

# Table ronde

AVEC >

STÉPHANE BONIFASSI, AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, STÉPHANIE DALET-VENOT, AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, MARIA LANCRI, AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, BÉNÉDICTE QUERENET-HAHN, AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, JEAN-YVES TROCHON, VICE-PRÉSIDENT DE L'AFJE

3

## LES OBJECTIFS DU PROJET DE LOI SAPIN II

Le Gouvernement a intégré dans le projet *Sapin II* de nombreuses dispositions touchant notamment à la lutte contre les manquements à la probité. L'objectif de cette réforme est, comme le recommandait l'OCDE, de permettre à la France de rattraper son retard en matière de lutte contre la corruption. Le projet repose sur une novation : l'obligation légale, pour les entreprises atteignant une certaine taille, de mettre en place un programme de compliance anti-corruption, dont l'existence et l'efficacité sera contrôlée par le nouveau service de prévention et de détection de la corruption.

Le projet de loi *Sapin II*, dont la discussion devant l'Assemblée nationale a débuté le 6 juin dernier, devrait être adopté à l'automne. La loi impliquera d'importants impacts pour les entreprises, qui sont ci-après examinés.

**CDE : Le projet de loi Sapin II portant notamment sur la lutte contre la corruption est actuellement en discussion et devrait être adopté à l'automne 2016. Quelles sont les raisons pour lesquelles le Gouvernement propose ce texte ?**

**Maria LANCRI/Jean-Yves TROCHON :** La lutte contre la corruption s'est organisée depuis de nombreuses années au travers d'initiatives internationales lancées par des organisations internationales, qu'elles soient gouvernementales comme l'ONU ou l'OCDE, ou non gouvernementales, comme Transparency International.

La Convention de l'OCDE de 1977 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales compte désormais 41 signataires, dont la France, les États-Unis et le Royaume-Uni. Cette convention établit des normes juridiques contraignantes pour les États signataires et prévoit la réalisation d'un suivi systématique de l'application de la convention par les pays signataires. Dans ce cadre, le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption établit périodiquement, au terme d'audits qu'il mène, des rapports contenant des recommandations à destination des États signataires.

Alors que la France avait mis son dispositif législatif en conformité avec la convention dès 2001, il lui a été reproché par l'OCDE, à l'occasion de l'audit dit « phase 3 » d'octobre 2012, une relative absence de mise en œuvre effective de la convention, notamment s'agissant d'entreprises « mises en cause dans d'autres pays parties à la convention ». Elle soulignait aussi le fait que malgré le rôle très important joué par les entreprises françaises dans l'économie internationale, une seule condamnation (non-définitive) avait été prononcée à l'encontre d'une personne morale. Elle recommandait donc une série de mesures visant à intensifier la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers à l'instar d'autres pays tels que les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Allemagne ou encore la Suisse, où le nombre de condamnations au titre de la convention est en effet plus significatif.

Parmi ses recommandations, l'OCDE demandait la suppression de l'exigence de réciprocité d'incrimination pénale (V. C. pén., art. 113-6) et l'intensification de la sensibilisation des autorités judiciaires françaises à l'application de la responsabilité pénale des personnes morales dans les dossiers de corruption transnationale. L'OCDE faisait par ailleurs observer que, si la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière avait augmenté significativement le quantum de la peine pour l'infraction de corruption d'agent public étranger, il n'existait en revanche pas de pratique attestant de la mise en œuvre de ces sanctions et des recommandations de l'OCDE.

De nombreuses législations étrangères prévoient des dispositifs permettant d'incriminer les entreprises étrangères du fait de liens d'extraterritorialité. C'est notamment le cas dans la législation américaine, qui s'applique par exemple en cas d'utilisation du dollar ou d'échange d'e-mails via des serveurs américains. L'effet extraterritorial de ces législations ne concerne plus seulement les États-Unis ou la Grande-Bretagne, mais aussi de nombreux autres États comme le Brésil ou encore la Russie. Il convient de noter que les lois anti-



#### ^ Maria Lancri

Maria Lancri est Of Counsel au sein du cabinet franco-allemand GGV. Après avoir exercé 10 ans en entreprise, elle accompagne les entreprises en matière de compliance ainsi que dans leurs problématiques liées aux nouvelles technologies et aux données personnelles. En matière de compliance, elle assiste et conseille notamment les entreprises dans la structuration et la mise en œuvre de la gouvernance et de l'organisation des pouvoirs et responsabilités, ainsi que dans la conception et le déploiement de programmes de compliance nationaux et internationaux.

corruption ne sont plus les seules à bénéficier d'une telle application extraterritoriale : ainsi, les règles en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, d'abus de marché, de gouvernance ou encore de violation d'embargos, sont également d'application extraterritoriale, comme on a pu le voir avec l'affaire *BNP Paribas*. L'utilisation de l'extraterritorialité des lois n'est toutefois que l'apanage des grandes puissances économiques, essentiellement des États-Unis, à ce jour.

