

Loi Sapin 2 : Le nouveau dispositif légal français de lutte contre la corruption

Février 2017

Introduction

La loi n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a été publiée au Journal Officiel le 10 décembre 2016 (« *Loi Sapin II* »).

Elle a principalement pour objectif de mettre en place en France un réel dispositif de lutte contre la corruption¹, en particulier en obligeant les entreprises, sous peine de sanction financière, à être les acteurs de cette lutte.

Ce dispositif est fortement inspiré de celui mis en place depuis longtemps aux Etats-Unis, à travers le *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, avec des particularités françaises.

La plupart de ses dispositions entreront en vigueur le 11 juin 2017 et seront d'application immédiate².

Les principaux apports de la loi Sapin II qui suivent seront examinés :

- Création d'une Agence française anticorruption (« AFA »), qui a vocation à contrôler la mise en place des programmes internes de prévention de la corruption (« programme de compliance anticorruption »), dans le secteur privé et public, avec un pouvoir d'enquête et de sanction (1.).
- Mise en place obligatoire, sous peine de sanction, pour les entreprises françaises d'une certaine taille, d'un programme de compliance anticorruption (2.).
- Mise en place d'une procédure de transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité (la « Convention judiciaire d'intérêt public » ou CJIP), principalement pour des faits de corruption mais aussi de blanchiment de fraude fiscale (3.).
- Elargissement et protection du statut du lanceur d'alerte (4.).
- Extension importante de la compétence des juridictions pénales françaises pour des faits de corruption internationale. L'enjeu derrière est une forme de concurrence internationale entre systèmes judiciaires de lutte contre la corruption (5.).

¹ La loi vise à lutter contre la corruption sous toutes ses formes, incluant les délits de trafic d'influence, mais aussi parfois de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds et de favoritisme. Par commodité, nous utiliserons le terme « *corruption* » pour viser l'ensemble de ces pratiques illégales.

² Quelques décrets d'application sont attendus, notamment sur le fonctionnement de la commission des sanctions et les pouvoirs de l'AFA.

1. Création d'une Agence française anticorruption

La loi Sapin II crée une Agence française anticorruption, « *service placé sous l'autorité* » conjointe du Ministre de la justice et du Ministre du budget. Composée de 66 personnes, elle est dirigée par Monsieur Charles Duchaine, ancien président de l'AGRASC, nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelable.

L'AFA a essentiellement une triple mission :

- Aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter des faits de corruption au sens large. Elle prévoit de publier des lignes directrices dans les prochains mois.
- Contrôler la bonne mise en place du programme de compliance anticorruption au sein des entreprises assujetties et, si nécessaire, les sanctionner *via* sa commission des sanctions composée de deux conseillers d'Etat, deux conseillers à la Cour de cassation et de deux conseillers maître à la Cour des comptes.
- Veiller au respect de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, qui régit la procédure à suivre pour communiquer hors du territoire français des informations sensibles. L'enjeu de cette loi est d'éviter que des informations sensibles pour la souveraineté et l'économie française (savoir-faire de grands groupes français notamment) ne soient transmises à des autorités étrangères sans le moindre contrôle.

Pendant longtemps, les entreprises françaises, visées par des procédures américaines, étaient entre le marteau et l'enclume : d'un côté un ordre de l'autorité américaine de communiquer des informations, de l'autre une interdiction de la France sous peine de sanction pénale de les communiquer, sauf à respecter des accords internationaux que les autorités américaines ne prenaient pas la peine de suivre. Par pragmatisme, le Service Central de la Prévention de la Corruption (SCPE, prédécesseur de l'AFA) est progressivement intervenu pour réguler ces situations : d'une part, coopérer avec les autorités étrangères et d'autre part, défendre les intérêts nationaux en évitant des demandes abusives entraînant des transferts d'informations tous azimuts sans lien avec le litige (ces demandes connues sous le vocable de « *fishing expeditions* »).

Désormais, l'AFA se voit officiellement confiée cette mission, ce qui devrait apporter une certaine sérénité aux grands groupes français face aux requêtes menaçantes des autorités américaines notamment.

2. Mise en place d'un programme de compliance anticorruption

2.1. Qui est concerné ?

Le texte a instauré un double critère cumulatif :

1) Critère du nombre de salariés :

- Toute société basée en France qui emploie en France au moins **500 salariés**,
- ou toute société qui appartient à un groupe de sociétés qui emploie au moins 500 salariés dans le monde *mais dont la société mère a son siège social en France*. La notion de groupe de sociétés désigne l'ensemble formé par une société et ses filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce ou comme l'ensemble formé par une société et celles qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du même code.
- En d'autres termes, la filiale française d'un groupe étranger n'est pas concernée, à condition que cette filiale n'atteigne pas les 500 salariés.

