

Par Alexandre Regniault et Marguerite de Causans

LE PROJET DE LOI «SAPIN II»

UN ARSENAL ANTI-CORRUPTION À RENFORCER POUR LES ENTREPRISES

Le Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a été voté par le Sénat le 8 juillet 2016. Le texte suit la procédure accélérée, et devrait donc être voté avant la fin de l'année. Transaction judiciaire avec les autorités, augmentation de la portée internationale du droit répressif français, protection accrue des lanceurs d'alerte : Alexandre Regniault et Marguerite de Causans, Avocats à la Cour chez Simmons & Simmons LLP, font le point.



Alexandre Regniault et Marguerite de Causans, Avocats à la Cour chez Simmons & Simmons LLP

Simmons & Simmons

Parmi de nombreux volets concernant l'économie figurent d'importantes dispositions sur la lutte contre la corruption, prévoyant notamment un renforcement des obligations en matière de vigilance contre la corruption pour les entreprises et une aggravation des sanctions.

SUIVRE LES RECOMMANDATIONS DE L'«AGENCE DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION»

Le projet de loi prévoit la création d'une «Agence de prévention de la corruption», sous tutelle des Ministères de la Justice et de l'Économie, qui participera à l'élaboration de la politique nationale anti-corruption. Ces recommandations feront l'objet d'un avis publié au Journal officiel. Elle possédera également des pouvoirs d'enquête.

Les entreprises devront suivre ces recommandations et prévenir les éventuelles enquêtes de l'Agence.

PROTÉGER LES LANCEURS D'ALERTE

Le projet de loi prévoit d'unifier la protection des lanceurs d'alerte, au sein d'entités publiques comme privées.

L'alerte pourra emprunter successivement trois canaux : en interne, auprès des autorités judiciaires, administratives ou professionnelles, ou enfin par divulgation publique. L'entreprise doit donc s'assurer que le lanceur d'alerte peut prévenir son supérieur hiérarchique ou un référent désigné au sein de l'entreprise. Le signalement ne pourra être rendu public que face à l'inertie des deux précédents canaux, et au bout de trois mois, en cas de danger grave et

imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles.

Seules sont protégées les informations couvertes par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client.

Le texte prévoit également une protection du lanceur d'alerte contre la discrimination au recrutement ou à l'avancement, la charge de la preuve reposant sur l'employeur en cas de contentieux. Il prévoit aussi une possibilité de dédommagement financier du lanceur d'alerte de la part du Défenseur des droits.

Les entreprises devront donc mettre en place des canaux d'alerte et notamment des référents au sein de l'entreprise, et veiller à respecter les nouveaux droits des lanceurs d'alerte.

PRÉVENIR ET DÉTECTER LES FAITS DE CORRUPTION OU DE TRAFIC D'INFLUENCE EN FRANCE OU À L'ÉTRANGER

Les sociétés qui emploient au moins cinq cents salariés en leur sein et dans leurs filiales, dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger, qui réalisent un chiffre d'affaires net d'au moins 100 millions d'euros, se voient imposer, ainsi que leurs filiales, des obligations de vigilance contre la corruption.

Le premier projet de loi prévoyait de mettre cette obligation à la charge des présidents, directeurs généraux et gérants, mais le Sénat l'a fait peser exclusivement sur les personnes morales.

Cette politique de prévention contre les risques de corruption passe par la mise en place de diverses mesures :

- 】 émettre un code de conduite à l'attention des salariés ;
- 】 instaurer un dispositif d'alerte interne permettant le recueil de signalements émanant des salariés, des filiales directes et indirectes et des clients et fournisseurs ;
- 】 réaliser une cartographie des risques par secteur d'activité et par zone géographique, en fonction des principaux clients, fournisseurs et intermédiaires ;
- 】 mettre en place des procédures de contrôle comptable ;
- 】 former les salariés les plus exposés aux risques ;
- 】 contrôler et évaluer en interne les mesures mises en œuvre.

En outre, les entreprises reconnues coupables d'atteintes à la probité pourront éventuellement être condamnées à l'obligation de vigilance du nouvel article L. 23-11-2 du Code de commerce pour une durée de cinq ans au plus, sous le contrôle de l'Agence.