Les condamnations à de très lourdes sanctions de sociétés françaises aux États-Unis sont bien connues (3 des 10 condamnations les plus élevées fondées sur le *Foreign Corrupt Practices Act*, l'ont été à l'encontre de sociétés françaises), et c'est ce qui explique aussi la volonté de mettre notre système judiciaire « au niveau », pour qu'à l'avenir, les entreprises françaises, si elles doivent être sanctionnées, le soient en France par les autorités judiciaires françaises. Cela suppose que notre système judiciaire en matière de répression de la corruption soit considéré comme crédible, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. De même, cela implique une vigilance accrue des sociétés françaises au travers de la mise en place de programmes de conformité aux meilleurs standards internationaux.

C'est dans ce contexte que le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dit *Sapin II*, intervient afin justement de répondre en grande partie aux objections de l'ensemble des

parties prenantes et d'apporter une meilleure protection aux entreprises nationales.

Ce projet vient proposer la création d'un service dédié au niveau national à la lutte contre la corruption, mettre à la charge des grandes entreprises une obligation de mise en place de programmes de compliance anti-corruption, accorder à ce service certains pouvoirs de sanctions, et créer une peine complémentaire dite de mise en conformité, le contrôle de l'exécution de cette peine étant confié à ce service.

Le projet a été rendu public par le Gouvernement le 30 mars 2016, après avis rendu par le Conseil d'État le 24 mars 2016.

**CDE : Le projet de loi Sapin II crée donc un service en charge de la lutte anti-corruption. Quel est le périmètre de ses missions ?**

**M. L./J.-Y. T. :** Il prévoit de créer un Service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption (SPDC). Ce Service se substituera au Service central de prévention de la corruption (SCPC) pour reprendre ses missions et bénéficier d'un périmètre d'intervention élargi.

Sa mise en place répond aux constats de l'OCDE, mais aussi de la Commission européenne, selon lesquels la création du SPDC doit permettre de se doter d'un outil efficace de lutte contre la corruption, notamment en matière de transactions commerciales internationales. L'action de ce service est vue comme devant être complémentaire du dispositif judiciaire existant et s'inspirant des bonnes pratiques étrangères.

Dans les premières versions du projet de loi, il était prévu que ce service serait dénommé « Agence nationale de prévention et de détection de la corruption ». Cette dénomination apparaît d'ailleurs dans le dossier de presse publié par le Gouvernement à la suite de la présentation du projet de loi en Conseil des ministres, le 30 mars 2016, et a, semble-t-il, été modifiée *in extremis* pour prendre celle de SPDC. Cette modification tient compte des remarques exprimées par le Conseil d'État dans son avis du 24 mars 2016.

Le Conseil d'État y note en effet que la mise en place du SPDC ne doit pas venir prêter à confusion avec la compétente des autorités judiciaires pour constater les infractions en matière de corruption, ni avec les obligations des entités administratives ou économiques qui sont, elles, astreintes à un devoir de vigilance dans le domaine de la corruption et se doivent de signaler les infractions dont elles auraient connaissance au procureur. Aussi, le Conseil d'État a-t-il considéré que le SPDC serait chargé d'« aider » à la prévention et à la détection des faits de corruption. À noter que le Conseil d'État laisse la possibilité au Gouvernement de qualifier par décret le service d'autorité, s'il répond aux critères fixés dans le rapport *Les agences : une nouvelle gestion publique ?* du Conseil d'État de 2012.

Le nouveau service ne se voit pas confier de missions de contrôle et de sanctions autres que celles relatives à la vérification de la mise en place de programmes de conformité.

On voit là une différence majeure avec le rôle que tient le SFO (*Serious Fraud Office*) au Royaume-Uni pour l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord. En effet, dans les cas de fraudes importantes que le SFO choisit de poursuivre, ce



### ^ Jean-Yves Trochon

Jean-Yves Trochon est diplômé de Sciences Po Paris, titulaire d'un DESS en droit européen (Panthéon-Sorbonne), d'un master en administration des entreprises de l'IAE Paris, et certifié administrateur de sociétés de l'IFA. Depuis 1990, il a exercé diverses fonctions de juriste d'entreprise, directeur juridique et compliance officer au sein des groupes Lagardère (1990-1996), Bouygues (1997-1998), EADS/Airbus (1999-2006) et Lafarge (2007-2016). Il s'est notamment spécialisé dans les domaines de la gouvernance et de la compliance, du droit de la concurrence et des fusions-acquisitions. Il a écrit de nombreux articles et co-rédigé trois ouvrages portant sur le droit des fusions-acquisitions (EFE, 2010), les risques et opportunités de la mondialisation pour les entreprises (Bruylant, 2006) et les conflits d'intérêt dans l'entreprise (à paraître chez LexisNexis, juin 2016). Il est par ailleurs Vice-Président de l'AFJE et de la Commission Concurrence d'ICC France et membre du Comité directeur des Ateliers de la DGCCRF.

bureau a compétence pour instruire les affaires, mais aussi les poursuivre. Ce choix organisationnel avait été fait au Royaume-Uni après la publication en 1985 du rapport *Roskill* qui dénonçait la lenteur du système judiciaire traditionnel et son incapacité à punir les fraudeurs.

