

Le Journal du Management

juridique et réglementaire

Catherine Chambon
et Frédéric Duflot

3



Nominations
Directions juridiques

68

Nouveaux Cabinets

70

Formations

82



DOSSIER

6



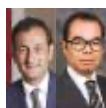
DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES - RGPD
BREVET-MARQUES

17^{ÈME} JOURNÉE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NUMÉRIQUE 63

17^{ÈME}
Propriété
Intellectuelle
& Numérique

10 décembre 2019 - Paris
- Programme
- Présentation des conférences

COMPLIANCE 76



- Le Cercle de la Compliance - La responsabilité du compliance officer
- Pourquoi les signalements issus des lignes d'alerte interne sont une opportunité ?

RECouvreMENT 79



SAISIE SUR RÉMUNÉRATION CONTESTÉE PAR L'EMPLOYEUR

LE CERCLE DE LA COMPLIANCE - LA RESPONSABILITÉ DU COMPLIANCE OFFICER

Le 18 septembre dernier, la *U.S Securities and Exchange Commission* (la SEC)¹ a déposé une plainte contre Strong Investment Management à Anaheim, en Californie, accusant la société et son dirigeant d'effectuer des transactions rentables en les incluant de manière disproportionnée aux comptes personnels du dirigeant. La plainte épingle tout particulièrement le responsable de la conformité, qui aurait participé aux manquements de l'entreprise en "s'acquittant de ses responsabilités de conformité d'une manière extrêmement imprudente" puisqu'aucun programme de conformité n'aurait été mis en œuvre².

La conformité de l'entreprise aux obligations éthiques, l'évaluation des risques pesant sur l'entité, la mise en place d'un programme de conformité sont autant de missions devant être assurées par le *compliance officer*. L'anglicisme n'est pas anodin, puisqu'il s'agit d'un statut déjà bien connu du droit anglo-saxon. En France, cette fonction a fait son apparition avec la multiplication des obligations éthiques à la charge des entreprises³.

La position centrale du responsable de la conformité dans la gouvernance éthique de l'entreprise appelle donc à clarifier les contours du régime de responsabilité duquel il relève. Or, à l'heure actuelle, le *compliance officer* relève avant tout du statut de salarié. A ce titre, la mise en œuvre de sa responsabilité civile et disciplinaire se rapporte principalement au régime de droit commun (I), tandis que les modalités d'engagement de sa responsabilité pénale se posent tout particulièrement au vu de son exposition au risque pénal, inhérente à ses fonctions (II).



Emmanuel DAOUD

I. L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET DISCIPLINAIRE DU COMPLIANCE OFFICER

Le droit français ne prévoyant pas de statut particulier du *compliance officer*, ni de régime spécifique de responsabilité, ce dernier est soumis au régime général de protection des employés dans l'exercice de leurs fonctions, essentiellement construit par la jurisprudence.

Or, la particularité des fonctions du responsable conformité tient au fait que ses standards de performance et de conformité peuvent, certes, dans une certaine mesure, être définis par l'employeur, dans le cadre des objectifs et missions qui lui sont attribués, mais le sont également nécessairement par les obligations légales de conformité que doit justement assurer le *compliance officer*. La difficulté tient donc à l'identification de l'appréciation du bien-fondé de la sanction disciplinaire ou de l'engagement de sa responsabilité, c'est-à-dire si la sanction du *compliance officer* peut survenir à la suite de manquements de l'entreprise aux obligations légales de conformité.

De manière générale, la jurisprudence considère que le salarié ne peut pas être sanctionné disciplinairement si aucune mauvaise volonté délibérée n'est mise en évidence⁴. Appliqué au cas particulier du responsable de la conformité, ce principe signifie que si, malgré sa bonne volonté, le *compliance officer* ne parvient pas à remplir sa mission, il ne pourra être sanctionné disciplinairement, et ce même en cas de sanction de l'entreprise par l'AFA pour plan de conformité insuffisant.

A l'inverse, s'il est établi que c'est précisément en raison d'une faute personnelle que le *compliance officer* n'est pas parvenu à atteindre les objectifs réalistes imposés par son employeur, une sanction disciplinaire pourra être prononcée. En effet, la jurisprudence considère que l'inaptitude du salarié à accomplir ses obligations contractuelles de manière satisfaisante ne peut être sanctionnée qu'en cas d'insuffisance fautive⁵, par exemple lorsque l'inaptitude résulte d'une mauvaise volonté délibérée du salarié responsable⁶. La responsabilité pécuniaire du responsable de la conformité pourra ainsi être engagée dans le cas où il aurait véritablement voulu nuire à l'entreprise, par exemple en émettant un faux signallement ou en compromettant le bon déroulement d'un contrôle engagé par l'Agence française anticorruption (AFA).

En revanche, l'AFA précise dans un guide pratique destiné à encadrer l'exercice de la fonction de responsable de la conformité publié le 4 février 2019⁷ qu'un manquement à ses obligations professionnelles pourrait être reproché au responsable de la conformité en cas de commission de faits de corruption si celui-ci était en mesure de les prévenir, par exemple en informant le dirigeant dans un délai utile.

1 - La *U.S Securities and Exchange Commission* est une autorité fédérale américaine chargée de réglementer et contrôler les marchés financiers.

2 - *United States District Court Central District of Columbia, U.S Securities and Exchange Commission vs. Strong Investment Management, Joseph B. Bronson, John B. Zngbetson, 18 septembre 2019, n° 8:18-CV-00293, §8 p.*

3 - En particulier, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin II), la loi sur le devoir de vigilance des entreprises multinationales du 27 mars 2017, ainsi que le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) entré en vigueur le 25 mai 2018

4 - *Cass. Soc.*, 17 février 2004, n°01-45.643

5 - *Cass. soc.*, 9 mai 2000, n° 97-45.163, *bull. civ. V*, n° 170.

