Dalloz avocats - Exercer et entreprendre 2020 p.308

Comment accéder au marché de la *compliance* ?

Emmanuel Daoud, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Vigo - Membre du réseau Gesica
Marie Perrault, Avocat aux barreaux de Paris, New York et d'Angleterre et Pays de Galles, Cabinet Vigo - Membre du réseau Gesica

L'essentiel

Depuis la loi Sapin II le domaine de la conformité connaît un essor considérable et les avocats sont de plus en plus sollicités pour accompagner leurs clients dans leur plan de mise en conformité ou dans la gestion des litiges naissant de l'augmentation des obligations mises à la charge des entreprises. Les avocats souhaitant accéder au marché de la *compliance* doivent donc adopter une stratégie de formation proactive afin d'acquérir les expertises nécessaires dans des domaines divers, et parfois éloignés du droit, et fournir un conseil global et adapté aux besoins et ressources de leurs clients.

Cartographie des risques, impact de risques, responsabilité sociétale de l'entreprise, évaluation des tiers. Quelques mots qui surgissent lorsque le sujet de la *compliance* est abordé et qui peuvent être autant de notions encore floues pour un avocat souhaitant se lancer dans le domaine de la conformité.

S'adressant *a priori* aux entreprises, la *compliance* semble être un monde encore relativement inconnu pour les avocats. Ce monde est en réalité bien moins nouveau qu'il n'y paraît et les avocats sont déjà dotés de toutes les compétences nécessaires pour répondre aux interrogations croissantes des clients face à cette conformité réglementaire en pleine expansion.

La *compliance* peut se définir comme la branche du droit imposant aux entreprises de se conformer à l'ensemble des réglementations ou exigences légales sous peine de sanction. La mise en place d'un plan de conformité répond donc à la fois à une volonté de prévenir la commission d'infractions ou de sanctions mais également à une exonération de responsabilité de l'entreprise en cas d'infraction en démontrant que toutes les mesures préventives ont été mises en oeuvre.

L'avocat en *compliance* est donc à la fois conseil en amont de l'infraction et défenseur en aval si une violation se produit. Ainsi, le rôle plus traditionnel de l'avocat analyste d'infractions ou de manquements déjà constitués se voit étendu à la prévention de ceux-ci.

Cependant, l'exercice de l'avocat en *compliance* implique une approche spécifique des problématiques rencontrées par les clients et du rôle de l'avocat en tant que conseil. De plus, la matière étant relativement récente, peu de textes de loi encadrent réellement la pratique, ce qui nécessite pour l'avocat une approche des formations plus proactive.

1.La place centrale de la *compliance* pour l'avocat

La *compliance* est une matière en pleine expansion en France alors que sa consécration en droit français n'est survenue qu'en 2016 par le biais de la loi n° 2916-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« loi Sapin II ») pour se voir renforcée par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre (« loi sur le devoir de vigilance »).

Les enjeux de la *compliance* pour une entreprise sont bien identifiés tant sur le plan économique que réputationnel. Les entreprises doivent maintenant se montrer exemplaires face à des normes de plus en plus contraignantes en matière de responsabilité sociétale, lutte contre le blanchiment et prévention de la corruption, droits humains, protection de l'environnement et de la santé, ou encore de protection des données personnelles sous peine de se voir lourdement sanctionner en cas de non-respect de la réglementation, subir la pression des associations de consommateurs, des organisations non gouvernementales ou des partenaires sociaux, voire perdre l'accès à des marchés-clés.

La *compliance* demande et requiert ainsi un esprit entrepreneurial. Mettre en place un programme de conformité sous-entend de comprendre la profonde interconnexion de différents secteurs d'une entreprise.

Afin d'implémenter un plan de mise en conformité sur mesure, il convient donc de parvenir à appréhender et résoudre des problématiques dans des domaines aussi variés que les ressources humaines, la communication, les formations internes, la finance, l'intelligence artificielle, les achats, la gouvernance, etc. Cette diversité fait la richesse de la *compliance* et permet à l'avocat d'aborder des questions juridiques de façon extrêmement pratique, apportant ainsi une plus-value indéniable aux conseils prodigués aux clients.