En tout état de cause, le SPDC a été présenté comme étant un « service à compétence nationale » placé sous l'autorité conjointe du ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget. Le Gouvernement considère en effet que ce statut, ainsi que la nomination de son directeur général parmi les magistrats, nommé par décret par le Président de la République, devraient lui permettre d'asseoir son autorité. Il ressort de l'étude d'impact que le Gouvernement y voit là aussi l'assurance de l'impartialité et de l'indépendance du service. Dans le même sens, l'article 2 précise en outre que le directeur général « ne reçoit et ne sollicite d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale dans l'exercice de [ses] missions [de contrôle] ».

Ce service n'a donc pas été envisagé comme une autorité administrative indépendante. Or, ces autorités sont généralement considérées comme permettant d'assurer cette indépen-

dance. Les meilleurs exemples en sont la Commission nationale de l'informatique et des libertés, l'Autorité de la concurrence ou encore l'Autorité des marchés financiers.

Ainsi par comparaison, l'Autorité de la concurrence dispose-t-elle des pouvoirs de détection des pratiques anti-concurrentielles, au travers de services d'instruction placés sous la direction d'un rapporteur général. Ces services ont vocation à gérer la conduite des enquêtes de concurrence et l'instruction des affaires de pratiques anti-concurrentielles. De même, l'Autorité est-elle en charge de la détermination des sanctions en cas d'infractions, mais aussi d'un rôle d'« advocacy » très important, au travers de ses pouvoirs d'avis et de ses communiqués de procédure. À cet égard, l'Autorité de la concurrence a joué un rôle moteur dans la promotion des programmes de conformité en publiant en 2012 un document-cadre, ce qui a probablement contribué à diffuser la culture de concurrence dans nombre d'entreprises.

Les missions confiées au nouveau SPDC sont multiples (V. *Projet de loi, art. 3*) et sont à la fois à destination des administrations et des entreprises.

Vis-à-vis des administrations, il appartiendra au service :

- d'élaborer des recommandations destinées à aider les administrations et collectivités dans la mise en œuvre de procédures de prévention ;
- de contrôler la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre dans les administrations et collectivités ; et,
- d'aider à la détection et à la prévention de la corruption, entre autres, au travers de la coordination administrative, de la centralisation des informations et de l'appui apporté aux administrations et collectivités.

Vis-à-vis des sociétés, il appartiendra au service :

- de contrôler le respect par les sociétés de la mise en œuvre des mesures et procédures de conformité prévues par le texte ;
- d'élaborer des recommandations destinées à aider les sociétés dans l'élaboration des procédures de prévention ; et,
- de veiller au respect de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 (dite *loi de blocage*) lors de procédures de mise en conformité exigées par des autorités étrangères.

Vis-à-vis des administrations, l'élaboration de recommandations destinées aux différents services de l'État pour les aider dans la mise en place de dispositifs de contrôle interne est inspirée de l'expérience italienne de l'Autorité nationale anti-corruption qui est chargée d'établir des lignes directrices destinées à guider les administrations dans l'élaboration de leurs plans d'action anti-corruption. Une étude du SCPC a d'ailleurs montré que de nombreuses structures publiques, en particulier locales, n'ont toujours pas mis en œuvre de dispositif de contrôle interne.

Vis-à-vis des acteurs économiques, le SPDC pourra donc également élaborer des recommandations sur les dispositifs de prévention et ainsi mettre les entreprises en mesure de respecter l'obligation générale de prévention anti-corruption. Ces recommandations seront actualisées périodiquement et comme le précise le texte, elles seront proportionnées à la taille des sociétés et à la nature des risques identifiés. Elles seront publiées sous la forme d'un avis au *Journal officiel*. Le Conseil d'État a estimé que le SPDC ne pourrait pas adopter de « lignes

directrices » à destination des entreprises, parce que de telles lignes ont une valeur juridique indéterminée et nécessiteraient l'intervention du juge pour les préciser alors même qu'il appartient à la loi de fixer des règles précises.

Le SPDC se voit également confier la mission de veiller au respect de la loi de blocage qui interdit, sous réserve de traités ou d'accords internationaux, « à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public ». Dans certaines affaires impliquant des sociétés françaises dans des procédures américaines, ces sociétés ont refusé de communiquer des pièces, faisant ainsi obstacle aux procédures de *discovery*. La Cour Suprême des États-Unis a de ce fait fixé des critères très restrictifs, selon lesquels elle reconnaît la prééminence d'une loi d'ordre public de blocage, dont la loi française, sur la procédure de *discovery*. Ces critères tiennent compte de l'importance des documents demandés pour la procédure en question, de l'existence de méthodes alternatives pour obtenir l'information et de l'atteinte portée aux intérêts des États-Unis ou de l'État dans lequel l'information a été ouverte du fait de l'empêchement de procéder à la procédure de *discovery*. La plupart du temps, lorsque les tribunaux du fond font application de ces critères, ils considèrent que les intérêts américains l'emportent sur la loi étrangère.

