

Le Département de la Justice publie des lignes directrices actualisées sur l'évaluation des programmes de conformité d'entreprise

Le 30 avril 2019, la Division pénale du Département de la justice des États-Unis (DJ) a publié un document d'orientation actualisé sur « l'évaluation des programmes de conformité d'entreprise » (Guide d'évaluation mis à jour) visant à « aider les procureurs à prendre des décisions éclairées quant à savoir si, et dans quelle mesure, le programme de conformité d'une société était efficace au moment de la mise en œuvre et est en vigueur au moment d'une décision d'inculpation ou d'une résolution, aux fins de déterminer la (1) forme appropriée de toute résolution ou poursuite ; (2) pénalité monétaire, le cas échéant ; et (3) les obligations de conformité contenues dans toute résolution pénale d'entreprise (*par exemple*, les obligations de surveillance ou de déclaration). » Comme dans le cas des recommandations antérieures du DJ, les directives d'évaluation mises à jour n'établissent pas de « formule rigide » ni un ensemble de questions obligatoires à poser. Au lieu de cela, le Guide d'évaluation actualisé fournit aux entreprises des informations utiles sur les points de vue du DJ sur la conception et le fonctionnement de leurs programmes de conformité.

Le Guide d'évaluation mis à jour incorpore une grande partie du contenu dans le document d'orientation du même nom publié en février 2017 (Guide d'évaluation de 2017). Cependant, les directives d'évaluation actualisées, publiées par la division pénale dans le cadre du plan annoncé antérieurement par le DJ, visant à fournir aux procureurs une formation et des orientations supplémentaires concernant les caractéristiques des programmes de conformité efficaces des entreprises, sont destinées à être davantage un document autonome pour les procureurs. À cette fin, bien que le guide d'évaluation mis à jour conserve le format de question-réponse du document plus ancien, le document a été réorganisé pour inclure 12 domaines (au lieu des 11 caractéristiques figurant dans le guide d'évaluation de 2017). En outre, les directives d'évaluation mises à jour fournissent un contexte plus détaillé pour chacun des sujets traités, y compris de brèves introductions expliquant la pertinence de chaque sujet et, dans certains cas, des citations du manuel de la justice et des directives américaines sur la détermination de la peine.

Les 12 sujets du guide d'évaluation mis à jour sont regroupés afin de suivre les trois questions principales relatives à l'efficacité du programme de conformité, décrites à la section 9-28.800 du Manuel de justice :

1. « Le programme de conformité de la société est-il bien conçu ? »

Les sujets abordés comprennent : l'évaluation des risques ; Les politiques et les procédures ; Formation et communication ; Structure confidentielle de rapport et processus d'enquête ; Gestion par des tiers ; et fusions et acquisitions.



Kathryn Cameron Atkinson

International Chair
katkinson@milchev.com



John E. Davis

FCPA Practice Coordinator
jdavis@milchev.com



James G. Tillen

International Vice Chair
jtillen@milchev.com



Leah Moushey

Associate
lmoushey@milchev.com

2. « Le programme est-il appliqué sérieusement et de bonne foi ? En d'autres termes, le programme est-il mis en œuvre de manière efficace ? »

Les sujets abordés comprennent : l'engagement des cadres supérieurs et intermédiaires ; Autonomie et ressources ; et mesures d'incitation et disciplinaires.

3. « Le programme de conformité de la société fonctionne-t-il dans la pratique ? »

Les sujets abordés comprennent : l'amélioration continue, les tests périodiques et la révision ; Enquête sur l'inconduite ; et l'analyse et la correction de toute inconduite sous-jacente.

Thèmes généraux

- ▶ **Une approche d'évaluation plus holistique.** Alors que le Guide d'évaluation de 2017 comprenait des questions orientées vers une analyse rétrospective des comportements spécifiques en cause et des problèmes de programme correspondants, le Guide d'évaluation mis à jour adopte une perspective plus large qui cherche d'abord à rendre compte de l'approche générale de l'entreprise en matière de conformité, puis à se concentrer sur : comment le programme a-t-il fonctionné ou non en relation avec la prétendue inconduite sous enquête ?
- ▶ **Accent mis sur le raisonnement décisionnel.** La directive d'évaluation mise à jour comprend plusieurs nouvelles questions incitant les procureurs à se renseigner sur les *raisons* pour lesquelles une entreprise prend une décision concernant la conception et la mise en œuvre de son programme de conformité - à la fois de manière générale et plus détaillée. Par exemple, la section « Amélioration continue, tests périodiques et revues » invite les procureurs à se renseigner, non seulement sur les audits internes, mais également sur les raisons qui ont motivé le processus de détermination du lieu et de la fréquence des audits. Le libellé de la section « Autonomie et ressources » indique si les responsables de la conformité ont des responsabilités de non-conformité au même moment. Les enquêtes n'empêchent pas une entreprise de choisir un cours en particulier, mais suggèrent plutôt qu'elle devrait être prête à défendre des arguments qui éclairent la conception du programme et l'affectation des ressources.
- ▶ **Un accent sur l'intégration du programme.** Les directives d'évaluation mises à jour incitent les procureurs, non seulement à déterminer l'existence de certains éléments du programme, mais également à déterminer comment ils fonctionnent de concert avec d'autres composants du programme et sont intégrés aux rythmes quotidiens de l'entreprise. Par exemple, les directives d'évaluation mises à jour soulignent, non seulement l'importance de disposer de politiques et de procédures complètes, mais invitent également les procureurs à demander comment les politiques et les procédures sont renforcées au moyen des systèmes de contrôle interne de l'entreprise.
- ▶ **Mise en opération de l'amélioration continue.** Dans les différentes sections, le Guide d'évaluation actualisé invite les procureurs à évaluer la manière dont une entreprise mesure l'efficacité de son programme. Par exemple, le document souligne à plusieurs endroits l'importance de la collecte et du suivi des données pour analyser les tendances et les opportunités manquées. De plus, un texte explicatif supplémentaire encourage les procureurs à aller au-delà de la simple question de savoir si un programme et ses éléments sont efficaces, mais les incite plutôt à demander *comment cette efficacité* est mesurée dans la pratique. Par exemple, la section « Formation et communications » mise à jour invite les procureurs à demander comment l'efficacité de la formation est mesurée et améliorée. Dans le contexte « Amélioration continue, tests périodiques et examens », les directives d'évaluation mises à jour incitent les procureurs à demander comment et à quelle fréquence la culture de conformité de l'entreprise est mesurée et comment cette analyse est utilisée pour documenter l'amélioration continue de son programme.