De l'avocat travaillant en structure individuelle à celui exerçant en cabinet rassemblant plus de cent collaborateurs, tout avocat de nos jours peut se voir confronté au cours de sa carrière à des problématiques de conformité. Connaître les enjeux et les obligations d'une entreprise en matière de *compliance,* c'est donc être en mesure de proposer un conseil bien plus global à ses clients. Un dossier en fusion-acquisition, un contentieux en droit du travail ou encore une mise à jour de la politique de gestion des données personnelles peuvent soulever des problématiques de conformité. De plus, les profils des clients sont eux aussi extrêmement divers et il ne faut en aucun cas exclure les entreprises ne répondant pas aux seuils établis par la loi Sapin II ou la loi sur le devoir de vigilance. En effet, en raison de l'enjeu réputationnel mentionné *supra*, même les petites et moyennes entreprises et les *start-up* sont maintenant particulièrement attentives aux questions de conformité.

Pouvoir répondre à des besoins parfois ponctuels, aiguiller son client vers des solutions adaptées ou construire un plan de mise en conformité complet illustrent ainsi la compréhension profonde et globale des besoins juridiques et des intérêts commerciaux du client par son avocat.

2.Le rôle de l'avocat en *compliance*

Bien évidemment, en matière de *compliance,* les juristes d'entreprise et responsables de conformité restent le maillon essentiel car mettre en place un plan de conformité d'une entreprise suppose de connaître en profondeur le fonctionnement interne de celle-ci. Ainsi le caractère interne de la c*ompliance* peut amener les entreprises à internaliser une partie des tâches à effectuer au sein d'une mission de mise en conformité.

Ainsi, le statut d'avocat en entreprise a fait l'objet de nombreux débats il y a quelque mois à peine. Le rapport « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale » présenté par le député Raphaël Gauvain le 26 juin 2019 (dit « rapport Gauvain ») proposait en effet la création d'un tel statut. Même si, en l'état actuel des propositions, le statut proposé ne répond pas aux nécessités de protection sous-jacentes à cette fonction, il est néanmoins intéressant de constater que « les avocats en entreprise

seraient alors susceptibles de redonner au droit une place centrale dans les sociétés en fournissant, dans leur domaine et particulièrement en *compliance*, des conseils propres à aiguiller leurs employeurs vers la mise en place d'un cercle vertueux de conformité ».(1)

Ce rôle de l'avocat est déjà capital en *compliance* au regard de l'accélération du mouvement de mise en conformité des entreprises et l'augmentation des obligations mises à leur charge. Les avocats apportent un regard extérieur, neutre et critique souvent primordial dans des décisions hautement stratégiques avec de lourdes conséquences financières en jeu pour les entreprises. En effet, la *compliance*, et les sanctions y afférentes, reste une discipline récente mais les infractions en jeu, telles que la corruption d'agent public, le blanchiment ou la fraude fiscale, sont, elles, bien connues des avocats qui peuvent ainsi mettre en perspective l'importance des différentes obligations et conseiller un plan d'action adéquat et protecteur aux entreprises.

Ce rôle particulier peut également soulever des questions déontologiques pour l'avocat concernant l'étendue de l'intervention de celui-ci, les honoraires ou encore l'indépendance même de la mission qui lui est confiée. L'annexe XXIV au règlement intérieur du Barreau de Paris destinée à l'avocat chargé d'une enquête interne est à cet égard une ressource précieuse et démontre bien l'importance croissante de la conformité en tant que spécialisation à part entière(2).

L'annexe au règlement intérieur insiste par exemple sur la nécessité pour l'avocat de rechercher la plus grande transparence dès le départ de sa mission par le biais d'une convention d'honoraires définissant précisément l'objet de la mission de l'avocat ainsi que sa rémunération, et rappelle que l'avocat menant une enquête interne est soumis au respect du secret professionnel à l'égard de son seul client, au devoir d'information, ainsi qu'aux obligations lui incombant dans le cadre d'entretiens avec les employés, et à une indépendance totale dans la gouvernance de l'enquête interne et des éventuels échanges avec une autorité. Ces obligations ne coulent pas de source et soulèvent de nombreuses questions, notamment en droit social.

Ainsi, si l'indépendance de l'avocat est remise en cause ou si en raison de questions budgétaires il se trouve dans l'impossibilité de mener à bien sa mission en totale indépendance, l'avocat pourra se voir contraint de mettre fin à la relation client sauf à méconnaître nos principes essentiels d'une part et de susciter d'autre part les critiques justifiées de celles et de ceux qui auront été l'objet de l'enquête. Ces règles déontologiques apportent une structure aux actes des avocats en *compliance* en l'absence de texte de loi encadrant la pratique.