Certaines décisions américaines en matière de transactions pénales ou *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) étrangères rendues à l'encontre de sociétés françaises, imposent à ces sociétés de se soumettre, sous contrôle, à une procédure de mise en conformité de leurs procédures internes de prévention et de détection de la corruption (le *monitoring*). Ce faisant, conformément à leurs procédures internes, ces sociétés risquent de devoir transmettre des secrets d'affaires ou stratégiques aux autorités d'un autre État.

Dans ce cadre, le SCPC a été désigné à deux reprises par les services du Premier ministre comme autorité française compétente pour accompagner, dans le respect de la loi de blocage, la communication des informations requises par l'autorité étrangère, en l'occurrence le Département de la justice américain (DoJ). Les DPA conclus dans ces deux cas ont ainsi prévu que le moniteur français indépendant chargé de ce contrôle de conformité ne pouvait remettre son rapport directement aux autorités étrangères, mais devait le transmettre au SCPC, afin que celui-ci puisse apprécier si les informations qui y figurent sont susceptibles d'être transmises au regard des intérêts économiques essentiels de la France ou de l'ordre public.

L'intégration d'une disposition dans le projet de loi *Sapin II* donnant compétence au SPDC pour veiller au respect de la loi de blocage devrait pouvoir systématiser son intervention dans le cadre de procédures d'instruction. On remarquera toutefois que cette intervention du SPDC n'a été envisagée qu'au stade

de l'exécution de décisions d'autorités étrangères et non à celui de l'instruction ou de procédures de *discovery*. Par ailleurs, le décret n° 2016-66 du 29 janvier 2016 a institué un commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économique et a créé un service à compétence nationale, dénommé « Service de l'information stratégique et de la sécurité économique », qui s'est notamment vu confier la mission « *De veiller à l'application des dispositions de la loi du 26 juillet 1968 (...) par les personnes qui y sont assujetties, sous réserve des compétences attribuées par la loi en cette matière à une autre autorité et, le cas échéant, en lien avec celle-ci* ». On comprend donc que suivant le stade de la procédure, la compétence reviendra soit à ce nouveau commissaire, soit au SPDC et que le premier pourra être dessaisi du dossier au profit du second, en cas d'évolution de la procédure vers un DPA.

Le texte prévoit en outre une intervention du SPDC en matière d'aide à la détection et la prévention de la corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme (V. *Projet de loi*, art. 3, 5°). Pour ce faire, le SPDC participe à la coordination administrative, centralise les informations et les diffuse et apporte son appui aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et à toute personne physique ou morale.

L'étude d'impact, partie intégrante du dossier législatif, vient préciser que « Cette mission de centralisation des informations doit permettre la réalisation à terme d'une véritable cartographie des risques concernant les marchés publics et les transactions commerciales internationales suspectes ».

Pour ce faire, le SPDC pourra recueillir des informations auprès des administrations et juridictions, par le biais de témoignages de lanceurs d'alerte ou encore de missions de contrôle qu'il mènera dans les administrations ou auprès des entreprises.

L'ensemble de ces points sera précisé dans le décret d'application.

### **CDE : En quoi consistera la nouvelle obligation de prévention et de détection de la corruption ?**

**Bénédicte QUERENET-HAHN/M. L.** : Il est ressorti de la mission d'étude et de prospective sur les moyens de moderniser le système français de détection, de prévention et de coordination en matière de lutte contre la corruption, créée au sein de la Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) du ministère de la Justice fin 2014, que dans les pays voisins de la France, un « *“dispositif moderne et efficace anti-corruption” passe notamment par l'incitation à la mise en place au sein des entreprises de dispositifs internes de prévention et de détection de la corruption, dont l'absence ou l'insuffisance peut être sanctionnée (cf. section 7 du UKBA de 2010 au Royaume Uni et article 102 du code pénal suisse)* » (V. *Étude d'impact, préc., chap. II, art. 8*).

Pour ce faire, l'étude d'impact fait référence aux 6 principes que les lignes directrices du *UK Bribery Act* listent pour considérer qu'un programme de compliance est bien adéquat, soit : *Proportionate Procedures, Top-level Commitment, Risk Assessment, Due Diligence, Communication & Training and Monitoring & Review*.



### **^ Bénédicte Querenet-Hahn**

Bénédicte Querenet-Hahn est associée du cabinet franco-allemand GGV. Elle accompagne des entreprises multinationales, les PME et grands groupes en droit des affaires et dans leurs problématiques de droit social et de compliance. En droit social, elle intervient notamment dans le cadre de réorganisations et restructurations et de la gestion courante des relations individuelles et collectives. En matière de compliance, elle assiste et conseille notamment les entreprises dans la structuration et la mise en œuvre de la gouvernance et de l'organisation des pouvoirs et responsabilités, ainsi que dans la conception et le déploiement de programmes de compliance nationaux et internationaux.