2) Critère du chiffre d'affaires :

- Société dont le chiffre d'affaires consolidé ou non est supérieur à **100 millions d'euros**.
- Lorsque l'on raisonne au sein d'un groupe français qui a un chiffre d'affaires consolidé supérieur à 100 millions d'euros, l'obligation porte sur l'ensemble du groupe, filiales comprises, que ces filiales soient situées en France ou à l'étranger.

Ce serait donc près de 1570 sociétés qui seraient concernées par cette obligation³.

2.2. L'objet du programme de compliance anticorruption

Le programme de compliance anticorruption doit comporter :

1. Un code de conduite :

- Ce code doit définir et illustrer les comportements à proscrire relevant de faits de corruption.
- Il doit être intégré dans le règlement intérieur et fait l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du Code du travail.
- Un régime disciplinaire doit être prévu pour toute personne qui ne respecte pas ce code de conduite.

2. Un dispositif d'alerte interne :

Ce dispositif est destiné à recueillir les signalements de la part des employés sur des faits contraires au code de conduite (« Whistleblowing system »).

3. Une cartographie des risques :

- Cette cartographie se présente souvent sous forme d'un tableau et consiste à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des faits de corruption, en fonction des secteurs d'activité et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité.
- Ce type d'outil est bien connu du secteur bancaire et a vu récemment le jour dans le secteur des agences immobilières et des sociétés de domiciliation notamment.

4. Des procédures d'évaluation :

Les procédures d'évaluation consistent à évaluer le risque en matière de corruption que représentent tel ou tel fournisseur, intermédiaire ou client, à la lumière de la cartographie des risques.

- 5. Des **procédures de contrôles comptables, internes ou externes**, destinés à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer les faits de corruption.

- 6. **Un programme de formation** destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption.

³ Dossier de presse officiel du projet de loi, 30 mars 2016, p. 41.

Trois remarques importantes :

- Ce programme de compliance n'a pas à être du même type et de la même ampleur pour toutes les sociétés concernées : il doit s'adapter à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés.
- Il existe des normes de références pour aider les sociétés à mettre en place ces programmes telles que les normes COSO 2 et surtout la norme ISO 37001 de 2016.
- Il sera très important d'apporter des preuves de la réelle mise en place de ce programme, avec une traçabilité des mesures prises. D'autant que si la réforme de la prescription pénale, en discussion actuellement, est votée en l'état durant le premier trimestre 2017, la prescription de l'action publique pour les délits clandestins (ce qui pourrait être le cas en matière de corruption) sera de 12 années. Pour une bonne défense, il faudra alors conserver des preuves de réelles mises en place du programme sur cette période.

2.3. Les sanctions en cas d'absence d'un programme de compliance anticorruption réel

Pour la première fois, le législateur a mis en place un système de contrôle et de sanction particulièrement attentif et rigoureux, avec une gradation des mesures de coercition afin de garantir une mise en place effective et efficace des programmes de compliance anticorruption :

- Les agents de l'AFA peuvent décider, de leur propre initiative ou notamment à la demande d'une association agréée telle *Transparency International*, de contrôler une entreprise et ont le pouvoir de récupérer tout document lui appartenant ; toute entrave à ce contrôle constitue une infraction pénale punie de 30.000 € d'amende.
- A la suite de ce contrôle, un rapport est adressé à la société en cause, contenant éventuellement des « *recommandations* » en vue de l'amélioration du programme compliance anticorruption.
- En cas de manquement, l'AFA peut adresser un « *avertissement* » à la société, allant jusqu'à formuler, *via* la commission de sanctions, une « *injonction* » afin d'améliorer ce programme dans un délai de maximum trois années.
- L'AFA peut aller jusqu'à poursuivre la société concernée et le cas échéant prononcer – toujours *via* sa commission de sanctions – une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200.000 € pour les personnes physiques et 1.000.000 € pour les personnes morales. La décision peut faire l'objet d'une publication. Cette condamnation peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le tribunal administratif.
- Lorsqu'une entreprise est condamnée pour des faits de corruption au sens large, la société peut être condamnée à se soumettre, sous le contrôle de l'AFA, pour une durée maximale de 5 ans, à la mise en place d'un programme de compliance anticorruption. Les frais de *monitoring* (à savoir le contrôle de l'AFA) sont supportés par la société condamnée : ils peuvent être tellement importants que le législateur a choisi de les limiter au montant maximal de l'amende encourue (un million d'euros voire le double du produit de la corruption).
- Enfin, dans le cas d'une telle condamnation, le fait de résister à la mise en place effective d'un tel programme est puni, pour les dirigeants de deux ans d'emprisonnement et 50.000 € d'amende et pour les personnes morales du montant de l'amende encourue à raison des faits de corruption au sens large (soit jusqu'à un million d'euros voire le double du produit de la corruption).