6 - T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, 2010, coll. *Bibl. dr. social*, t. 53, LGDJ, n° 272 et s. ; *Cass. soc.*, 22 mai 1975, n° 74-40.454, *bull. civ. V*, n° 265.

7 - Agence française anticorruption, *Guide pratique – La fonction anticorruption conformité dans l'entreprise*, janvier 2019, mis en ligne le 4 février 2019.

Le *compliance officer* s'exposerait ainsi à des sanctions disciplinaires. A cet égard, il est rappelé que ce dernier peut agir en tant que lanceur d'alerte dans les conditions prévues aux articles 6 et suivants de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin II)⁸.

II. LE COMPLIANCE OFFICER FACE AU RISQUE DE NON-CONFORMITÉ DE L'ENTREPRISE

En première ligne des infractions dont pourrait se rendre coupable l'entreprise, la position du *compliance officer* peut s'avérer délicate.

En droit pénal, le salarié qui commet une infraction à l'occasion de l'exécution de son contrat de travail peut engager sa responsabilité lorsque cette infraction lui est personnelle et imputable. En pratique, le chef d'entreprise pourrait déléguer sa responsabilité pénale au *compliance officer*, qui pourra donc voir sa responsabilité engagée dans les secteurs qui lui sont attribués. Or, s'agissant des sanctions administratives qu'encourt le dirigeant en cas de manquement à la loi Sapin II, une telle délégation de pouvoir ne pourrait être mise en place en l'état actuel du droit. La délégation de pouvoirs pourrait toutefois être envisagée sur le volet pénal de la loi Sapin II ou du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD), plus particulièrement concernant des délits de corruption, trafic d'influence et différentes atteintes à la protection des données à caractère personnel.

En outre, l'engagement de la responsabilité pénale du responsable de la conformité se pose également lorsqu'il connaissait l'existence d'un système de corruption ou d'une infraction, sans pour autant l'avoir dénoncée. A cet égard, le fait de savoir sans participer ni empêcher, n'est pas en principe susceptible d'engager sa responsabilité pénale, dès lors que la jurisprudence montre une grande réticence à qualifier une complicité par abstention ou par inaction. Néanmoins, à travers la notion de collusion, certains juges

ont considéré que l'abstention pouvait caractériser la complicité d'une infraction pénale, à condition que l'auteur de l'inaction ait été dans une position de mettre fin à l'infraction, et qu'il avait l'intention de permettre à l'auteur principal de l'infraction d'en poursuivre la commission⁹.

Ainsi, un membre du conseil d'administration qui était au courant du détournement d'actifs de l'entreprise par le dirigeant et qui l'a laissé se produire bien qu'il ait eu les moyens de s'y opposer, a été reconnu complice de l'infraction¹⁰. A ce sujet, l'AFA précise qu'en cas de suspicion de corruption, la responsabilité pénale de toute personne physique ayant participé à la commission de l'infraction peut être recherchée dans les conditions prévues par le droit commun. Néanmoins, l'Agence souligne que « pour corrompre, il faut avoir pris part activement à la commission des faits de corruption eux-mêmes », de sorte qu'un manque de performance du *compliance officer* dans l'accomplissement de ses obligations ne peut justifier des faits de corruption ou de complicité de cette infraction¹¹.

Cependant, l'AFA n'aborde pas spécifiquement le cas où le responsable de la conformité n'aurait pas réagi face à une infraction dont il aurait eu connaissance. Le *compliance officer* devra donc faire preuve d'une grande prudence, en prenant des mesures correctives pour y mettre fin s'il s'agit de faits concernant des salariés, ou encore en adressant une prise de position écrite à la direction si les faits ont été commis par celle-ci.

Ainsi, si au regard du droit positif, il est possible de dresser des principes entourant les responsabilités civile et pénale du *compliance officer*, certaines incertitudes tiennent néanmoins au fait que ces principes n'ont pour l'instant, pas vu d'application jurisprudentielle spécifique au cas particulier des responsables de la conformité. Se pose donc nécessairement la question de la construction d'un régime de responsabilité spécifique des *compliance officers* dont les juristes et avocats devront se

saisir au regard de la position sensible du responsable de la conformité au sein de l'entreprise. Cette piste sera traitée dans un prochain article intitulé « Vers l'établissement d'un régime spécifique de responsabilité du *compliance officer* ? ».

Emmanuel Daoud, Avocat au barreau de Paris, associé du cabinet Vigo, membre du réseau international d'avocats GESICA.

Solène Sfoggia, Avocat au barreau de Paris, collaboratrice du cabinet Vigo, membre du réseau international d'avocats GESICA.

Dalia Boudjellal, Elève-avocate, cabinet Vigo.



8 - Agence française anticorruption, Guide pratique – La fonction anticorruption conformité dans l'entreprise, janvier 2019, p. 17.

9 - T. Guillemain, « Compliance - Criminal Liability for Compliance Officers: the French Perspective - Etude par Thibault Guillemain », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, n° 4, Octobre 2018, étude 133.

10 - Cass. crim., 28 mai 1980, n° 79-92.004 : JurisData n° 1980-097160 ; Bull. crim. 1980, n° 160 ; D. 1981, IR. 137, obs. G. Roujou de Boubée ; RSC 1981.401, obs. P. Bouzat.

11 - Agence française anticorruption, Guide pratique – La fonction anticorruption conformité dans l'entreprise, janvier 2019, p. 17.