Le SCPC avait d'ailleurs fait la même recommandation en 2012 et avait, en mars 2015, émis des lignes directrices visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales, lignes directrices non contraignantes sur lesquelles les organisations peuvent s'appuyer pour mettre en œuvre leurs propres procédures internes.

Le projet de loi reprend, dans deux articles, les éléments constitutifs d'un programme de compliance exposés dans les lignes directrices du SCPC. L'article 8 traite des programmes de compliance dans le cadre de mises en place préventives, l'article 9 dans le cas où les programmes sont des mesures d'accompagnement de certaines sanctions. L'étude d'impact considère d'ailleurs, au même titre que le SCPC, que ces obligations devraient fournir aux entreprises françaises un outil au service de leur compétitivité et de leur développement et leur faire bénéficier ainsi d'un « fair level playing field » en matière de lutte anti-corruption.

Comme indiqué précédemment, l'Autorité de la concurrence a adopté en 2012 un communiqué de procédure en matière de programmes de conformité, pour inciter les entreprises à mettre en place de tels programmes, soit de manière préventive, soit comme un outil permettant d'éviter une réitération de pratiques anti-concurrentielles à la suite d'une condamnation. Ce communiqué est fondé sur les standards internationalement reconnus en la matière : engagement de la direction générale, politiques et procédures appropriées, for-

mation et information, systèmes de contrôle et d'audit, sanctions en cas de violation des règles par un employé. Compte tenu de l'importance des sanctions en la matière, les entreprises qui ont adopté ce type de mesures ont sans doute renforcé leur protection et leur compétitivité non seulement en France, mais aussi dans tous les pays dans lesquels elles opèrent. La compliance ne s'arrête pas à l'antitrust ni à l'anti-corruption ; il convient d'adopter une approche holistique par les risques, tels qu'identifiés au travers d'une cartographie appropriée.

#### **CDE : Quelles personnes seront tenues de mettre en place un programme de compliance anti-corruption ?**

**B. Q.-H./M. L. :** L'obligation de prévention s'impose aux entreprises de plus de 500 salariés ou appartenant à un groupe comprenant plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires consolidé supérieur à 100 millions d'euros. L'obligation de prévention pèse en outre sur les filiales des groupes entrant dans le champ d'application, peu importe qu'elles se situent en France ou à l'étranger. Si les seuils choisis, pour les sociétés, correspondent à ceux qui ont été retenus en matière de reporting RSE, au terme du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012, on notera toutefois que la référence aux groupes de sociétés, sans autres précisions, implique que les filiales françaises de groupes étrangers, y compris celles n'atteignant pas les seuils définis, seront soumises à l'obligation de prévention, si le groupe auquel elles appartiennent emploie plus de 500 salariés et réalise un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros. Une disposition malheureuse, en ce qu'elle induit une obligation de mise en place d'un programme de conformité anti-corruption pour des entreprises de petite taille, et, de ce fait, un risque, une fois de plus, de porter atteinte à l'attractivité de la France.

L'article 8 du projet de loi *Sapin II* est rédigé de telle façon que l'obligation est d'abord et avant tout mise à la charge des représentants des sociétés entrant dans le champ d'application décrit ci-dessus. L'article en question débute en effet par l'énumération des mandataires sociaux (présidents, gérants ou encore, membres du directoire) tenus de mettre en place des mesures de prévention et de détection de la corruption. Ce n'est que dans un alinéa séparé qu'il est précisé que la société elle-même est également responsable, en cas de manquement à l'obligation de prévention. Cette rédaction inhabituelle a pour objectif, selon les rédacteurs du projet, de mettre à la charge des mandataires sociaux une responsabilité personnelle, qui ne serait pas susceptible d'être déléguée.

Faute de dispositions relatives à la date d'entrée en vigueur de cette obligation, elle devrait être applicable dès le lendemain de la publication de la loi, de sorte qu'en principe, les entreprises devraient avoir déjà, à la date de publication de la loi, un programme anti-corruption correspondant à celui édicté par le projet de loi. Il est regrettable qu'il n'ait pas été prévu de ménager aux entreprises une période d'adaptation suffisante, à l'instar du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 sur les données personnelles. Espérons que les débats parlementaires corrigeront cet oubli.

#### **CDE : Comment le respect de l'obligation de prévention sera-t-il contrôlé et les manquements sanctionnés ?**

**B. Q.-H. :** La loi met à la charge du SPDC le contrôle du respect de l'obligation de mettre en place un programme de compliance anti-corruption.

Le SPDC sera, à cet effet, investi de pouvoirs de contrôle lui permettant notamment :

- de se faire communiquer tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information ;
- de procéder sur place à toutes vérifications portant sur l'exactitude des informations fournies ; et,
- de s'entretenir avec toute personne dont le concours paraît nécessaire.

En cas de manquement à l'obligation de prévention, le SPDC disposera de toute une palette de mesures et de sanctions, qui vont du simple avertissement à des sanctions pécuniaires de 200 000 euros pour les personnes physiques et de 1 000 000 euros pour les personnes morales.

#### **CDE : Le projet de loi *Sapin II* prévoit également de créer une nouvelle peine dite de mise en conformité. Comment s'articule ce nouveau mécanisme ?**

**B. Q.-H. :** Il prévoit d'instaurer la possibilité de sanctionner une personne morale coupable de délit de corruption et de trafic d'influence par l'obligation de se soumettre à un programme de conformité anti-corruption, sous le contrôle du SPDC.

À défaut de respect de cette sanction, les dirigeants de la personne morale condamnée seront passibles d'une peine de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. La personne morale sera, quant à elle, passible d'une amende d'un montant équivalent à l'amende encourue au titre du délit pour lequel elle aura été condamnée à la peine complémentaire.

Il est permis de s'interroger sur l'efficacité de ce dispositif qui nécessite l'introduction d'une nouvelle procédure pénale en cas d'inexécution par la personne morale de la sanction de mise en place d'un programme de conformité anti-corruption. Il serait sans aucun doute plus efficace et incitatif de prévoir que la peine complémentaire dite de mise en conformité opère sursis d'une partie ou de la totalité des peines prononcées à l'encontre de la personne morale, son inexécution entraînant la transformation de la condamnation en peine(s) ferme(s).

#### **CDE : Le projet de loi *Sapin II* requiert la mise en place d'une ligne d'alerte. La France est-elle prête culturellement et juridiquement à cette innovation ?**

**B. Q.-H. :** La France a toujours eu une réticence particulière à l'égard du *whistleblowing*, par crainte de dénonciations infondées.

Progressivement, les lanceurs d'alerte ont été pris en compte dans la législation française. À l'origine, leur protection n'a été prévue que dans des situations particulières. Ainsi, par exemple, la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 n'encadrait que les révélations relatives à des faits de corruption, la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, les révélations relatives à la sécurité du médicament et des produits de santé, la loi

n° 2012-954 du 6 août 2012, les révélations relatives au harcèlement sexuel.

Ce n'est que par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, que le champ de la protection des lanceurs d'alerte a été étendu à tous les faits constitutifs de délits ou de crimes et que la CNIL, pour en tenir compte, a, dans une délibération n° 2014-042 en date du 30 janvier 2014, élargi le champ de son autorisation unique AU-004, facilitant ainsi la mise en place de dispositifs d'alerte professionnelle dans les entreprises.

Toutefois, cette protection est encore jugée insuffisante et insatisfaisante, notamment en raison de la disparité des textes en la matière, qui, pour l'essentiel, protègent les salariés et non les autres potentiels lanceurs d'alerte. Une récente étude du Conseil d'État, publiée le 13 avril 2016, met notamment en exergue les difficultés auxquelles se heurtent les lanceurs d'alerte et émet des propositions à l'effet d'y remédier.

Initialement, le projet de loi *Sapin II* prévoyait de confier au nouveau SPDC une mission d'accueil, d'orientation et de protection des lanceurs d'alerte, avec possibilité pour le service :

- d'informer les lanceurs d'alerte sur leur protection juridique ;
- d'anonymiser leurs signalements ; et,
- de financer leurs frais de justice.

Ces dispositions ont disparu du projet présenté en Conseil des ministres le 30 mars 2016. N'y figurent plus :

- qu'une disposition permettant à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués de verser au SPDC des contributions servant à financer la protection juridique des lanceurs d'alerte ; et,
- des dispositions spécifiques protégeant les lanceurs d'alerte dans le domaine monétaire et financier.

Il convient de noter qu'une proposition de loi, déposée par le député Yann Galut le 29 mars 2016, entend harmoniser et améliorer la protection effective des lanceurs d'alerte. Il semble que le Gouvernement ait l'intention d'intégrer au projet de loi *Sapin II*, par voie d'amendement, cette proposition de loi qui fait débat, notamment en ce qu'elle prévoit la création d'une Agence nationale de l'alerte susceptible de recueillir des informations, au mépris du secret professionnel, du secret de l'enquête, et du secret de l'instruction. Ce volet fondamental devra faire l'objet d'un dispositif équilibré basé sur les standards internationaux, mais en respectant les spécificités des systèmes juridique et judiciaire français.

**CDE : N'aurait-il pas été opportun de traiter de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise dans le projet de loi *Sapin II* ?**

**J.-Y.T. :** Dans le cadre de la mise en place des programmes de compliance et notamment de l'établissement de la cartographie des risques, les juristes risquent d'être amenés à avoir accès à des informations pouvant démontrer que leur entreprise est impliquée dans des actes de corruption.

Une question essentielle risque de se poser, celle de la protection des avis des juristes d'entreprise.

