

LA CONFORMITÉ : ALIBI OU CONTRE-POUVOIR ?

ANNE-JOSÉ FULGÉRAS*

En 2007, les citoyens du monde se sont réveillés avec une gueule de bois collective : le système financier n'était plus, à l'évidence, au service de l'économie, laquelle n'était plus l'instrument du progrès, et celui-ci n'apparaissait plus au service du bonheur des hommes. Prise de conscience d'une perte globale de repères, dont la crise qui a éclaté cette année-là n'était qu'une manifestation financière...

Puis, au fur et à mesure que les crises financières et économiques se sont succédé et ont changé de visage s'est imposé le sentiment qu'elles n'étaient pas celles d'un modèle économique, mais des dérives de ce modèle. Que nous vivons en réalité une crise de l'éthique qui tend à ériger le cynisme en règle de conduite. Et que les règles, de plus en plus foisonnantes et contraignantes imposées aux acteurs des marchés, ne suffisent pas à endiguer.

À l'heure où les régulateurs s'épuisent à rechercher comment lutter contre les excès sans tuer les activités qui les génèrent, un sentiment grandit et s'exprime de plus en plus : alors que la globalisation et les nouveaux systèmes de communication ont dopé la capacité de nuisance des cyniques et des francs-tireurs, éparpillé les risques, permis l'organisation de l'opacité, pesé sur la traçabilité et les contrôles, elle a, dans le même temps, désarmé les systèmes traditionnels de régulation face à des acteurs qui ne connaissent pas de frontières et, pour certains, jouissent d'une puissance supérieure à celle des États.

Résultat : alors que les entreprises sont, individuellement, chaque jour plus exposées aux effets répressifs de la transgression des normes, elles sont, collectivement, de plus en plus vulnérables à des risques dont lesdites normes ne sauraient les protéger, faute de les avoir anticipés ou faute de leur appliquer les remèdes appropriés.

* Ancien chef de la section financière, Parquet de Paris ; membre de la Commission des sanctions, Autorité des marchés financiers (AMF).

LES ACTEURS ÉCONOMIQUES DOIVENT CHANGER DE VISION POUR SE PROTÉGER ET PROTÉGER LES MARCHÉS

Mon propos ne saurait être de remettre en cause l'utilité de la régulation des marchés et des systèmes de contrôle. Toutefois, il est du droit de tout citoyen, et du devoir des experts de la prévention des risques, de s'interroger sur l'efficacité réelle des dispositifs de conformité en tant que réponse globale. Il est grand temps de se demander pourquoi le vrai grand blanchiment international – comme les fraudes financières aux moyens de paiement organisées sur un mode industriel – passe à travers les mailles du filet. Et surtout, pourquoi les coûteux efforts déployés pour prévenir les risques n'ont pu empêcher la série de crises et de scandales financiers qui ont marqué le début du millénaire.

Frappante, en effet, est l'incapacité de la régulation à nous protéger des menaces les plus lourdes qui pèsent sur le fonctionnement des marchés. Tout a été dit ou presque sur les attermoissements et les incohérences du processus d'élaboration des règles et sur le mouvement de balancier de plus en plus rapide qui caractérise la régulation, bâtie le plus souvent sous la pression et sans visibilité suffisante sur les effets pervers des mesures envisagées. Le fait est que, même lorsque les règles posées sont bonnes, elles n'empêchent pas toujours la répétition des comportements les plus nuisibles. Ainsi, environ trois ans après l'affaire Kerviel, alors que de nouvelles règles draconiennes ont été imposées dans toutes les salles de marché pour qu'une telle fraude ne puisse se reproduire, les mêmes agissements sont néanmoins survenus chez UBS avec une perte de 2,5 Md€ de la part d'un opérateur qui présentait le même profil, qui intervenait sur les mêmes véhicules d'investissement et qui, probablement, répondait aux mêmes motivations. Quelques mois plus tard, une autre fraude similaire a été découverte chez JP Morgan avec une perte, cette fois-ci, de 6 Md\$.

POURQUOI CETTE INEFFICIENCE ?

Hasardons quelques pistes de réponse

L'un des péchés originels de la régulation est qu'elle intervient toujours en réaction à un sinistre. À chaque fois que se produit une crise, quelle qu'en soit la nature, la réaction est au fond toujours la même. Après avoir, dans le désordre et la confusion médiatique, cherché des responsabilités au sein des pouvoirs publics, des régulateurs, des notateurs, des acteurs économiques, etc., tous s'écrient en chœur : « Plus jamais ça ! ». On s'applique alors à autopsier le sinistre pour en identifier les causes génératrices et, après analyse, de nouvelles

règles sont posées à la hâte pour en prévenir la répétition. Ainsi, un premier constat s'impose : venant le plus souvent en réponse à une crise avérée bien spécifique, la régulation ne peut anticiper et tenter de prévenir que ce qui est déjà arrivé. Or tout ce qui survient de vraiment important dans notre vie, individuellement ou collectivement, est, par nature, imprévisible. On ne peut donc espérer se protéger d'événements futurs en se contentant de regarder dans le rétroviseur.

Une autre piste d'explication peut être recherchée dans l'ergonomie des règles de marché.

Pour l'essentiel élaborées à un niveau supranational, elles doivent transcender les clivages idéologiques ou culturels. De ce fait, elles posent pour la plupart des obligations et des interdictions très précises, très formelles, très pratiques, voire pointillistes, laissant le moins de place possible à l'interprétation. Rares sont celles qui renvoient à des principes éthiques.

Pour cette seule raison, et quelle que soit la pertinence de leur contenu, elles présentent deux écueils.

Tout d'abord, du fait de la lourdeur et du coût des dispositifs imposés et en dépit des risques répressifs attachés à toute transgression, elles génèrent une illusion de sécurité. Les opérateurs ont tendance à se dire que s'ils respectent scrupuleusement ces règles, denses et précises, élaborées par des experts, ils se mettent à l'abri de tous les risques et n'ont pas besoin de mobiliser leur esprit critique. Cette illusion de sécurité, que seule l'exigence éthique personnelle des acteurs peut conduire à relativiser, est déresponsabilisante. La confiance aveugle accordée aux *ratings* des agences de notation a été déterminante en matière d'incapacité des banques à identifier et évaluer leurs risques *subprime*... et cette confiance a été encouragée par les régulateurs !

À cela s'ajoute une réalité très dérangeante pour les non-juristes : l'incohérence apparente entre la règle professionnelle et la morale commune que le Code pénal est censé refléter.

J'observe en effet que peu de responsables d'établissements financiers ont conscience qu'ils peuvent se trouver exposés à un risque de poursuite correctionnelle sans pour autant avoir enfreint la moindre norme professionnelle.

Pourtant, il y a quelques années, dans l'affaire du « Sentier bis », plusieurs grands patrons de banques ont été mis en examen sous la qualification hautement infamante de blanchiment aggravé pour des comportements qui ne contrevenaient à aucune disposition réglementaire de l'époque, qu'il s'agisse du traitement en masse des chèques ou du *correspondant banking*, pratiques adoptées d'ailleurs par l'ensemble de la place.

Toutefois, parce que les opérations en cause ne permettaient ni la connaissance du client, ni la compréhension de ses objectifs, il a été reproché aux mis en examen de s'être contentés, avec une approche étroite de la conformité, de respecter à la lettre une réglementation professionnelle qui n'intégrait pas alors les risques de blanchiment attachés à leurs activités, que l'esprit de la loi leur

imposait pourtant de connaître et de prévenir, les renvoyant à une approche éthique de la prévention des risques.

De même, quelque temps tard, les dirigeants de l'AFER (Association française d'épargne et de retraite) ont été lourdement condamnés pour abus de confiance pour avoir bénéficié, en toute opacité, de rétrocommissions de courtage qui n'étaient aucunement interdites par le Code des assurances. Ici encore, le juge a utilisé la souplesse du droit pénal pour sanctionner un comportement non éthique.

Ces exemples démontrent que l'aveuglement ou le cynisme peuvent prospérer à l'abri de la conformité. Pire, que le respect de la conformité, perçue comme réponse unique et globale aux risques qu'engendre l'activité, constitue un leurre dangereux.

Parce qu'elles sont très formelles, nombre de règles professionnelles portent en elles, de surcroît, les germes de la transgression. Plus une règle est précise, plus il est aisé d'en respecter la lettre tout en chahutant l'esprit. C'est l'un des cauchemars de tous les responsables de conformité...

