

REVUE LAMY

Droit des Affaires

Loi Sapin II : l'arsenal répressif français et les défis de la modernité

*Caroline BOYER, Emmanuel DAOUD, Kevin EL GOHARI, César GHRÉNASSIA, Clarisse LE CORRE
et Solène SFOGGIA*

- Le déséquilibre significatif permet un contrôle judiciaire du prix convenu entre les parties
Gaëlle LEROY et Sylvain BEAUMONT
- La grande distribution : terrain privilégié de la publicité comparative innovante
Matthieu DARY et Thierry TITONE

125 | MENSUEL
AVRIL 2017

Le point sur...

Loi Sapin II : l'arsenal répressif français et les défis de la modernité

Le 1^{er} juin prochain entreront en vigueur les obligations en matière de lutte contre la corruption issues de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Sapin II ». Si l'échéance se rapproche à grand pas, les décrets d'application tombent au compte-goutte.

Or, la loi Sapin II introduit un réel changement de culture pour les entreprises, les avocats et plus généralement le système judiciaire. Il nous a ainsi semblé important de se concentrer sur une démarche résolument pratique et d'aborder ensemble quelques-uns des nombreux enjeux opérationnels posés par cette nouvelle loi.

Pour commencer, nous avons souhaité proposer une vue d'ensemble des nouvelles obligations et sanctions introduites par la loi Sapin II. Ce dossier spécial s'ouvre ainsi sur un tableau synthétique, utile aux entreprises et aux praticiens du droit, qui énumère ces nouveautés et en précise les modalités pratiques.

En particulier, la loi Sapin II institue un régime général de protection des lanceurs d'alerte et crée pour certains organismes l'obligation d'instaurer des procédures de recueil et de traitement des signalements dans le cadre professionnel. La mise en œuvre effective de ces dispositions soulève de nombreuses incertitudes, que nous examinerons successivement.

Il nous est apparu opportun d'interroger le directeur juridique d'une grande entreprise confrontée quotidiennement aux enjeux de la loi Sapin II. Aurélien Hamelle, Directeur juridique Groupe de Total, a bien voulu se livrer à l'exercice, ce dont nous le remercions.

Contre toute attente, la jeune agence française anticorruption occupera une place prépondérante dans la pratique post loi Sapin II. Le présent dossier spécial tente ainsi d'anticiper ce nouvel acteur original du dispositif français et de donner quelques clefs aux entreprises pour s'y préparer, au regard des expériences françaises et internationales.

Nous nous intéresserons enfin à la Convention judiciaire d'intérêt public, dernière nouveauté de l'ère Sapin II, qui pose avec encore plus d'acuité la question de l'adaptation des acteurs du système judiciaire, et des avocats en premier lieu.

SOMMAIRE

Aperçu des nouvelles obligations issues de la loi Sapin II P.19
*Emmanuel DAOUD
et Caroline BOYER*

Réflexions pratiques sur la mise en œuvre du dispositif d'alerte professionnelle P.25
Clarisse LE CORRE

Entretien avec Aurélien HAMELLE..... P.32

Que doit-on attendre de la nouvelle Agence française anticorruption ? P.34
*Emmanuel DAOUD
et Solène SFOGGIA*

La Convention judiciaire d'intérêt public : en attendant la transaction pénale P.40
*Kevin EL GOHARI
et César GHRÉNASSIA*

Emmanuel DAOUD

RLDA 6187

Aperçu des nouvelles obligations issues de la loi Sapin II

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 « Sapin II », publiée au Journal officiel le 10 décembre 2016 prévoit de nouvelles obligations et sanctions dont ce tableau synthétique donne une vue d'ensemble utile aux entreprises privées⁽¹⁾ et aux praticiens du droit à commencer par les avocats.

Par ce tableau, il s'agit de faciliter l'identification du titulaire, du contenu et de la sanction du non-respect des nouvelles obligations relatives à la procédure de recueil et de traitement des alertes et de celles relatives à la lutte contre la corruption et le trafic d'in-

fluence. Il nous a en outre semblé utile de recenser les nouvelles sanctions et procédures pénales introduites par cette loi.

Il s'agit également de préciser les modalités pratiques de mise en application de ces nouvelles obligations conformément aux premiers projets de décrets, aux recommandations des organismes spécialisés ainsi qu'aux enseignements de la doctrine.