Aujourd'hui, ces derniers ne bénéficient pas de la confidentialité de leurs avis, à la différence de la plupart de leurs



### ^ Stéphane Bonifassi

Stéphane Bonifassi est spécialisé dans le contentieux lié à la criminalité économique. Bon connaisseur des procédures civiles et pénales, son activité s'étend également à l'exécution de sentences arbitrales et des jugements contre les états étrangers.

homologues « in house lawyers » étrangers. Si la compliance se développe en France, les directions juridiques seront plus encore qu'aujourd'hui au cœur de la démarche de prévention du risque. Que leurs avis soient saisissables par n'importe quelle autorité dans le monde devient de moins en moins justifiable. Il est grandement souhaitable qu'à l'occasion des discussions parlementaires cette question soit enfin résolue de la manière la plus simple qui soit : en reconnaissant enfin la confidentialité des avis des juristes d'entreprise.

Bien entendu, comme dans les autres pays, l'entreprise pourra toujours renoncer au bénéfice de cette confidentialité dans le cadre de la coopération avec les autorités, notamment pour obtenir des réductions d'amende, voire une immunité selon les circonstances.

Quant à l'auto-incrimination, c'est-à-dire l'obligation pour l'entreprise de dénoncer immédiatement et automatiquement les cas de non-respect de certaines règles, elle n'est guère concevable. L'entreprise doit toujours rester libre de prendre les mesures appropriées pour mettre fin à des situations de non-compliance avérées dès qu'elle en a connaissance, sans devoir reporter de tels cas (par nature exceptionnels) aux autorités. Encore faudra-t-il préciser clairement les bénéfices pour les entreprises à une coopération spontanée, comme vient encore de le faire le DoJ américain. Les programmes de clémence sont des incitations, non des obligations. Obliger les entreprises à se dénoncer serait d'ailleurs sans doute inconstitutionnel.

**CDE : Le projet de loi Sapin II ne prévoit aucune disposition permettant de tenir compte des efforts consentis pour prévenir et détecter la corruption, ni de mécanisme de transaction pénale. Pensez-vous que ce manque risque de rendre le nouveau dispositif inefficace ?**

**B. Q.-H./J.-Y. T. :** Dans le projet de loi initial, le Gouvernement avait prévu deux dispositions qui ont été supprimées pour tenir compte des réticences émises par le Conseil d'État dans son avis du 24 mars 2016 : la prise en compte du programme de compliance comme circonstance atténuante en cas d'infraction et la transaction pénale.

Or, la mise en place d'un programme de conformité doit être considérée comme une circonstance atténuante dès lors qu'il est effectivement déployé et mis en œuvre, conformément aux standards en vigueur (V. *SCPC, lignes directrices, préc.*). C'est d'ailleurs ce qui est généralement reconnu par les autorités dans le monde. Par conséquent, dès lors que l'entreprise peut démontrer que la violation de telle ou telle règle n'est pas « systémique » mais résulte d'une erreur humaine ou d'une mauvaise interprétation de la loi, elle devrait à l'évidence pouvoir bénéficier de circonstances atténuantes et de réductions d'amende, voire d'immunités.

On peut déplorer également que le dispositif de « compensation d'intérêt public » ou de transaction pénale prévu dans le texte initial ait été supprimé pour tenir compte des réticences émises par le Conseil d'État dans son rapport.

Ce dispositif largement fondé sur des recommandations de Transparency International France avait vocation à permettre la conclusion d'un accord entre le parquet et une entreprise, moyennant une amende maximale (pouvant atteindre un montant considérable) de 30 % de son chiffre d'affaires. Ceci aurait permis de rendre des décisions beaucoup plus rapides et efficaces et de crédibiliser le système judiciaire français, en matière de lutte contre la corruption, ce qui est bien l'objectif poursuivi pour éviter que nos entreprises ne continuent à être condamnées principalement par le DoJ.

La suppression de cette possibilité d'en référer aux autorités et de résoudre les cas de manquement au moyen d'une transaction pénale est en soi contraire à la compliance et en totale contradiction avec les obligations prévues par ailleurs par le projet de loi. En effet, la loi met à la charge des entreprises une obligation de mise en place de mesures de prévention **et de détection** de la corruption. En l'état actuel de notre droit, si les entreprises viennent à détecter un manquement, elles n'ont aucune possibilité de le résoudre en collaboration avec les autorités. Si elles le révèlent aux autorités, elles risquent d'être déclarées coupables, avec notamment pour conséquence l'interdiction pendant cinq ans de soumissionner aux marchés publics. Un risque qu'elles ne peuvent se permettre de prendre, puisqu'il engage leur existence même, avec toutes les conséquences susceptibles d'en découler, notamment en termes d'emplois.

Comme pour la confidentialité, il est donc à espérer que les débats parlementaires permettront de réintroduire un dispositif de même essence, prenant en compte les remarques du Conseil d'État. Dès lors qu'un magistrat est présent à tous les stades de la procédure, que les sanctions sont réellement dis-



### ^ Stéphanie Dalet-Venot

Stéphanie Dalet-Venot, avocat au Barreau de Paris, consacre une grande partie de son activité à la récupération d'actifs, dans un contexte international et notamment contre des États étrangers ou leurs émanations. Elle assiste les entreprises dans l'obtention de titres exécutoires contre leurs débiteurs en France (notamment via les procédures d'exequatur) et met en œuvre les mesures d'exécution forcée, ainsi que les procédures judiciaires utiles nécessaires à l'exécution des décisions de justice ou des sentences arbitrales.

suasives et que les victimes peuvent être indemnisées, il n'y a aucune raison de penser que ce dispositif est incompatible avec les principes de notre système judiciaire et notre droit. En revanche, si la loi était adoptée sans que les entreprises françaises disposent d'une arme similaire à celle existant dans les États de nos principaux concurrents, alors l'objectif de créer un « level playing field » n'aurait pas été atteint du fait de conservatismes corporatistes. Profitons de cette loi dite de modernisation pour moderniser notre système judiciaire et l'adapter à la réalité de la compétition internationale !

