonne conduite et éthiques fixés par l'entreprise. C'est particulièrement vrai dans les entreprises où les programmes de conformité ont été déployés depuis plusieurs années maintenant.

dique (ou le juriste) se trouve au sein de l'équipe des joueurs, leur faisant profiter d'un savoir-faire spécifique mis au service des tactiques et de la stratégie du jeu »³.

En tout état de cause, le besoin d'indépendance de la fonction *compliance* est très clairement affirmé par les *compliance officers*, mais aussi par les autorités⁴. Par conséquent, et si la taille de l'entreprise le permet, il semble dès lors plus approprié d'identifier un département *compliance*, distinct du département juridique. Pour autant, dans les entreprises de taille plus modeste, il convient de rester pragmatique: le juriste unique aura intérêt à déployer une démarche de conformité, parallèlement à son activité de conseil juridique. Dans tous les cas, il nous paraît important que la fonction éthique ou conformité soit composée de juristes. En effet, codes de bonne conduite et

1) La Commission générale de terminologie et de néologie a traduit le terme de *compliance officer* par « déontologue » en le définissant comme une « personne chargée, au sein d'une entreprise, de contrôler la conformité des actes et des procédures aux lois et aux règles de bonne conduite, et de sensibiliser le personnel à celles-ci », JO 28 déc. 2006. La définition proposée appelle deux commentaires: elle est trop axée sur le respect des normes et, par ailleurs, la traduction de déontologue, qui fait référence implicite à un métier, voire à une profession et/ou à un secteur réglementés, apparaît trop restrictive.

2) Sainte Fare Carnot R., La conformité, le droit et le juriste. Un contexte nouveau qui fait bouger les lignes de la maîtrise des risques, Juriste d'entreprise magazine, Association française des juristes d'entreprises, n° 8, janv. 2011, p. 38.

3) Collard Ch., Juridique, *compliance*: questions de territoire(s), Juriste d'entreprise magazine, Association française des juristes d'entreprises, n° 8, janv. 2011, p. 48.

chartes éthiques créent du droit. Ce sont des outils de gestion des risques mais aussi des instruments juridiques. Et, en tant que tels, ils ne sont pas à laisser en toutes les mains.

La compliance, domaine réservé des juristes ? Et des avocats ?

26 Ne pas avoir conscience de la particularité du risque juridique et réglementaire que les programmes de conformité cherchent à couvrir fait courir à l'entreprise un risque important, un risque *boomerang* si l'on peut dire.

Spécificité du risque juridique

Matérialisation du risque

Cette spécificité réside dans le fait, unique à nos yeux dans l'univers des risques, que, plus la connaissance du risque *juridique* ou réglementaire est matérialisée, plus l'impact de ce risque, à savoir sa probabilité de réalisation et/ou la gravité des sanctions, augmente.

27 C'est la raison pour laquelle, selon nous, les juristes, habitués à gérer ces subtilités, doivent rester aux commandes. Le juriste idéal pour ce poste présentera une réputation incontestable, une compréhension fine des enjeux *business*, des capacités de management et de communication éprouvées et une compétence évidente de gestion de projet.

28 En complément de celui du juriste, le rôle de l'avocat, quant à lui, consiste, dans une collaboration nécessairement participative, à apporter les expertises en complément de celles de l'équipe juridique interne nécessaires au déploiement du code, aider à positionner les thèmes et le niveau du programme afin notamment d'éviter les risques *boomerang*, réaliser les audits et traiter les alertes tout en protégeant la confidentialité des informations sensibles et, surtout, apporter une vision indépendante sur une démarche nécessairement interne.