Ce tableau constitue donc un outil pratique au service des entreprises soumises à ces obligations qui devra faire l'objet d'une actualisation permanente notamment après la publication des décrets d'application initialement prévue au 1^{er} trimestre 2017. ■



Emmanuel
DAOUD

Avocat au Barreau
de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau
GESICA



Caroline BOYER

Avocat au Barreau
de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau
GESICA

(1) Axé sur les nouvelles obligations issues de la loi Sapin II applicables aux personnes morales de droit privé, ce tableau n'a pas vocation à recenser celles applicables aux personnes morales de droit public ou aux autres acteurs publics.

Prévisions	Dispositions	Titulaire de l'obligation	Contenu légal	Observations pratiques	Sanction du non-respect
OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE RECUEIL DES ALERTES					
Établir des procédures appropriées de recueil des signalements	Article 8, III	Personne morale de droit privé d'au moins 50 salariés ⁽¹⁾	Les modalités de mise en œuvre de cette procédure seront fixées par décret en Conseil d'État dont la publication était initialement envisagée pour le mois de mars 2017.	<p>L'organisation d'une large consultation interne (avec notamment le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) est nécessaire avant la mise en place du dispositif⁽²⁾.</p> <p>La procédure de recueil des signalements ne doit pas être standardisée mais adaptée à la culture, aux risques et aux enjeux de l'entreprise.</p> <p>Les premiers projets de décret envisagent la possibilité de mettre en place une procédure commune de recueil des signalements pour l'ensemble des sociétés appartenant à un même groupe.</p> <p>Le référé est susceptible de recevoir les alertes pourra, selon ces mêmes premiers projets de décret, être une personne physique, un service, une instance ou un comité. Il pourra être salarié de la personne morale ou extérieur à celle-ci.</p> <p>Le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) recommande qu'il ait un niveau élevé dans la hiérarchie de l'entreprise et dispose des moyens financiers et organisationnels nécessaires pour accomplir sa mission avec impartialité et indépendance⁽³⁾.</p> <p>La procédure de recueil des signalements devra, selon ces mêmes projets de décrets, décrire les mesures prises pour informer le lanceur d'alerte (accusé de réception et le délai d'examen de son signalement, traitement automatisé des données) et garantir la triple confidentialité (auteur, personne visée, informations recueillies). Elle devra être diffusée notamment par voie de notification, d'affichage, de publication ou électronique et être accessible aux salariés ainsi qu'aux collaborateurs extérieurs ou occasionnels.</p> <p>Le SCPC recommande que les salariés soient individuellement informés de sa mise en place et de ses caractéristiques (champ d'application, identité du référent, modalités de protection du lanceur d'alerte, confidentialité de la procédure)⁽⁴⁾.</p>	
Garantir la confidentialité de la procédure de signalement	Article 9		La garantie de la confidentialité est triple (auteur, personne visée, informations recueillies).		2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.
Recueil du consentement du lanceur d'alerte	Article 9		Avant de divulguer, à toute autre personne que l'autorité judiciaire, un élément de nature à l'identifier, il est nécessaire de recueillir le consentement du lanceur d'alerte.		

(1) Il convient de noter que cette obligation est également applicable aux personnes morales de droit public d'au moins 50 salariés, aux administrations de l'État, aux communes de plus de 10 000 habitants, aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont les communes de plus de 10 000 habitants sont membres, aux départements ainsi qu'aux régions.

(2) Circ. DGT 2008/22, 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, p. 17.

(3) E. Daoud et S. Sfoggia, Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi Sapin II, A) pénal 2017, p. 71.

(4) Lignes directrices françaises visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales, Service Central de Prévention de la Corruption, mars 2015.

(5) *ibid*.

Le point sur...