3.Développer son expertise

Depuis quelques années, les entreprises et les avocats ont dû appréhender les obligations imposées, notamment par l'article 17 de la loi Sapin II(3), en l'absence de tout cadre juridique en la matière. La conduite d'une enquête interne par exemple, élément pourtant essentiel d'un dispositif d'alerte, n'est encadrée par aucun texte de loi. Ce vide juridique induit une difficulté pour les avocats souhaitant acquérir des connaissances en la matière.

Les praticiens de la *compliance* ont cependant développé un certain nombre de bonnes pratiques, et des institutions comme l'Agence française anticorruption (dite « l'AFA) et le Parquet national financier (dit « le PNF ») ont publié des lignes directrices permettant de structurer la multiplicité des obligations imposées. La jurisprudence a, encore très récemment, également apporté des précisions bienvenues en la matière(4).

Par ailleurs, l'avocat a tout intérêt à étudier et adapter les outils et méthodes utilisés par les institutions européennes et internationales ou encore les autorités régulatrices des pays précurseurs en la matière tels que les États-Unis ou la Grande-Bretagne. Les autorités françaises sont en effet très au fait et à l'écoute des pratiques étrangères(5). L'introduction de la convention judiciaire d'intérêt public (dite « CJIP ») illustre d'ailleurs comment le législateur

n'hésitera pas à intégrer ce type de mécanisme en droit français. Le PNF a également démontré qu'il était parfaitement capable de considérer des concepts de droit américain ou britannique tels que le *legal privilege* tout en continuant son enquête(6). Le droit anglo-saxon offre donc à l'avocat désireux d'accéder au marché de la *compliance* une multitude de guides pratiques et une doctrine prolifique permettant d'appréhender plus sereinement ces questions de droit comparé.

Enfin, la *compliance* est un domaine où le recours aux nouvelles technologies est extrêmement fréquent car très adapté aux larges volumes d'informations devant être traités tout en étant économiquement intéressant pour les entreprises. Il est capital de se familiariser avec les solutions digitales proposées. Algorithme de technologie assistée, enquête par mots-clés, gestion des alertes et des contentieux sont autant d'outils à maîtriser.

Comme le *compliance officer* (référent conformité) au sein d'une entreprise, l'avocat en *compliance* doit être capable de conseiller et dialoguer avec des acteurs économiques tels que les comptables forensiques, les gestionnaires de plateforme d'alertes ou de revue, les délégués à la protection des données ou encore les analystes de données. Bien que peut-être quelque peu inhabituelles pour un avocat, ces expertises sont à la portée de tous, soit par le biais de formations spécialisées, soit en développant un réseau professionnel riche en expertises variées.

Dans un monde juridique de plus en plus dématérialisé, de telles expertises pourraient d'ailleurs bien être en passe de devenir une nécessité pour tout avocat et ce quelle que soit sa spécialité.

Mots clés :
COMPLIANCE * Développement du cabinet

(1) M. Doisy et E. Daoud, L'avocat en entreprise, une opportunité pour le développement de la culture de la compliance ?, AJ pénal 2019. 584.

(2) Annexe XXIV, V*ade-mecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne, adoptée par le Conseil de l'Ordre dans sa séance du 13 sept. 2016, https://bit.ly/2WdCyDC.

(3) L'article 17 de la loi Sapin II détaille les mesures à mettre en oeuvre par les entreprises à savoir : (1) l'élaboration et l'adoption d'un code de conduite, (2) établir une cartographie des risques, puis la mise en place (3) d'un dispositif d'alerte interne, (4) de procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques, (5) de procédures de contrôle comptable, (6) d'un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence, (7) un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite et (8) d'un dispositif de contrôle interne des mesures mises en oeuvre.

(4) E. Daoud et D. Boudjellal, Les investigations menées dans le cadre d'une enquête interne doivent être proportionnées au but recherché et respecter la vie privée du salarié, Dalloz actualité, 15 avr. 2020, https://bit.ly/2SHFkPG.

(5) L'AFA développe par exemple une cartographie des autorités régulatrices dans le monde, et coopère avec les institutions internationales.

(6) CJIP entre le PNF et Airbus SE du 29 janv. 2020.

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés