



||||| Vie du droit

Grenier avocats

GrenierAvocats
CABINET D'AVOCATS - LAW FIRM

Lutte anticorruption : se mettre en conformité avec la loi Sapin II

Paris, 31 mai 2018

Un an après l'entrée en vigueur de Sapin II et du fonctionnement de l'agence française anticorruption (AFA) créée par la loi du 9 décembre 2016 Patrice Grenier, fondateur du cabinet, propose un retour d'expérience sur l'application du texte. Plongé dans le Monde industriel, fortement axé vers le risque, il porte un éclairage direct sur les difficultés rencontrées par les entrepreneurs pour mettre en place la loi française et sur ses conséquences économiques face à une concurrence internationale moins entravée.

La création de l'AFA répond à un besoin de notre pays qui n'avait pas de protection propre pour ses entreprises. Nos compagnies se faisaient lourdement sanctionner ailleurs dans le monde. De plus, notre justice a peu condamné de sociétés pour des faits de corruption. Les Français sont mal placés sur ce point dans les classements internationaux. Désormais, la France peut sanctionner elle-même pour des manquements produits en dehors de son territoire. L'AFA développe sa présence à l'internationale, mais reste encore une entité bien moins imposante que les institutions américaines.

Les sanctions se veulent efficaces. Elles se développent autour de deux axes. D'une part, il s'agit de sensibiliser les décideurs. Ainsi, maintenant, une responsabilité financière personnelle propre pèse sur le dirigeant quant à la conformité à la loi Sapin II (amende pouvant aller jusqu'à 200 000 euros), en plus de l'amende pesant sur l'entreprise. Et d'autre part, un double système de contrôle a été créé, aboutissant à la convention judiciaire d'intérêt public. Cette nouveauté en droit pénal français s'inspire du périmètre de la concurrence. C'est-à-dire qu'il n'y a pas de condamnation prononcée par le juge pénal, donc pas de contrecoup « indirecte » (casier judiciaire de l'entreprise, interdiction de marchés publics, etc.) souvent plus lourd que l'amende. Dans ce paradigme, une fois l'acte de corruption reconnue, aux termes d'une convention (sorte de transaction), l'entreprise est condamnée à une amende qui peut aller jusqu'à 30 % du chiffre d'affaires, assortie d'une obligation de mise en conformité à la loi Sapin II.

Ces conventions publiques, librement accessibles sur le site de l'AFA, sont en réalité aujourd'hui plus visibles qu'un jugement classique rendu par un tribunal correctionnel. Leur manque de confidentialité est un défaut majeur. Et les entreprises craignant ce type de publicité, se posent logiquement la question de



Patrice Grenier

l'intérêt d'aller vers ces conventions. Certes, elles échappent aux interdictions type marchés publics, mais elles dévoilent les faits avec précision et entament sérieusement l'image éthique. Par ailleurs, dans le cadre d'une convention, l'AFA diligente l'installation d'un système conforme à la loi par des intervenants extérieurs pour un coût de plusieurs centaines de milliers d'euros. Enfin, l'environnement concurrentiel agressif actuel exige un aspect irréprochable, sans condamnation bien sûre, et plus loin même, sans suspicion. Les contrats internationaux actuels comprennent des questionnaires éthiques dans lesquels les compagnies affirment leur absence de condamnation, ou listent leurs risques internes de corruption. Dans ce cadre spécifique, une convention est un mauvais point pour un cosignataire. Cependant, les intentions de l'AFA qui cherche à étendre son rayonnement sont éloignées de ces considérations.

Un débat s'est ouvert à propos des contrôles de conformité opérés. L'agence française

anticorruption souhaite divulguer le nom des sociétés concernées. En 2017, les avocats des entreprises ont pu s'y opposer. Il importe de souligner qu'actuellement, les compagnies considèrent que le stéréotype véhiculé par les contrôles est négatif. Elles ne souhaitent donc pas s'afficher comme contrôlées. Sans doute, à l'horizon d'une dizaine d'années, les choses s'inverseront et, au contraire, être contrôlé apparaîtra comme un gage de sécurité pour l'opinion publique.

Les entreprises écrivent facilement les codes leur servant de référentiel conformément à la loi. Dans certaines structures, souvent déjà soumises à d'autres contraintes (secteur financier), la tolérance zéro est adoptée. C'est-à-dire que le siège, quelles que soient les pratiques locales ou nationales, exige une tolérance zéro sur toute l'activité de ses établissements. Par exemple, pour les cadeaux, il ne faut ni en donner ni en recevoir, quitte à se retrouver en opposition avec une culture. Certaines sociétés, plus diplomates choisissent de faire l'inverse mais contournent a priori à la loi française. Cependant elles traitent cette question dans leur code anticorruption : si elles acceptent les échanges de cadeaux, elles précisent qu'ils doivent correspondre à une culture et à un raisonnable montant.