Mises à jour notables sur des sujets spécifiques

- ▶ **L'évaluation des risques comme point de départ.** La section « Évaluation des risques » a été déplacée pour devenir le premier des 12 sujets abordés dans le Guide d'évaluation actualisé (il s'agissait du cinquième sujet traité dans le Guide d'évaluation de 2017). Reconnaisant l'état actuel des pratiques de nombreuses entreprises et de professionnels de la conformité externes, le guide d'évaluation mis à jour souligne que « le point de départ pour évaluer si un programme de conformité d'une entreprise est bien conçu est de comprendre ses activités d'un point de vue commercial, comment

l'entreprise a identifié, évalué et défini son profil de risque et dans quelle mesure le programme consacre une surveillance et des ressources appropriées à l'éventail des risques. » Notamment, le Guide d'évaluation mis à jour ne mentionne pas les « risques manifestés » (une priorité dans le document d'orientation précédent), mais souligne plutôt l'importance d'une « allocation de ressources adaptée au risque » (*c'est-à-dire*, « l'entreprise consacre-t-elle un temps disproportionné à la surveillance zones à faible risque au lieu de zones à haut risque [...] ? »), ainsi que l'importance des mises à jour et des révisions apportées à l'évaluation des risques de la société, ainsi que des politiques et procédures « à la lumière des enseignements tirés ». Les entreprises peuvent s'attendre à ce que les procureurs passent plus de temps à comprendre comment l'évaluation du risque a influencé l'affectation des ressources et à examiner minutieusement ces décisions. Bien sûr, une entreprise peut à juste titre espérer que cette série de questions conduira dans certains cas le DJ à déterminer qu'un incident particulier d'inconduite dans un domaine ne rend pas le programme de conformité inefficace ou mal conçu.

- ▶ **Directives supplémentaires relatives aux mécanismes de rapport et à la réponse à l'enquête.** Le Guide d'évaluation mis à jour comprend un douzième sujet en scindant l'élément « Rapports et enquêtes confidentiels » du Guide précédent en deux sections distinctes : « Structure de rapports confidentiels et processus d'enquête » et « Enquête sur les comportements répréhensibles ». Le guide d'évaluation actualisé inclut de nouvelles questions sur le fait de savoir si l'entreprise a mis en place et publié un mécanisme de signalement *anonyme*, soulignant les préoccupations du DJ en ce qui concerne les représailles par rapport au signalement des problèmes de conformité. En outre, le Guide d'évaluation actualisé inclut de nouvelles enquêtes relatives au moment et à la qualité de la réactivité de la société aux résultats des enquêtes et à la résolution des problèmes identifiés. Cela souligne également l'importance du suivi et de l'apprentissage des résultats des enquêtes (conformément au thème plus général du Guide d'évaluation mis à jour, qui consiste à capturer et à suivre des données pour éclairer l'amélioration continue).
- ▶ **Accent mis sur la justification proactive des justifications commerciales par des tiers.** Le Guide d'évaluation de 2017 comprenait une question relative à la révision rétroactive de la justification commerciale du recours à des tiers en cause dans l'enquête ; La section « Gestion par une tierce partie » du Guide d'évaluation mis à jour indique comment l'entreprise assure les raisons logiques appropriées pour l'utilisation de tierces parties, de manière plus générale. Ces questions démontrent que la première étape, et sans doute la plus importante, dans la gestion du risque de conformité posé par des tiers est d'évaluer s'il existe un besoin commercial clair de les engager et, dans l'affirmative, d'énoncer les qualifications requises pour répondre à ce besoin. Les entreprises auront tout intérêt à déterminer si leur programme de conformité requiert cette étape et, le cas échéant, si elle est documentée et gérée dans le fichier de diligence raisonnable.