

Sapin 2

Lutter efficacement contre la corruption

Commission Responsabilité, AMRAE, 9 décembre 2016.

MM. Raphaël Gouvain et Franck Poindessault, Cabinet Boken.



Introduction

Renforcer la lutte contre la corruption

Loi Sapin 2 : poursuite de l'effort législatif en matière de lutte contre la corruption (cf. Annexe 2).

L'objectif : la mise en place d'outils et d'obligations pour porter les entreprises françaises aux meilleurs standards européens et internationaux dans la prévention et la lutte contre la corruption.

Rappel du calendrier

- 30 mars 2016 : adoption en Conseil des ministres du Projet de loi .
- 8 novembre 2016 : adoption définitive par le Parlement.
- 8 décembre 2016 : décision du Conseil constitutionnel « *conformité quasi-intégrale* ».
- 10 décembre 2016 : publication de la loi n° 2016-1691 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 2 ».

Pourquoi une nouvelle loi ?

- Les entreprises françaises insuffisamment concernées par la lutte contre la corruption (rapport de Jean-Louis Nadal, Président HATVP, janvier 2015) ;
- Le mauvais résultat de la France dans le classement de *Transparency International* (26/174 en 2014 ; 23/174 en 2015) ;
- Les critiques du groupe anti-corruption de l'OCDE, 12/2014 ;
- Les récentes évolutions européennes (cf. Annexe 5) ;
- Risque de poursuites judiciaires à l'étranger des entreprises françaises pour des faits commis en dehors du territoire national (cf. Annexe 4).

Présentation sommaire de Sapin 2

57 articles (projet de loi) => 168 articles (loi définitive)

- **Titre I et II : le renforcement du dispositif français anti-corruption**
- **Autres mesures relatives à la transparence et la modernisation de la vie économique :**
 - Le renforcement de la lutte contre l'évasion fiscale des multinationales dans les paradis fiscaux ; mesures en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme ;
 - Renforcement de la régularisation financière (Titre III) ; de la protection des consommateurs (Titre IV) ; et amélioration du statut des micro-entreprises (Titres IV).

Plan

Le renforcement du dispositif français de lutte contre la corruption

- A.** Le cadre général de Sapin 2

- B.** Les actions à entreprendre sans attendre

A. Le cadre général de Sapin 2

1. L'Agence Française Anti-corruption

Création de l'Agence Française Anti-corruption (Article 1)

- Remplacement du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC).
- Service de l'Etat, à compétence nationale, pour **prévenir et aider à détecter les faits de corruption, trafic d'influence, de concussion, de prises illégales d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme.**
- Dirigée par un magistrat (inamovible => caractéristique de AAI), 60 à 70 personnes à terme, et 10/15 millions d'euros de budget.

Les décrets d'application devront préciser les conditions de nomination, les missions et pouvoirs de l'Agence.

Les missions de l'Agence

- 1. Elaboration de recommandations en matière de lutte contre la corruption**
 - En direction des administrations et des entreprises (ej, « *guide-lines* », guide pratique, exemple à suivre ...) ; rapport annuel ;
 - En pratique, s'imposera aux acteurs économiques et aux juridictions.
- 2. Aide à la détection et prévention de la corruption => transmission au Procureur des faits révélés par les enquêtes (Article 3, 6°).**
- 3. Mise en œuvre effective de la nouvelle obligation de « *prévenir et détecter la commission, en France ou à l'étranger, des faits de corruption ou de trafic d'influence* » => Mission essentielle.**

Les pouvoirs de l'Agence

Pouvoirs étendus d'enquête comparables à ceux dont disposent les Procureurs, OPJ et Juges d'instruction :

- communication de documents ↔ réquisition judiciaire ;
- procéder sur place à des vérifications ↔ perquisition ;
- s'entretenir avec des personnes ↔ audition/confrontation ;
- donne lieu à un rapport ↔ rapport de synthèse/réquisition.

Pouvoirs de sanction :

- Commission des sanctions : membres nommés par Cour de cassation/Conseil d'Etat/Cour des comptes ;
- Président de l'Agence : autorité de poursuite pour les enquêtes ; à l'issue de l'enquête : avertissement/injonction des entreprises ; saisine de la commission des sanctions ; ou, dénonce les faits au Procureur.

2. L'obligation de conformité

Les entreprises doivent dorénavant mettre en place une politique de prévention des risques de corruption.

Obligation générale de « *prendre les mesures destinées à prévenir et détecter la commission, en France ou à l'étranger, des faits de corruption ou de trafic d'influence* » (article 17) :

- Corruption : rémunérer ou offrir des avantages à un décideur ; public/privé ; active/passive ;
- Trafic d'influence : rémunérer ou offrir des avantages à un intermédiaire exerçant une influence sur une personne dépositaire de l'autorité publique.