Droit pénal des affaires

Prévisions	Dispositions	Titulaire de l'obligation	Contenu légal	Observations pratiques	Sanction du non-respect
Établir le caractère fondé de l'alerte	Article 9		Avant de divulguer, à toute autre personne que l'autorité judiciaire, un élément de nature à l'identifier, il est nécessaire d'établir le bien-fondé de l'alerte.		
Sanctions, licenciements ou mesures discriminatoires fondés sur la seule qualité de lanceur d'alerte du salarié	Article 10, I C. trav., art. L. 1132-3-3	Toute personne morale.	L'interdiction de sanctionner, licencier ou infliger des mesures discriminatoires au salarié impose, en cas de litige, à la personne morale de démontrer que sa décision est indépendante de la qualité de lanceur d'alerte du salarié.		Sanctions prononcées par le Conseil de prud'hommes.
Obstacle à la procédure de signalement	Article 13, I	Toute personne.	Le délit d'entrave à la procédure de signalement réprime le fait de faire obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement formulé à un supérieur hiérarchique, à un employeur, à un référent, à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative, à un ordre professionnel ou au public.		1 an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.
Mise en œuvre d'une procédure abusive ou dilatoire en diffamation contre un lanceur d'alerte	Article 13, II	Toute personne.	La reconnaissance du caractère abusif ou dilatoire d'une plainte en diffamation publique est plus sévèrement réprimée lorsque la plainte a été déposée à l'encontre d'un lanceur d'alerte.		Amende civile de 30 000 euros (et non 15 000 euros comme en droit commun).
OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE CORRUPTION ET DE TRAFIC D'INFLUENCE					
Vigilance vis-à-vis des faits de corruption ou de trafic d'influence	Article 17, I	Président, directeur général et gérant d'une société dont l'effectif ou celui du groupe dépasse les 500 salariés et dont le CA consolidé est supérieur à 100 millions d'euros.	L'obligation de vigilance impose de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence.		Sanctions prononcées par l'Agence française anticorruption (Article 17, IV) : <ul style="list-style-type: none"> • Avertissement ; • Saisine de la commission des sanctions afin qu'elle prononce une injonction d'adapter la procédure de conformité interne ou une sanction pécuniaire

Prévisions	Dispositions	Titulaire de l'obligation	Contenu légal	Observations pratiques	Sanction du non-respect
Mise en place d'un code de conduite	Article 17, II, 1°	Membre du directoire d'une SA dont l'effectif ou celui du groupe dépasse les 500 salariés et dont le CA consolidé est supérieur à 100 millions d'euros.	L'établissement du code de conduite doit faire l'objet d'une consultation préalable des représentants du personnel et être intégré au règlement intérieur de l'entreprise. Il définit et illustre les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. L'Agence française anticorruption doit élaborer des recommandations afin d'aider les personnes morales à prévenir et détecter les comportements de corruption et de trafic d'influence.	Le SCPC recommande que le code de conduite soit applicable et opposable à toutes les entités sur lesquelles l'entreprise exerce un contrôle effectif. ⁽⁶⁾ L'intégration du code de conduite dans le règlement intérieur peut poser des difficultés pratiques à l'entreprise liées à la nécessité de le revoter et de se prémunir contre sa dénaturation. Si l'entreprise est implantée dans plusieurs zones géographiques, il recommande qu'il soit traduit en plusieurs langues. ⁽⁷⁾ Le code de conduite pourra prendre des formes variées comme celle d'un manuel, d'une formation intranet, d'un film ou d'un <i>vade-mecum</i> permettant d'en faciliter la compréhension. ⁽⁸⁾ La personne morale devra s'attacher à démontrer les avantages de l'élaboration d'un code de bonne conduite (prévention du risque pénal, utilisation comme outil de communication de la responsabilité sociale des entreprises, renforcement de l'image de marque de la société, amélioration de la note de la société donnée par les agences de notation). ⁽⁹⁾ L'Agence française anticorruption pourra élaborer des positions ou recommandations permettant de détailler les principaux comportements à risques. Elle pourra par exemple suggérer des critères de calcul du montant des cadeaux ou invitations pouvant être acceptés par les salariés de l'entreprise. Voir l'obligation d'établir des procédures appropriées de recueil des signalements, étant précisé que ce dispositif est limité aux faits de corruption et de trafic d'influence.	Sanctions prononcées par la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (Article 17, V) : Sanction pécuniaire : • Personne physique : 200 000 euros ; • Personne morale : 1 million d'euros. Le montant de la sanction pécuniaire est proportionné à la gravité des manquements et à la situation financière de la personne physique ou morale sanctionnée. Autres sanctions : • Injonction d'adapter les procédures de conformité internes dans un délai fixé (inférieur à 3 ans) ; • Publication ; • Diffusion ; • Affichage de la décision d'injonction ou de la sanction pécuniaire (ou d'un extrait de cette décision ou sanction).
Mise en place d'un dispositif d'alerte interne	Article 17, II, 2°		Le dispositif d'alerte interne doit permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite.		
Mise en place d'une cartographie des risques	Article 17, II, 3°		La cartographie des risques est une documentation actualisée régulièrement destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption en fonction des secteurs d'activités, des zones géographiques dans lesquelles la société exerce son activité.	Le SCPC recommande l'organisation d'une consultation préalable à la mise en œuvre de cette cartographie afin de recueillir les informations pertinentes sur les différents risques encourus par la personne morale dans le cadre de la vie des affaires. ⁽¹⁰⁾ La cartographie des risques prend la forme d'une documentation dont il importe qu'elle soit régulièrement actualisée. ⁽¹¹⁾ L'élaboration de la cartographie des risques implique de collecter et d'analyser des informations dans les documents internes, d'identifier les secteurs d'activités à risques, les juridictions à haut niveau de corruption, les salariés exposés aux risques de corruption et de lister les situations d'interaction entre les salariés et les agents publics ainsi que les cas de corruption rencontrés dans le passé. ⁽¹²⁾	

(6) Lignes directrices françaises visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales, Service Central de Prévention de la Corruption, mars 2015, p. 5.

(7) *Ibid.*, p. 27.

(8) D. Dardy, L'obligation de prévention des faits de corruption et de trafic d'influence au sein des entreprises, *Journal des Sociétés*, n° 149, févr. 2017.

(9) D. Dardy, *préc.*, *Journal des Sociétés*, n° 149, févr. 2017.

(10) Service Central de Prévention de la Corruption, *préc.*, mars 2015.

(11) D. Dardy, *Journal des Sociétés*, n° 149, févr. 2017, *préc.*

(12) D. Dardy, *Journal des Sociétés*, n° 149, févr. 2017, *préc.*

Le point sur...

Droit pénal des affaires

Prévisions	Dispositions	Titulaire de l'obligation	Contenu légal	Observations pratiques	Sanction du non-respect
Mise en place de procédures d'évaluation, en fonction de la cartographie des risques	Article 17, II, 4°		Les procédures d'évaluation concernent la situation des clients, des fournisseurs de premiers rang et des intermédiaires.	Le SCPC recommande que le compte-rendu des évaluations soit porté à l'attention des instances dirigeantes ⁽¹³⁾ . La mise en place de ces procédures doit être précédée d'un audit permettant d'identifier les partenaires et de les contrôler en vérifiant notamment qu'ils ne figurent pas sur les listes de personnes ayant commis des actes de corruption ou sur celles des personnes condamnées à des sanctions internationales et qu'ils adhèrent aux principes anticorruption ⁽¹⁴⁾ .	
Mise en place de contrôles comptables spécifiques	Article 17, II, 5°		Les contrôles peuvent être effectués par les services de contrôle internes ou un auditeur externe à l'occasion de l'exécution de l'audit de certification des comptes sociaux annuels.	Le SCPC recommande qu'un audit de conformité fournisse un diagnostic de cette procédure et propose des conseils pour l'améliorer ⁽¹⁵⁾ .	
Mise en place d'un dispositif de formation	Article 17, II, 6		La formation est destinée aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence.	Le SCPC recommande d'étendre le dispositif à la formation des dirigeants et à sensibiliser l'ensemble des employés et les tierces parties sur les valeurs d'intégrité de l'entreprise ⁽¹⁶⁾ .	
Mise en place d'un régime disciplinaire	Article 17, II, 7°		Ce régime disciplinaire doit permettre la sanction des salariés en cas de violation du code de conduite.	Le SCPC recommande d'agréments la politique de sanction d'une analyse des causes ayant rendu possibles les comportements objets de sanctions afin d'éviter leur renouvellement ⁽¹⁷⁾ .	
Mise en place d'un dispositif de contrôle et d'évaluation internes des mesures mises en œuvre	Article 17, II, 8°			Le dispositif de contrôle interne permet de garantir que les politiques et procédures de lutte contre la corruption et le trafic d'influence sont conformes aux règles de l'entreprise. L'évaluation interne des mesures mises en œuvre permettra une mise à jour permanente du code de conduite, des formations et des autres procédures ⁽¹⁸⁾ .	
NOUVELLES PEINES ET PROCÉDURES					
Peine de programme de mise en conformité	Article 18 C. pén., art. 131-39-2	Toute personne morale condamnée pour un délit qui prévoit cette peine.	La peine prévoit la mise en œuvre, pour une durée maximale de 5 ans, des obligations en matière de corruption et de trafic d'influence précitées. L'exécution de la peine de programme de mise en conformité est soumise au contrôle de l'Agence française anticorruption.	La personne morale devra nécessairement coopérer avec l'Agence française anticorruption dans le cadre de l'exécution de cette peine ⁽¹⁹⁾ .	

