

PRÉVENTION DES RISQUES

Les outils pour prendre la compliance au sérieux

Auteur associé | Actu juridique | Analyses juridiques | France | Publié le 29/03/2023

La compliance vise à mettre en œuvre des procédures permettant de s'assurer du respect des normes par les structures publiques et leurs membres. Dans cette analyse, Samuel Dyens, avocat associé au cabinet Goutal, Alibert et associés et maître de conférences associé à l'université, donne ses conseils pour une compliance réussie.



Derrière ce titre, volontairement provocateur, se cache une évidence. Les responsables publics – élus et cadres de l'administration – ne peuvent plus ignorer cet impératif, même s'ils ont l'impression de se soumettre à une mode qui, comme toutes les modes, serait nécessairement passagère !

Rien de tel, nous semble-t-il, avec les impératifs liés à la compliance publique. Avec la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016, on le sait, une nouvelle étape a été franchie dans la lutte contre la corruption et la recherche de transparence de l'action publique.

Parmi de nombreux outils et obligations sur lesquelles nous reviendrons, la création de l'Agence française anticorruption, l'AFA, prend une dimension toute particulière. Chargée de conseiller le secteur public, notamment local, l'AFA a également la charge de le contrôler. Collectivités territoriales de plein exercice, métropoles, établissement public de coopération intercommunale (EPCI) et chambres de commerce et d'industrie, l'AFA contrôle tous azimuts depuis sa création, avec des résultats parfois extrêmement sévères, aux conséquences administratives, pénales et réputationnelles souvent considérables.

Partant, il revient aux dirigeants territoriaux de prendre les impératifs de la compliance au sérieux, pour pasticher un grand auteur ⁽¹⁾ ^[1], et s'atteler à la tâche, résolument, mais avec mesure et proportionnalité. Car, derrière cet anglicisme, dont on peine à trouver une traduction satisfaisante en droit français, se cache une politique globale de gestion des risques que toutes les collectivités publiques, à leur niveau et selon leurs moyens, doivent adapter et adopter.

- La compliance, une politique globale de gestion des risques au sein de l'action publique ^[2]

Traduire les impératifs de la compliance dans la sphère territoriale

Que se cache-t-il derrière le terme de « compliance » ? Souvent traduite – maladroitement – par la notion de « conformité », la compliance n'est pas, de prime abord, une nouvelle discipline juridique à proprement parler, même si des règles juridiques doivent être mises en œuvre. Il s'agit davantage d'une politique de management global de la structure visant à déterminer et à mettre en œuvre des processus et des procédures qui permettent d'assurer la conformité des actes, des décisions et des comportements de ladite structure, de ses dirigeants et de ses collaborateurs aux normes qui lui sont applicables ⁽²⁾ ^[3]. Dans cette perspective, il convient d'abord de connaître ses risques, afin de les maîtriser et de les traiter, et d'assurer le contrôle de l'effectivité des mesures adoptées.

Définie ainsi, la compliance n'est pas une totale nouveauté. Le juriste territorial, véritable manager des risques juridiques ⁽³⁾ ^[4], le directeur financier ou le contrôleur de gestion – et bien d'autres, en vérité – sont déjà chargés de s'assurer de la « conformité » des décisions et des pratiques à un référentiel normatif établi. La différence principale avec la compliance réside dans sa dimension globale et transversale. En effet, alors que la logique du principe de légalité est un rapport de verticalité entre la norme, la structure et l'élu (ou l'agent), la compliance révèle une logique horizontale dans le rapport à la norme.

Ce qui importe ici est de savoir si la structure met en œuvre, dans ses services et instances de gouvernance, un dispositif organisé, finalisé et complet de prévention des risques de transgression des normes. Comme l'indique – Antoine Gaudemet à propos des entreprises – mais la logique est la même sur ce point entre sphères publique et privée –, la structure continuera à devoir respecter les mêmes normes juridiques qui s'imposent à son action (droits de l'urbanisme, de la fonction publique, de la commande publique, des subventions, etc.) ; la compliance va s'intéresser aux procédures qui permettent d'en assurer et d'en contrôler la mise en œuvre.

En conséquence, et au-delà des outils et des procédures qui peuvent être ponctuellement mis en place par une collectivité, la compliance appelle tout à la fois un engagement et un pilotage stratégiques, une culture interne de la bonne gestion et une volonté permanente. Tous les acteurs internes de la structure sont donc concernés. Il n'y a pas le « compliance officer » d'un côté, et les autres agents de l'organisation (élus et collaborateurs), d'un autre, qui seraient à l'écart du dispositif, voire qui le subiraient ! Au contraire, tous les membres de l'organisation sont concernés, compte tenu des finalités poursuivies : la transparence de l'action et de la gouvernance, l'intégrité des dirigeants et des agents, ainsi que la recherche d'une confiance publique renouvelée.

- Les « compliance officers », stratèges contre la corruption ^[5]

Partant, devant de tels objectifs d'intérêt général, spécifiques à la sphère publique, la mise en œuvre d'une politique de compliance publique ne doit pas se limiter à un copier-coller des outils et des méthodes utilisés dans la sphère privée.