Entrée en vigueur de l'obligation de conformité : 6 mois après la promulgation (article 17, VIII), soit 10 juin 2017.

La prévention du risque corruption relève du top management

Les manquements à l'obligation de conformité engagent la **responsabilité personnelle des dirigeants ainsi que la responsabilité de la société « en tant que personne morale »**.

- Obligation de conformité à la charge de Présidents, Directeurs Généraux, gérants et certains membres de directoires des entreprises privées de grande taille, ainsi qu'à celle des Présidents et Directeurs Généraux d'Établissements Publics à caractère Industriel et Commercial (EPIC) de même taille (approche Top/Down) ;
- Compte tenu des termes du texte, la responsabilité des dirigeants ne semble pas pouvoir être transférée à d'autres personnes physiques.

Les entreprises concernées

Une définition large, 1570 groupes de sociétés seraient concernés :

- Sociétés employant au moins 500 salariés (l'obligation s'étend alors aux filiales) ; ou,
- Sociétés appartenant à un Groupe (cf. 233-1 et 233-3 du Code du commerce), employant au moins 500 salariés et dont le CA consolidé est supérieur à 100 millions d'euros.

La prévention de la corruption par les entreprises françaises existent déjà :

- Grands groupes se sont alignés sur les standards US depuis plusieurs années ;
- PME/PMI/ETI françaises : souvent simple code de bonne conduite => principalement impactées par la nouvelle obligation ; coût de mise à niveau ?

3. Les sanctions

Des sanctions administratives par l'Agence en cas de manquement à la nouvelle obligation de conformité de l'article 17 :

- Procédure contradictoire ; notification des griefs ; commission des sanctions ; recours de pleine juridiction devant Conseil d'Etat ;
- Mise en demeure, avertissement, injonction et sanction pécuniaire jusqu'à 200.000 euros (PP) et 1 million d'euros (PM) ;
- Assurabilité de la sanction ?

Pas de délit pénal spécifique pour un manquement à l'obligation (cf. différence avec le manquement d'initié & le délit d'initié).

Le « monitoring » en cas de condamnation pénale pour corruption

C'est une peine complémentaire : prononcée en plus de la peine principale (principe de la « *sanction préventive* ») ; Ex.: retrait du permis de conduire ; stage de sensibilisation ; obligation de soins ; confiscation etc ...

Nouvel article 131-39-2 du Code pénal (article 18)

En cas de condamnation pour corruption ou trafic d'influence, **obligation de mettre en œuvre un programme de conformité** :

- Sous le contrôle de l'Agence sur une durée de 5 ans maximum ;
- Tous les frais d'experts de l'Agence sont à la charge de la société condamnée ;
- Sanction pénale en cas d'abstention ou de refus : 50.000 euros et 2 ans d'emprisonnement pour les PP ; montant de l'amende encourue pour le délit principal pour PM.

La transaction pénale

Permettre aux entreprises de payer une amende immédiatement, et d'éviter un procès pénal ; mesure de dépénalisation courante aux USA (« *Deferred Prosecution Agreement* ») ; pratiqué également en Allemagne.

=> Préserver les entreprises (ses actionnaires & salariés), et sanctionner pénalement les responsabilités individuelles.

La Convention Judiciaire d'Intérêt Public (article 22 - articles 41-1-2 & 180-1 du Code pénal)

- Rejet par Conseil d'Etat ; Amendement parlementaire => conforme à la constitution ;
- Tant que l'action publique n'est pas engagée OU à la fin d'une procédure d'instruction (si reconnaissance des faits/qualification pénale) ; En cas de corruption/trafic d'influence ;
- Entreprise paye amende et/ou se soumet à un programme de mise en conformité de l'Agence pendant 3 ans ; Validation par un magistrat du siège (cf. mécanisme de la CRPC en vigueur depuis 2004) ; les victimes demandent réparation devant une juridiction civile.

4. Les lanceurs d'alerte ou « whistleblower »

Un nouveau régime (Chapitre 2 - article 6 à 16). Projet considérablement enrichi par le débat parlementaire (issu de proposition de loi).

Irresponsabilité pénale, sous conditions cumulatives :

- Doit correspondre à la définition donnée par article 6 : « *personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi* ». Pas d'immunité pénale du lanceur d'alerte, et de rémunération pour son action. Aide financière du Défenseur des droits pas conforme à la constitution ;
- Concerne tout *crime ou un délit, et plus généralement simple* « *menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* » ;
- Divulgation « *nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause* » ; Exclusion pour les secrets défense, médical et avocat/client ;
- Sauf danger grave et imminent, avoir respecté les procédures de signalement prévues par article 8 : d'abord supérieur hiérarchique ou référent désigné ; puis, autorité judiciaire/administrative/professionnels ; enfin, public.