(13) Service Central de Prévention de la Corruption, mars 2015, préc.

(14) D. Dardy, Journal des Sociétés, n° 149, févr. 2017, préc.

(15) Service Central de Prévention de la Corruption, mars 2015, préc., p. 8.

(16) Service Central de Prévention de la Corruption, mars 2015, préc., p. 7.

(17) Service Central de Prévention de la Corruption, mars 2015, préc., p. 8.

(18) D. Dardy, Journal des Sociétés, n° 149, févr. 2017, préc.

Prévisions	Dispositions	Titulaire de l'obligation	Contenu légal	Observations pratiques	Sanction du non-respect
Procédure de convention judiciaire d'intérêt public	Article 22 C. pr. pén., art. 41-1-2	Personne morale en cause pour corruption active et passive, trafic d'influence, actif et passif, blanchiment de fraude fiscale et les infractions connexes à l'exception de la fraude fiscale	La personne morale assure la prise en charge des frais occasionnés par le recours à des experts et personnes qualifiées par l'Agence française anticorruption pour l'assister dans la mise en œuvre de la peine dans la limite du montant de l'amende encourue pour le délit auquel elle a été condamnée. Les règles déontologiques applicables à ces experts et personnes qualifiées seront fixées par décret en Conseil d'État dont la publication était initialement envisagée pour le mois de février 2017.	Cette mesure peut être proposée tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, c'est-à-dire, selon la doctrine, jusqu'à l'issue de l'enquête préliminaire ou, dans le cadre d'une information judiciaire, à la suite de la mise en examen ⁽¹⁹⁾ . L'exécution de la procédure de convention judiciaire d'intérêt public impliquera la mise en œuvre d'une coopération entre l'entreprise et les autorités qui supposera notamment de faire coexister enquête interne et enquête des autorités de poursuite ⁽²⁰⁾ . La mise en œuvre de la convention se fera avec l'aide d'un <i>Monitor indépendant</i> qui aura pour mission de « rendre compte de la bonne conception et de l'effective mise en œuvre d'un programme anticorruption par la société ayant conclu un accord transactionnel avec les autorités de poursuites » ⁽²¹⁾ . Les conditions de la sélection du <i>Monitor</i> et le contenu de sa mission pourront, comme c'est le cas dans le cadre de la procédure de <i>Deferred Prosecution Agreement</i> , être prévus par la convention et non par la loi ⁽²²⁾ .	La convention judiciaire d'intérêt public peut prévoir : • Paiement d'une amende pénale d'intérêt public d'un montant maximal de 30 % du chiffre d'affaires moyen des 3 dernières années ; • Mise en place d'un programme de conformité d'une durée maximale de 3 ans sous le contrôle de l'Agence française anticorruption ; • Paiement de dommages-intérêts à la victime identifiée.

(19) E. Breen et L. Cohen-Tanugi, Les sanctions spécifiques à la loi Sapin II, *Journal des Sociétés*, n° 149, févr. 2017

(20) K. Haeri et V. Munoz-Pons, La loi Sapin II : une révolution juridique et culturelle, *RLDA 2017/122*, n° 6115

(21) A. Mignon-Colombet, La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ?, *AI Pénal 2017*, p. 68.

(22) C. Chauvin, L'obligation de mise en conformité sous contrôle de l'Agence Française Anticorruption, *Journal des Sociétés*, n° 149, févr. 2017.

(23) *Ibid.*