C'est donc ici tout un arsenal de sanction qui est mis à la disposition des autorités judiciaires et de l'AFA pour s'assurer que les entreprises assujetties vont mettre en place un véritable programme compliance anticorruption, avec la possibilité de sanctionner financièrement les dirigeants personnellement.

3. Mise en place d'une transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité

Après de longues hésitations, la loi Sapin II a finalement créé pour les personnes morales une forme de transaction pénale appelée « *convention judiciaire d'intérêt public* » ou CJIP pour les délits de corruption, trafic d'influence, blanchiment de fraude fiscale et infractions connexes.

La CJIP présente quelques avantages :

- Elle n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. De sorte qu'elle n'entraîne pas une exclusion des marchés publics au sens de l'article 57 de la Directive 2014/14/UE du 26 février 2014.
- Elle est plus rapide qu'une poursuite judiciaire classique.
- En cas d'échec de la mesure, le procureur de la République peut mettre en mouvement l'action publique mais les déclarations faites ou les documents remis par la personne morale lors de cette procédure ne peuvent être utilisées par le procureur de la République.

Ses inconvénients ne doivent pas pour autant être mis de côté :

- Lorsqu'elle est envisagée par un juge d'instruction, elle ne peut être proposée qu'une fois la société mise en examen, à la condition que celle-ci reconnaisse les faits et accepte la qualification pénale retenue : ce qui correspond dans les faits à une reconnaissance de culpabilité, même si juridiquement la CJIP n'emporte pas déclaration de culpabilité.
- Le montant de l'amende⁴ envisagé peut être considérable. Certes, il doit être fixé « de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés ». Mais il peut atteindre « 30% du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements ». Ce qui peut être très largement supérieur au montant maximal que la personne morale risquerait en cas de condamnation pour des faits de corruption (un million d'euros ou le double du produit de l'infraction⁵). Sauf à anticiper une révision à la hausse par le législateur des peines d'amende pour des faits de corruption, ce double système de sanction manque de cohérence et n'incite pas nécessairement à recourir à la CJIP.
- Lorsque la victime est identifiée, l'entreprise mise en cause doit réparer le préjudice subi dans un délai qui ne peut être supérieur à un an.
- Si cette peine vaut annulation des poursuites pénales pour l'entreprise mise en cause et n'emporte pas déclaration de culpabilité, ses représentants légaux demeurent pénalement responsables en tant que personnes physiques.
- D'autant que si la CJIP n'est pas inscrite au bulletin judiciaire n° 1 du casier judiciaire, elle fait l'objet d'un communiqué de presse du parquet et est publiée sur le site internet de l'AFA.

En d'autres termes, le législateur français a voulu créé un outil juridique critiquable hybride, selon qu'il est proposé par le parquet ou le juge d'instruction, ne ressemblant qu'en partie à son grand frère américain, le

⁴ Outre l'obligation de verser une amende figure celle de se soumettre à un programme de compliance anticorruption, sous un monitoring de l'AFA pendant une période allant jusqu'à 3 années, aux frais de la société mise en cause.

⁵ Etant observé que « le double du produit tiré de l'infraction » ne contient en lui-même pas de limite.

deferred prosecution agreement (DPA), qui exige une reconnaissance des faits mais ne retient pas de déclaration de culpabilité.

4. Elargissement et protection du statut du lanceur d'alerte

A l'origine, la protection des lanceurs d'alerte n'avait été prévue que dans des situations particulières, notamment pour les révélations relatives à des faits de corruption, à la sécurité du médicament et des produits de santé ainsi qu'au harcèlement sexuel. Elle est désormais élargie à tous les domaines et à toutes personnes, salariées ou non.

Le législateur a donc instauré un socle de droits communs à toute personne physique qui révèle ou signale, un crime, un délit ou une violation grave et manifeste d'un engagement international ou d'un acte pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.

Ce nouveau statut s'applique quelle que soit l'alerte et protège contre des poursuites pénales les personnes qui divulguent, de manière nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, de manière désintéressée et de bonne foi, dans le respect des procédures de signalement définies par la loi, un secret protégé par la loi, à l'exception du secret de la défense nationale, du secret médical ou de celui applicable entre un avocat et son client.

Par ailleurs, sont détaillées les étapes à respecter de la procédure de signalement lorsqu'il s'agit d'un « employé ou d'un collaborateur »⁶ :

- Le signalement sera porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci (déontologue).
- Lorsqu'aucune suite n'a été donnée à l'alerte dans un délai raisonnable, l'alerte peut être adressée aux autorités publiques compétentes, qui sont soit une autorité judiciaire, soit une autorité administrative, soit un ordre professionnel.
- Enfin, la possibilité de rendre l'alerte publique ne peut intervenir (i) qu'en dernier ressort à défaut de prise en compte par ces organismes publics dans un délai de trois mois ou (ii) directement en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles.

Le dispositif de recueil des signalements vise à garantir la stricte confidentialité de la procédure et l'anonymat du lanceur d'alerte. Il interdit toute sanction, discrimination ou mesure défavorable prononcée à l'encontre d'un lanceur d'alerte. Le fait de divulguer ces éléments confidentiels est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

D'une manière plus générale, le fait de faire obstacle à la transmission de signalements aux personnes compétentes est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

Lorsque le juge d'instruction ou la chambre d'instruction est saisie d'une plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte, le montant de l'amende civile qui peut être prononcée est doublé à 30 000 euros.

La loi crée un dispositif propre à l'Autorité des marchés financiers (AMF) et à l'Autorité de contrôle prudentiel et de régulation (ACPR) : ce dispositif permettra à ces autorités de recevoir et de traiter les signalements liés aux manquements des obligations prévues par les réglementations européennes ou le règlement général de l'AMF, en matière d'instruments financiers et d'abus de marché. Ce dispositif s'appliquera à toute personne visée expressément dans le Code monétaire et financier qui estimerait avoir découvert une information non publique pouvant manifester un manquement à une réglementation.

⁶ Pour reprendre les notions précisées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.

L'on notera enfin que, si ce système du lanceur d'alerte est ici aussi fortement inspiré du mécanisme anglo-saxon appelé *whistleblowing*, il ne prévoit pas d'incitation financière au signalement, contrairement à ce qui est prévu par la loi américaine *Dodd-Franck*.

5. Extension importante de la compétence des juridictions pénales françaises pour des faits de corruption internationale

La loi supprime le monopole du Parquet pour poursuivre les faits de corruption d'agent public étranger commis totalement à l'étranger (articles 435-6-2 et 435-11-2 nouveaux du Code pénal).

Elle supprime également, comme condition à la poursuite, le dépôt d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle par le pays où les faits ont été commis.

Les poursuites pourront donc être engagées à la suite d'un dépôt de plainte avec constitution de partie civile par une association comme Anticor ou *Transparency International*.

Surtout, la juridiction pénale française peut désormais poursuivre, pour des délits de corruption ou trafic d'influence commis à l'étranger, non seulement les personnes de nationalité française ou les personnes ayant leur résidence habituelle en France, mais aussi les « *personnes ayant tout ou partie de leur activité économique en France* ». Cette dernière formule est des plus ambiguës (ou commence une activité économique partielle en France ? Dès la vente d'un seul produit ?) et pourrait prêter le flanc à la critique.

Cela constitue donc une extension très importante du champ d'application territorial de la loi pénale française, à l'instar du *FCPA*⁷ et du *UK Bribery Act* qui ont une appréciation large et discutable de l'extraterritorialité.

Il semble qu'un des enjeux de la loi Sapin II soit de faire concurrence à armes égales avec les autorités américaines qui ont infligé récemment 1,645 milliards de dollars d'amende pour corruption à quatre groupes français.

Cependant, la multiplication de ces systèmes de poursuite extraterritoriale soulève le risque d'un non-respect du principe *non bis in idem*⁸ : le risque est de voir plusieurs autorités de poursuite, américaine et française par exemple, poursuivre une société pour les mêmes faits de corruption commis à l'étranger. Il est important qu'une clarification à l'échelle des Etats soit apportée.

Contact



Aurélien Chardeau

Partner

T +33 1 42 68 45 14

E aurelien.chardeau@dentons.com

⁷ Au demeurant, la puissance extraterritoriale du *FCPA* n'est pas l'effet explicite de la loi mais celui de son interprétation opportuniste des autorités de poursuite américaine (à distinguer même des autorités judiciaires qui semble-t-il n'ont jamais eu à se prononcer clairement à ce sujet).

⁸ On ne peut être poursuivi et condamné deux fois pour le même fait.