**CDE : Un article 24 a été ajouté, au dernier moment, dans le projet de loi Sapin II, article relatif à la possibilité pour les créanciers des États étrangers de procéder à des saisies en France. Cet article vous paraît-il dangereux, notamment pour les entreprises françaises et pourquoi ?**

**Stéphane BONIFASSI :** Depuis des dizaines d'années, l'immunité des États étrangers, à l'origine absolue, a vu son champ d'application se réduire, permettant ainsi, de plus en plus, aux créanciers, qu'il s'agisse de grands groupes internationaux ou de simples particuliers, de voir exécutées les décisions judiciaires ou arbitrales qu'ils avaient obtenues contre ces États.

Or, cet article 24, présenté comme reflétant le droit coutumier international en matière d'immunités des États, opère un virage à 180 degrés par rapport à cette évolution favorable aux créanciers.

En effet, les nouveaux articles L. 111-1-1 à L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution, institués dans le projet de loi *Sapin II*, sont loin d'être anodins et seraient susceptibles d'entraîner des conséquences injustes pour les créanciers des États étrangers, mais aussi contraires aux engagements internationaux de la France.

**CDE : En quoi ces nouveaux articles viendraient-ils déroger à la réglementation ou à la jurisprudence actuelle en matière d'immunités d'exécution des États ?**

**Stéphanie DALET-VENOT** : Si l'on veut regarder les choses concrètement, cet article 24 vient réduire à néant les chances d'un créancier d'un État étranger de recouvrer sa créance en France.

L'article L. 111-1-3, en mettant en place une procédure d'autorisation judiciaire préalable à toute saisie, procédure apparemment anodine, interdira, en fait, à tout créancier, même muni d'un titre exécutoire, de faire procéder à des saisies à l'encontre de tout État étranger.

En effet, cette autorisation judiciaire ne sera accordée que si le créancier administre la preuve *a priori*, du caractère commercial ou civil des fonds/biens de l'État étranger.

Or, cette preuve *a priori* est tout simplement impossible à apporter, lorsqu'il s'agira, comme le plus souvent, de saisir des comptes bancaires et ce, notamment à cause du secret bancaire, particulièrement sévère et inviolable en France.

Ce faisant, la France ne respecte pas sa signature de la Convention de l'ONU du 2 décembre 2004 sur les immunités des États étrangers. Même si cette convention n'est pas encore en vigueur, elle est applicable en France, ainsi que cela a été expressément reconnu par la Cour de cassation depuis ses arrêts du 28 mars 2013 (*V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2013, n° 11-10.450, 11-13.323 et 10-25.938 : JurisData n° 2013-005665, JurisData n° 2013-005668 et JurisData n° 2013-005622*). Cette

convention parvient à un équilibre entre les intérêts légitimes des États et des créanciers. Cet équilibre est remis en cause par le projet de loi *Sapin II*.

En effet, cette autorisation préalable n'est pas conforme à l'article 19 de la Convention de l'ONU, qui ne la prévoit pas. Au surplus, le fait que cette autorisation ne pourra jamais être obtenue en pratique, vient porter atteinte au droit à l'exécution des décisions de justice de tout justiciable, tel que résultant de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence de Strasbourg prise en son application.

**S. B.** : On peut également être critique de l'article L. 111-1-2, qui remet en cause une jurisprudence récente de la Cour de cassation (*V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 2015, n° 13-17.751 : JurisData n° 2015-011133*) pourtant prise en application de la Convention de l'ONU, qui réintroduit l'exigence d'une renonciation spéciale pour la saisie des comptes bancaires diplomatiques.

Outre que ces nouveaux articles L. 111-1-1 à L. 111-1-3 porteront atteinte aux droits des créanciers des États (et notamment des entreprises ayant des relations commerciales ou de partenariat avec ces États), cette immunité renforcée (à nouveau quasi absolue ?) des États nuira à la réputation de la place de Paris comme place d'arbitrage, puisque Paris deviendra une place où les sentences arbitrales contre les États ne pourront pas être exécutées.

Malheureusement, cet article n'a pas fait l'objet d'une étude d'impact équilibrée du Conseil d'État (l'étude d'impact ne souligne absolument pas les risques mentionnés et ne se place que dans l'intérêt des États, au détriment de leurs créanciers, notamment français). Il est à souhaiter que la discussion parlementaire puisse revenir à une situation juste et conforme aux engagements de la France.