Les entreprises devront mettre en place Procédure de signalement a mettre en place en garantissant stricte confidentialité. **Qui est concerné ?** Toute entreprise de plus de 50 salariés (article 8, III). **Quand ?** en pratique, « *dans les conditions fixées par Décret* ».

5. Les lobbyistes

Une définition large du représentant d'intérêts (article 25) : « *Les personnes morales de droit privé (...) dont un dirigeant, un employé ou un membre a pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique* ».

- Les services « *Lobbying* » ou « *Affaires Institutionnelles* » des entreprises semblent bien concernés ;
- Obligation d'inscription auprès de la HATVP ; et création d'une plateforme numérique accessible au public ;
- L'identité des entreprises pour lesquelles le lobbyiste agit est dévoilée : « *tout représentant d'intérêts exerçant son activité pour le compte de tiers communique en outre (...) l'identité de ces derniers* ».

Entrée en vigueur : 6 mois après la publication des Décrets d'application.

Conséquences pour les entreprises : Risque de réputation ? Complicité de l'entreprise si lobbyiste ne respecte pas ses nouvelles obligations légales ?
Nécessité d'être proactif.

B. Les actions à entreprendre
sans attendre

Quand les entreprises devront-elles appliquer Sapin 2 ?

Déclaration des activités de Lobbying auprès de la HATVP => 6 mois après la publication des Décrets d'application ;

Mise en place d'une procédure d'alerte interne => dans l'attente des Décrets d'application ;

Mise en place d'une politique de prévention de la corruption => **10 juin 2017.**

Les 8 mesures et
procédures à mettre en
place pour lutter
efficacement contre la
corruption (article 17)

1. **Code de conduite** décrivant les comportements à proscrire.
2. **Dispositif d'alerte interne** (pour le risque corruption et intégrer à terme l'obligation plus générale de l'article 8, III).
3. **Cartographie des risques.**
4. **Procédure de vérification de l'intégrité des clients, fournisseurs, partenaires et intermédiaires les plus importants.**
5. **Procédures de contrôles comptables internes ou externes** (travail du CAC en principe).
6. **Formation des cadres et personnels les plus exposés.**
7. **Mise en place d'une politique de sanctions disciplinaires.**
8. **Mettre en place un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.**

Soft Law

Le régime juridique précis procèdera des recommandations de l'Agence (même si les parlementaires ont fixé le cadre légal de la lutte contre la corruption) => article 3, 2°.

- Recommandations seront applicables (principe « *comply or explain* »?), d'autant que l'agence procédera également sanctions => nécessité de surveiller les travaux de l'Agence.
- Recommandations de l'Agence pourront faire l'objet d'un recours en annulation (cf. Assemblée du Contentieux du Conseil d'Etat, 21 mars 2016).

Les actions à entreprendre sans attendre (1/3)

Documentation

- Réalisation de la cartographie des risques de corruption : lister des niveaux de risques (1 à 3 selon le pays concerné, et les domaines d'activités, particulière attention pour les ressources naturelles et contrats publics) ;
- Elaboration d'un code de conduite spécifique :
 - Et plus particulièrement encadrer strictement certaines pratiques à risques comme la politique des « cadeaux » (Limités à un certain montant ; Exiger l'accord d'une personne habilitée ; Tenir un registre).

Accréditation des parties prenantes

- Audit des contrats de vente, documents d'appel d'offres, contrats avec tiers et intermédiaires ; mise en place de questionnaires et de procédures « KYC » et « Go/NoGo » ;
- Notation des clients, fournisseurs, intermédiaires au regard du risque de corruption ;
- Elaboration / adaptation du schéma délégataire.

Les actions à entreprendre sans attendre (2/3)

Dispositif de lancement interne d'alertes

- Organisation de l'anonymat du lanceur d'alerte ; et, suivi des actions associées.
- Permettre le recueil des signalements ; désigner la personne à qui le signalement doit être reporté (indépendante et compétente) ; garder une trace des signalements.

Formation des cadres et membres du personnel les plus exposés

- Mise à jour de l'information des salariés en matière anti-corruption ; rappeler les définitions, les sanctions et donner des exemples concrets à éviter ou à signaler ; transmettre l'information à tous et la rendre accessible ;
- Organiser des formations permettant une validation des connaissances ; et, un suivi régulier des plans de formation.

Les actions à
entreprendre sans
attendre (3/3)

Traçabilité / Preuve de la bonne exécution des obligations légales ;

Stress Test, notamment pour les lanceurs d'alerte ;

Actualisation des garanties du contrat D&O pour la prise en charge de cette nouvelle obligation et ses conséquences, pour les entreprises et ses dirigeants => Intérêt également des assureurs de sensibiliser leurs assurés sur leurs nouvelles obligations au titre de la Loi Sapin 2 (dans la perspective des renouvellements de la fin d'année) ;

Renforcer les équipes Compliance et/ou faire appel à des prestataires de services combinant expertises juridique/informatique/organisationnelle.