La mise en place de ces mesures entraînera donc une augmentation des coûts administratifs. En outre, le responsable conformité au sein de l'entreprise devra veiller à la mise en œuvre de ces mesures, qui sera précisée par décret en Conseil d'État.

Les entreprises devront donc veiller à coordonner les recommandations de l'Agence et les obligations de vigilance mises à leur charge par les nouveaux articles L. 23-11-1 et s. du Code de commerce, en actualisant dès que de besoin leur contenu et en impliquant tous les salariés.

PRÉVENIR LE RISQUE DE TRAFIC D'INFLUENCE D'AGENT PUBLIC ÉTRANGER

Le projet de loi instaure un délit de trafic d'influence d'agent public étranger, afin de sanctionner le fait pour une personne physique ou morale de payer un agent public étranger afin qu'il use de son influence réelle ou supposée auprès d'une autre personne dans le but d'obtenir des emplois, des marchés ou toute autre faveur.

L'entreprise devra donc réduire ce risque en proposant des formations à ses dirigeants et commerciaux les plus à même de commettre ce genre de délit, en fonction de la cartographie des risques.

UNE INNOVATION : PERMETTRE AUX PERSONNES MORALES DE TRANSIGER AVEC LA JUSTICE

Le projet de loi propose une innovation anglo-saxonne : la transaction judiciaire. Les entreprises à l'encontre desquelles une enquête pour délit d'atteinte à la probité est ouverte pourront transiger avec le Parquet afin de ne pas être condamnées.

L'amende pénale pourra être prononcée dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois dernières années. L'entreprise pourra être soumise, pour une durée maximale de 3 ans, à un programme de mise en conformité.

La transaction sera validée par le juge au cours d'une audience publique, et publiée. Il est important de noter que les personnes morales ne pourront pas être parties à la transaction, et pourront donc toujours être poursuivies.

Les entreprises auront donc intérêt à évaluer l'opportunité d'une telle transaction en termes financier et de réputation.



DES RISQUES À ANTICIPER POUR L'ENTREPRISE

Ce texte crée de lourdes obligations en matière de vigilance dans la lutte contre la corruption, afin d'inciter les entreprises à devenir plus transparentes pour encourir moins de risques de réputation.

Il convient donc de créer au sein de l'entreprise des postes spécifiques sur ces questions d'alerte et de vigilance. Seuls des outils élaborés avec le management et les opérationnels, adaptés en fonction de l'évolution des recommandations et des pratiques, se révéleront à terme efficaces.

Il sera opportun pour beaucoup d'entreprises de réexaminer leur couverture assurantielle à l'aune de ce nouveau cadre légal « anti-corruption », sachant toutefois que le droit pénal n'autorise pas une personne physique ou morale à se garantir contre ses propres infractions. ■



L'ANALYSE DE L'AMRAE

Les entreprises internationales ont déjà mis en place des processus de prévention en la matière car des législations anglo-saxonnes (UK Bribery Act & FCPA pour les USA), avec une dimension extraterritoriale, existent depuis plusieurs mois sur ce thème.

C'est avec ces exemples « vécus » que l'on mesure l'efficacité d'une approche par les risques et donc l'apport méthodologique et la place légitime du Risk Manager sur ces sujets. En effet, si elles sont justifiées (car on ne peut qu'approuver la lutte contre la corruption), les obligations à la charge des entreprises sont de plus en plus lourdes en la matière. De premières mesures « aisées » peuvent être rapidement mises en place (code de conduite, dispositif d'alerte...), mais un véritable programme est long (et coûteux) à mettre en œuvre. Indépendamment des considérations de ressources, il doit, pour être efficace, être adapté, ajusté au mieux au profil de l'organisation. Il est donc essentiel de raisonner par priorités, ce qui rend incontournable l'analyse de risques qui seule permet des réponses proportionnées.

Rappelons que ce fut le thème de l'un des ateliers des Rencontres 2014 qui insistait sur la nécessité de rattacher ces dispositifs au plus haut niveau du management.