Ces différents écueils peuvent conduire à une démarche « cosmétique » de cette fonction, faisant d'elle une sorte d'alibi : une impeccable communication « politiquement correcte » sur le respect du client, la lutte contre la corruption ou la défense de l'environnement peut servir de « paravent » et occulter la poursuite de comportements moins rigoureux.

Les grandes ONG, comme les Amis de la terre ou Transparency International, s'appliquent en permanence à traquer cette forme de conformité « alibi », au travers de l'envoi de questionnaires permettant de mettre en lumière les décalages entre la vitrine et la réalité, et réussissent, je crois, à faire progressivement comprendre aux entreprises qui cèdent à cette tentation qu'il s'agit là d'une posture dangereuse pour leur image.

Ces considérations négatives sur les vices cachés de la conformité ne sauraient évidemment conduire à la condamner, ni en tant que principe, ni en tant que fonction au sein des entreprises. Ces dernières devraient juste davantage les prendre en compte pour que cette fonction ne soit plus seulement la mise en œuvre ingrate et coûteuse d'un exercice imposé, mais devienne un réel facteur de protection et de création de valeur.

MAIS ALORS, QUE FAIRE POUR QUE LA CONFORMITÉ NE PUISSE PLUS ÊTRE PERÇUE COMME UN ALIBI ET ACQUIÈRE LA FORCE D'UN CONTRE-POUVOIR PROTECTEUR ?

Au risque de faire figure de « ravie de la crèche », je pense que la réponse tourne autour de l'éthique. Alors que ce mot est, depuis quelque temps, sur toutes

les lèvres, la dimension éthique devrait davantage figurer au cœur des dispositifs de régulation et de conformité et est encore trop peu défendue dans les entreprises.

Ma naïveté ne va pas jusqu'à penser que cet état de fait est dû au hasard... Une règle qui renvoie à l'éthique est nécessairement floue, crée une insécurité et une responsabilité plus grandes pour les acteurs concernés. De plus, la dimension éthique, paramètre complexe intervenant dans tout arbitrage humain, se décline difficilement en *process* et en points de contrôle...

J'ai pourtant la faiblesse de penser que le fait de mettre cette dimension essentielle au cœur de l'organisation des dispositifs de contrôle est une voie non seulement possible, mais aussi nécessaire.

Si l'on se livre à l'autopsie d'une crise ou d'un scandale financier en remontant la chaîne des causalités, on parvient immanquablement à la même conclusion : la cause originelle est toujours comportementale. Qu'il s'agisse d'une fraude intentionnelle, d'une prise de risque délibérée, dictée par l'appât du gain ou le désir d'améliorer un ratio, d'un choix conscient ou mimétique, il est toujours question d'arbitrages humains. Un choix financier hasardeux n'est la plupart du temps rien de plus qu'un mauvais arbitrage entre la prudence et la recherche de la compétitivité. Aussi, le contrôle de conformité ne devrait pas se résumer à un contrôle des *process* fondé exclusivement sur une base réglementaire. Il doit aussi veiller à créer, par l'instauration d'une culture éthique, insufflée au plus haut niveau de l'entreprise, les conditions propices à un véritable respect de la règle. Une telle démarche suppose que la fonction conformité ne soit plus seulement l'affaire des auditeurs, des contrôleurs, des informaticiens et des juristes, mais implique d'autres fonctions mieux armées pour en gérer le volet humain. Bref, la prise en compte de la dimension éthique suppose des réponses comportementales, pensées en étroite collaboration avec les responsables des ressources humaines (RH), aujourd'hui le plus souvent absents du dispositif.

Ces réponses sont essentielles, tant en termes d'anticipation que de réaction à des comportements non éthiques.

L'affaire Kerviel, par exemple, a mis en lumière des aspects RH de la prévention, sur lesquels les spécialistes de la fraude insistaient depuis longtemps : la nécessité de mettre en perspective la sensibilité du poste avec le parcours professionnel antérieur du collaborateur, la surveillance des comportements à l'égard des congés, l'impact des politiques de rémunération, etc.

L'importance du lien entre les politiques de rémunération et l'éthique des affaires n'est en effet plus à démontrer.