Conclusion

La marche en avant de la conformité

- Rôle croissant de la conformité dans l'activité économique.
- Parallèle avec les obligations de conformité et de contrôle interne dans le secteur financier et des assurances.

boken
AVOCATS ASSOCIÉS

Raphaël Gauvain

rgauvain@boken.fr

Franck Poindessault

fpoindessault@boken.fr

222, rue du Faubourg Saint-
Honoré - 75008 Paris

Tél. : +33 (0)1 801 800 50

Fax : +33 (0)1 801 800 60

<http://www.boken.fr/>

Annexe 1

La corruption et le trafic d'influence, des délits voisins

La corruption consiste à rémunérer une personne publique pour qu'elle accomplisse ou n'accomplisse pas un acte qui relève de sa fonction. La corruption suppose un « *pacte de corruption* » entre : (i) le corrupteur (offre ou accepte de rémunérer l'autre personne) et (ii) le corrompu (promet d'accomplir ou non un acte relevant de ses fonctions).

Le trafic d'influence est une forme de corruption. Beaucoup de législations ne font d'ailleurs pas la distinction.

Etre l'auteur de trafic d'influence suppose l'abus de son influence réelle ou supposée en vue de « *faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, emplois, marchés ou toute autre décision favorable.* » L'auteur de trafic d'influence est un intermédiaire entre le bénéficiaire potentiel et le destinataire de cet abus.

Sanctions : dix ans d'emprisonnement et 1.000.000 euros d'amende.

Annexe 2

Les dernières lois françaises anti-corruption

Sapin I du 29 janvier 1993 :

- Limite la durée des contrats de délégation de service public et institue une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable à leur signature ;
- Règlements le financement des partis politiques.

Lois des 17 septembre et 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique qui prévoient :

- La déclaration de patrimoine et de conflit d'intérêt d'un certain nombre d'élus, de collaborateurs d'élus, de responsables d'organismes et, pour les élus, de publier ces déclarations ;
- La création d'une AAI, la Haute autorité de la transparence de la vie publique, en remplacement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique ;
- La protection des personnes qui témoignent ou alertent d'un conflit d'intérêt.

Annexe 3

Extraterritorialité de la loi pénale française (article 20 et 21)

Les faits de trafic d'influence et de corruption d'agents publics étrangers pourront dorénavant être poursuivis en France :

- Suppression de l'exigence de réciprocité d'incrimination requise à l'article 113-6 du code pénal ; Suppression du monopole du ministère public et de l'exigence d'une plainte préalable d'une victime ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis ;
- Les auteurs de nationalité étrangère « *résidant habituellement sur le territoire français* » peuvent également être dorénavant poursuivis ;

Permettra de mettre un terme à une pratique existant chez certains acteurs économiques qui, pour emporter des marchés publics auprès de responsables publics étrangers, ont recours à ce type d'agissement sans que la loi française ne puisse les sanctionner.

- Réforme déjà envisagée en 2013 ; mais refus par la crainte d'exposer nos entreprises à un risque juridique, et notamment à des poursuites pour des faits qu'il est parfois délicat de distinguer du lobbying ;

Facilite la détection des faits de corruption transnationale en permettant notamment aux victimes et aux associations de se constituer partie civile dans des affaires de corruption transnationale.

Annexe 4

L'impérialisme judiciaire américain

Le risque de poursuites pénales aux Etats-Unis est le plus important et le plus couteux. Exemple des principaux *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) conclus par des entreprises françaises pour des faits de corruption :

	Date DPA	Localisation des faits	Montant amende négociée
BNPP	06/2014	Soudan, Iran, Cuba	8,9 milliard USD
Alston	12/2014	Indonésie, Arabie Saoudite	772 millions USD
Total	05/2013	Iran	398
Technip	06/2010	Nigéria	338

Le *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) est un accord passé avec les autorités américaines par lequel une société accepte de s'acquitter de sanctions financières, de reconnaître des éléments de fait et de se soumettre à des mesures destinées à prévenir la commission d'infractions futures, en contrepartie de l'extinction des poursuites à son encontre.

Annexe 5

Les récentes évolutions des législations européennes

3 février 2014 : rapport de la Commission Européenne invitant les Etats membres à mettre en place d'urgence des dispositifs efficaces de prévention et de lutte contre la corruption.

Décembre 2014 (GB) : lancement d'un National Anti-corruption Action Plan afin de permettre la détection, la prévention et la coordination de la lutte anti-corruption.

21 mai 2015 : loi en Italie « *en matière de délits contre l'administration publique, d'associations de type mafieux et de falsifications de la comptabilité* » (sanctions, peines durcies et allongement de la prescription ; renforce le rôle et les pouvoirs de l'Autorita Nazionale Anti Corruzione).