Si les techniques sont les mêmes dans leur principe ⁽⁴⁾ ^[6], le besoin d'une mise en œuvre sur mesure, fondée sur une connaissance aigüe du fonctionnement administratif et du système politico-décisionnel local s'impose afin que la compliance soit (plus) facilement intégrée dans l'agir professionnel quotidien des agents et des élus de la structure, sans complexification excessive de l'exercice opérationnel des missions. Pour cela, quelques principes d'action peuvent être recommandés, sans pour autant prétendre à l'exhaustivité.

Suivre des lignes directrices

En premier lieu, la mise en place d'une politique maîtrisée de compliance passe par le respect des obligations juridiques qui s'imposent déjà aux structures publiques.

Tel est, par exemple, le cas avec l'obligation de mise en place d'un référent déontologique pour les agents et, plus récemment, pour les élus locaux ⁽⁵⁾ ^[7]. Chargé de fournir un « conseil utile » sur toute question d'ordre déontologique posée par un agent ou un élu, le déontologue s'inscrit pleinement dans la logique de la compliance : connaître les obligations, prévenir les risques et maîtriser les situations.

Tel est aussi le cas de la mise en place obligatoire d'une procédure de recueil et de traitement des alertes éthiques, ainsi que d'un référent « alerte éthique » pour toutes les communes de plus de 10 000 habitants, les départements, les régions, les établissements publics relevant de ces trois catégories, ainsi que les EPCI à fiscalité propre regroupant au moins une commune de 10 000 habitants. Le respect de cette obligation vise à assurer l'effectivité du droit des agents publics à lancer une alerte éthique et à bénéficier de la protection - renforcée due au lanceur d'alerte, notamment depuis la loi du 21 mars 2022 ^[8] et du décret du 3 octobre 2022 ^[9] (6) ^[10]. Tel est toujours le cas des obligations s'imposant aux collectivités publiques dans le domaine de la transparence et de la protection des données (open data, mise à disposition des données essentielles en matière de commande publique et de subventions, règlement européen de protection des données RGPD).

- Alerte éthique : décryptage de la nouvelle procédure de recueil ^[11]

En second lieu, une formalisation des procédures et des outils existants doit être assurée. Ainsi qu'indiqué, les collectivités territoriales ne partent jamais de rien en matière de compliance. Sauf que, souvent, des outils de - contrôle existent et sont utilisés par les agents, mais ne sont pas formalisés par écrit et, en conséquence, ne sont pas diffusés comme norme interne obligatoire. Un travail de recensement de l'existant (procédures d'instruction des permis de construire et des demandes de subventions, procédures de contrôle des aides sociales, vérification et certification du service fait...) permettra d'établir les bases et de documenter une première démarche de - compliance, en constituant une bibliothèque des procédures.

En troisième lieu, et dans le prolongement, un principe de proportionnalité s'impose. De la lettre et de l'esprit des textes législatifs, aussi bien que des préconisations de l'AFA, se déduit l'idée selon laquelle les collectivités - publiques doivent adopter des mesures et des dispositifs de prévention et de traitement des risques adaptés à leurs moyens et à leur situation.

Pour le dire autrement, ce sont des dispositifs simples, effectifs et efficaces qu'il faut mettre en œuvre, davantage que des dispositifs extrêmement élaborés et sophistiqués, très séduisants en théorie, mais très peu mobilisés dans les faits, car trop complexes. C'est en creux ce qui ressort d'un arrêt par lequel la Cour de cassation a sanctionné un élu local pour détournement de fonds publics par négligence, faute pour lui d'avoir « [à] procéder à des vérifications élémentaires qui auraient révélé des anomalies patentes » ⁽⁷⁾ ^[12].

En quatrième lieu, conduire une politique de compliance, c'est aussi s'inscrire dans un processus continu. Il ne s'agit pas d'établir une connaissance et des modalités de traitement des risques à un « instant T » permettant de « cocher la case » de l'obligation à remplir et ainsi considérer que la compliance est installée. Bien au contraire, la compliance doit être une préoccupation permanente et continue de la structure, une logique intégrée dans le fonctionnement politico-institutionnel.

En cinquième lieu, si la politique de compliance doit être continue et transversale, l'engagement de l'institution doit être global et sans équivoque. La compliance n'est pas qu'un ensemble d'outils et de procédures, c'est aussi un engagement politique et managérial au plus haut niveau.

Les praticiens du monde territorial observent déjà, dans les structures qui s'y livrent désormais, les - conséquences, voire les bouleversements, qu'une telle politique de prévention des risques peut engendrer sur les pratiques et les fonctionnements habituels, plus largement sur la culture politico-administrative. Il serait illusoire de penser que la compliance pourrait se développer et atteindre ses objectifs en restant une « affaire de techniciens ».