Qu'il s'agisse de l'effet délétère du mode de calcul des rémunérations des dirigeants sur les choix stratégiques de développement de leur entreprise, du niveau de la part variable de la rémunération à certaines fonctions et, d'une façon générale, de l'incitation tacite à la prise de risque, voire à la transgression, que peut constituer une politique salariale lorsqu'elle n'intègre pas suffisamment l'éthique. Est-il bien sain que dans les salles de marché, ceux qui prennent

des risques (pour autrui...) soient tellement mieux payés que ceux qui les contrôlent, alors qu'ils possèdent le même niveau d'expertise, et que les seconds aspirent à rejoindre les rangs des premiers ? Peut-on sérieusement prétendre que cette situation ne pèse en rien sur l'indépendance nécessaire aux contrôles ?

La cohérence de la politique d'évaluation des performances et de rémunération des collaborateurs avec la stratégie de développement constitue une condition – et un révélateur – des choix éthiques d'une entreprise... et une clé de compréhension – voire un critère d'appréciation – du niveau auquel la responsabilité doit être recherchée en cas de problème.

Une politique salariale perçue comme injuste est à l'évidence un facteur de frustration susceptible d'encourager la poursuite d'intérêts individuels au détriment de l'ambition collective.

Les responsables et les dirigeants ne peuvent se reposer entièrement sur leurs directions spécifiquement chargées du contrôle de conformité. Il est de leur responsabilité propre d'insuffler dans leurs entreprises une culture éthique et d'afficher leur intolérance à l'égard des collaborateurs qui « flirtent » avec les limites du terrain de jeu. Il leur appartient encore de veiller à ce que la réaction à l'encontre d'un collaborateur pris en défaut sur le plan de l'éthique ne puisse pas être perçue comme ambiguë, tant en interne que par les autorités de contrôle. En effet, au cas où cette dérive conduit à la recherche d'une responsabilité de l'entreprise, une solution privilégiant un discret arrangement plutôt qu'une mesure disciplinaire ne manque jamais d'être interprétée et diabolisée par le juge ou le régulateur.

Enfin, un constat vécu par tous les responsables de conformité : après la découverte d'une fraude ou d'une prise de risque critiquable, immanquablement, les langues se délient et l'on découvre que nombreux, au sein de l'entreprise, étaient ceux qui savaient et qui n'ont rien dit parce qu'ils ne se sentaient pas assez légitimes ou protégés pour parler. Si ces personnes avaient perçu la révélation de leurs soupçons, non comme une vilénie, une indignité, mais comme un service d'intérêt collectif, les dérives auraient été connues et traitées à temps par l'entreprise, permettant sinon d'éviter le sinistre tout au moins d'en réduire la portée.

Les grandes entreprises françaises ont déjà, pour la plupart, compris l'intérêt qu'elles avaient à dépasser l'assimilation culturelle du *whistleblowing* à la délation, et à bâtir des dispositifs sécurisés, soucieux de confidentialité et de protection du lanceur d'alerte et perçus comme légitimes parce qu'élaborés en concertation avec les organes sociaux.

Ces dispositifs, lorsqu'ils fonctionnent, permettent de comprendre qu'un comportement que la sensibilité humaine considère raisonnablement comme non éthique peut passer sous les radars de la conformité purement réglementaire.

Lorsqu'ils s'inscrivent eux-mêmes dans une démarche éthique, respectueuse et soucieuse d'éviter les abus, et non dans le simple but de se conformer à une

obligation réglementaire, ils peuvent constituer un moyen de responsabilisation et d'engagement de tous les collaborateurs au service de l'éthique.

Parce qu'au fond, l'essentiel des risques les plus lourds procède d'une insuffisante maîtrise des comportements et des arbitrages humains, les acteurs économiques, confrontés à des risques inédits, ont intérêt à changer de vision pour mieux se protéger et mieux assurer la part qui leur revient dans la défense de l'intérêt général.

Qu'il s'agisse de mieux se défendre de leurs ennemis potentiels, internes ou externes, ou de se mettre à l'abri de choix stratégiques hasardeux, il est urgent d'aller au-delà de la seule maîtrise des risques de non-conformité réglementaire et de travailler davantage sur l'humain. La conformité, pour être créatrice de confiance, ne saurait en effet porter sur le seul contenu des normes, mais aussi sur le « rapport aux normes », comme une composante de la valeur économique.

La règle sans l'éthique vide de sens le respect de la conformité...