Chaque salarié signe les codes. Des sanctions disciplinaires s'appliquent aux responsables de manquement aux codes de la société. En droit français, ce chapitre s'annexe au règlement intérieur après consultation des instances représentatives. Cependant, comment pratiquer hors de l'Hexagone ? Chaque pays a son propre droit social, qui, parfois, ne prévoit pas de règlement intérieur, ou plus ennuyeux, qui ne reconnaît pas le pouvoir de sanctionner un salarié pour un manquement à un code, un fait ne correspondant pas à une obligation légale dudit pays. Les représentants de salariés de filiales utilisent si besoin cet argument.



Les entreprises établissent des cartes de risques par zone géographique. Quand l'exposition est élevée dans un pays, et que les audits révèlent effectivement des actes de corruption, il faut se dénoncer. Et si le siège ne peut pas endiguer ce phénomène à distance, la société devra abandonner cette implantation étrangère pour respecter la loi. Ce dilemme stratégique s'impose à tout dirigeant de structure hors de nos frontières.

L'industrie française a de nombreux concurrents du même niveau de qualité, issus de pays fiables et stables. Ces compétiteurs respectent les règles internationales et locales. En revanche, ils ne subissent pas la loi Sapin II dans le Monde entier, excepté sur notre territoire. Cette liberté représente un avantage évident pour un donneur d'ordre en Asie, en Afrique, en Amérique du Sud... Pour une compagnie française qui a des filiales à l'étranger, la société mère et le dirigeant sont exposés. La filiale, société de droit étranger, ne l'est pas directement. Un juge français peut enquêter sur elle, pas la sanctionner, par contre il sanctionnera la maison mère qui n'a pas détecté un problème répréhensible.

Dans les opérations de rapprochement entre sociétés, le critère éthique occupe maintenant une place rédhitoire. Pourquoi ? Parce que

si vous faites l'acquisition d'une compagnie dont vous ignorez l'implication dans une affaire de corruption, votre notoriété doit supporter le poids néfaste amené par cette entité extérieure pour des faits antérieurs à votre lien. Le résultat est dramatique pour votre image. Raison pour laquelle, avant un rachat, l'enquête éthique compte beaucoup.

Pendant longtemps, les commissions versées aux intermédiaires vecteurs de marchés conséquents étaient déductibles pour les entreprises françaises. L'intention politique nationale actuelle est totalement à l'inverse de ces comportements. Dans le même temps, ailleurs sur la planète, des États imposent un partenaire local pour certaines activités. Cet interlocuteur officiel légalement obligatoire ne fait rien techniquement, c'est un apporteur d'affaire. Né dans les pays du Golfe, le concept s'est répandu en Asie, en Afrique, en Amérique du Sud. Ce modèle est en expansion. Les administrations qui l'adoptent le présentent comme un cadre efficace qui permet certes, de récupérer de l'argent, mais aussi de contrôler, d'enquêter, de taxer. Ce système est en compétition avec la proposition française.

Le déploiement de la loi Sapin II a un coût : formation, conseil, audit, enquête, etc. Les autres États membres de l'Union européenne

n'ont pas souhaité harmoniser cette loi. Les Américains, eux, considèrent qu'elle limite le périmètre d'influence des entreprises françaises et que c'est autant de concurrence en moins. La cour de cassation a, du reste, affirmé que la double condamnation (par des juridictions étrangères) n'est pas impossible, ce qui signifie qu'une multinationale sanctionnée par Sapin II (c'est-à-dire française) peut encore (avec un lien d'extraterritorialité facile à trouver) être amendée par la loi américaine. Et enfin, les moyens mis en place par l'administration française (un dirigeant ex-magistrat, quatre-vingt personnes, dont dix pour l'international, deux d'entre elles anglophones) paraissent sous-proportionnés. L'évaluation de l'efficacité anticorruption des mesures de cette loi n'est malheureusement pas programmée. Malgré cela, après une période pionnière de mise en œuvre, les observations éclairées de l'AFA et l'expérience des entreprises impactées pourraient judicieusement enrichir une révision pragmatique du texte, tout en respectant la puissance internationale de l'économie française.

C2M

2018-3941