Des outils structurants à mobiliser

L'Agence française anticorruption, dans ses recommandations, recense exhaustivement les outils à mettre en œuvre dans ce qu'elle qualifie de « référentiel unique ». Parmi eux, sans relativiser les procédures de recueil et de traitement des alertes éthiques, par exemple, mais compte tenu de notre pratique de la sphère locale, quatre de ces dispositifs doivent faire l'objet d'une attention particulière.

Appliqués au seul domaine de la prévention de la corruption, ces quatre outils constituent, selon l'AFA, « un dispositif anticorruption » cohérent. Mais leur philosophie en fait d'abord et avant tout des outils de la gestion des risques de non-conformité au sens large.

En premier lieu, il semble évident qu'une cartographie des risques doit être établie. Même si les dispositifs de traitement sont ensuite adaptés à la taille et aux moyens de la collectivité, il faut, en toute logique, connaître les risques pour pouvoir les traiter pertinemment. Et cette connaissance ne se fait pas « au doigt mouillé » ! Bien au contraire, et sans entrer dans un détail déjà abordé dans ces colonnes ⁽⁸⁾ ^[13], seule une cartographie des risques, répondant à une méthodologie claire et rigoureuse, permet de déterminer, hiérarchiser et traiter objectivement des risques propres à la structure. Sans oublier que la cartographie est un outil de communication et de sensibilisation très efficace vis-à-vis des élus, des cadres et des agents. Autrement posé, c'est « la » base de toute politique opérationnelle de compliance !

- Elaborer une cartographie des risques juridiques ^[14]

En second lieu, la collectivité publique doit – en complément de son engagement solennel – adopter des normes internes concrétisant sa volonté dans le domaine de la compliance. En matière de prévention des fraudes, par exemple, il faut évidemment se référer aux grands textes législatifs applicables en la matière, tels que le code général de la fonction publique (notamment sa partie relative aux droits et obligations), la loi du 11 octobre 2013 de transparence de la vie publique ou la charte de l' élu local de l'article L.1111-1-1 du code général des collectivités territoriales.

Ces grands textes, pour incontournables qu'ils sont, ne traduisent pas nécessairement l'engagement effectif et volontariste de la collectivité. Celui-ci passe par l'édiction de normes internes traduisant et adaptant les obligations générales aux missions quotidiennes des acteurs territoriaux. On pense ici aux codes de bonne conduite ou aux « lignes directrices » (particulièrement pertinentes en matière de prévention des conflits d'intérêts), autant d'outils entrant dans ce que le Conseil d'Etat appelle une « échelle de normativité graduée » ⁽⁹⁾ ^[15], qui ne se limitent pas à rappeler les obligations, mais bel et bien à imposer des réponses et à préciser les - comportements attendus des élus et des agents lorsqu'une situation à risque se présente (cadeaux, invitations, conflits d'intérêts...).

Bien entendu, en troisième lieu, la connaissance des risques et la détermination des modalités de leur gestion ne sont qu'une partie de la compliance. Il faut également s'assurer que ces dispositifs sont effectivement mis en œuvre, c'est même tout l'enjeu de la compliance. Et, pour reprendre une classification bien établie, si les - contrôles de deuxième niveau (contrôle interne) et de troisième niveau (inspection générale, audit) sont à promouvoir (leur extériorité relative et la distance par rapport aux situations, aux personnes contrôlées doivent en être les principales propriétés), il faut insister sur le contrôle hiérarchique, contrôle de premier niveau. Outre qu'elle correspond à un mouvement aussi actuel que profond ⁽¹⁰⁾ ^[16], la participation du cadre à « l'œuvre de - compliance » garantit la fréquence, l'expertise et l'adaptation du contrôle, en clair, sa pertinence et son effectivité.

Enfin, en quatrième lieu, et les acteurs territoriaux en ont pris clairement conscience aujourd'hui, mettre en place une cartographie des risques et des normes internes ne se révèle pleinement efficace que si l'ensemble des acteurs institutionnels (élus, cadres et agents) est sensibilisé et formé à la compliance et à la gestion des risques. Par principe, tous les agents et élus devraient se voir rappeler les obligations générales s'imposant dans leurs activités. Mais, au-delà, la cartographie des risques établie devrait également structurer une politique interne de formation approfondie des élus et des agents en fonction de la dangerosité ou des risques encourus dans l'exercice de leurs missions.

Et, ici non plus, ce n'est pas du « one shot », une formation donnée « une bonne fois pour toutes » ! L'enjeu est autant l'actualisation permanente des zones de risques et des solutions à y apporter que la sensibilisation initiale des acteurs. Il s'agit désormais de construire une culture d'administration, une culture de la compliance.

POUR ALLER PLUS LOIN

- La compliance, une nouvelle gestion des risques juridiques

- Déontologie (1) : le référent déontologue, un conseiller pour tous les agents territoriaux
- La compliance, une politique globale de gestion des risques au sein de l'action publique

- La culture de la déontologie infuse doucement
- « Il faut bâtir une doctrine partagée de la déontologie du quotidien »
- Déontologie : pas de principes sans démarche de prévention des risques