

RLDA 6522

## Actualité sur la loi anti-corruption Sapin II : un premier bilan deux ans après

La récente loi *Sapin II* du 9 décembre 2016<sup>(1)</sup> sur la transparence et la lutte contre la corruption, complétant les dispositifs législatifs instaurés fin 2013, ayant notamment créé le Parquet National Financier et la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, était censée créer une petite révolution en France, avec comme un des objectifs affichés par l'ancien ministre de l'Économie et des Finances en ayant porté le projet, Michel Sapin, celui, notamment, de juguler l'hémorragie provoquée par les sanctions américaines pour violation du *Foreign Corrupt Practices Act* à l'égard des fleurons français Alstom (772 millions USD en 2014), Total (245 millions USD en 2013), Technip (240 millions USD en 2010) et Alcatel (92 millions USD en 2010) et de faire cesser le pillage d'informations sensibles par le *Department of Justice* américain dans le cadre de ses procédures d'enquêtes.

Cette loi, qui, de par les seuils cumulatifs qu'elle impose (plus de 500 salariés et plus de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel), concerne aujourd'hui en France environ 1 600 sociétés privées ainsi que les entités publiques satisfaisant aux mêmes critères, est très inspirée des modèles anglo-saxons (*UK Bribery Act* et FCPA américain), mais a même érigé un standard d'exigences plus élevé, notamment en instaurant le délit autonome de non mise en place d'un programme de conformité anti-corruption légalement satisfaisant.

Cependant malgré cet arsenal national et international pléthorique, où en est-on aujourd'hui en France en matière de lutte contre la corruption et plus spécifiquement

du respect des avancées attendues par la promulgation de la loi *Sapin II* ?

La récente étude annuelle réalisée en 2018 par Ernst & Young sur la fraude et la corruption a mis en évidence que 11 % des répondants estiment que la corruption reste une pratique courante pour remporter un contrat et que 13 % justifient le versement de pots-de-vin en espèces pour gagner ou conserver un contrat ou assurer la survie de l'entreprise en période de crise. Les jeunes semblant, à cet égard, proportionnellement les plus enclins à céder à la corruption, qu'elle soit active ou passive.

Examinons ainsi successivement les différents apports de la loi *Sapin II* concrètement constatés jusqu'ici, avant d'évoquer les éventuels axes d'amélioration.

(1) Auteur notamment de l'ouvrage *La lutte contre la corruption en France - 2013, une année décisive*, préfacé par André Vallini, éditions Emerit Publishing, 2014.

(2) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016.



Par Daphné  
LATOUR<sup>(1)</sup>

Avocat à la Cour  
Counsel - Cabinet  
Laurent Cohen-  
Tanugi Avocats

## I. – Les changements que la loi a apportés dans le quotidien des entreprises

### Un début de mise en conformité et une prise de conscience

Il est à noter qu'aujourd'hui la plupart des entreprises soumises aux obligations de la loi Sapin II ont amorcé la création voire le déploiement de certains des huit volets requis aux termes de son article 17 (cartographie des risques de corruption ; code de conduite anti-corruption assorti de sanctions intégrées au règlement intérieur ; dispositif d'alertes professionnelles ; procédure d'évaluation des tierces parties, procédure de contrôles comptables, formation du personnel le plus exposé et système d'auto-évaluation du programme).

Ainsi, même si Charles Duchaine, directeur de la nouvelle Agence Française Anticorruption (AFA) - autorité régulatrice en ce domaine créée en mars 2017 - reconnaît qu'aucune des 32 entités (dont huit publiques) ayant, à ce jour, fait l'objet d'un contrôle ne présente, loin s'en faut, un programme parfait en tous points, la plupart ont amorcé la mise en place de mesures visant à s'y conformer, en commençant, selon des méthodologies parfois variées, par la réalisation de la cartographie de leurs risques de corruption, socle fondateur du programme. La mise en place exhaustive du programme prendra donc du temps car elle est coûteuse et que les entreprises ont aujourd'hui à faire face à une incessante inflation législative. Cependant, la prise de conscience par les dirigeants de la nécessité de se conformer à cette nouvelle loi, voire des bienfaits qui pourraient en découler pour l'entreprise et l'économie en générale, semble réelle. Ce qui est positif car c'est précisément le « *tone at the top* », volonté affichée des instances gouvernantes qui sera moteur dans la mise en place des programmes de conformité efficaces et donc permettra de réelles avancées. Il s'agit d'ailleurs d'un aspect fondamental pour l'AFA qui affiche sa détermination à ne pas faire de simples contrôles de façade et corollairement ne se satisfera de programmes factices ou « cosmétiques ». Restera ensuite à évaluer leur impact réel sur une éventuelle diminution de la corruption.

### Une préparation aux contrôles du régulateur

Ce qui dernièrement préoccupe apparemment le plus les entreprises est le risque de faire l'objet d'un contrôle, sur pièces et/ou sur place (voire « éclair » mais jamais inopiné à ce stade) de la part des agents habilités de l'AFA et la nécessité de s'y préparer. En effet, le questionnaire préalable publié par l'AFA de 184 questions toutes extrêmement précises et fouillées fait d'ores et déjà peser sur chaque entreprise assujettie, l'obligation de réunir des éléments de réponse bien en amont et donc de combler le cas échéant les carences en mettant en œuvre le maximum de mesures défaillantes, car le délai de réponse de quinze jours pour y répondre une fois sollicité par l'AFA est naturellement très insuffisant, notamment pour les plus grosses d'entre elles.

Les praticiens jugent, quant à eux, ce questionnaire trop exigeant et exhaustif, et la doctrine diverge sur la manière la plus opportune de répondre à certaines de ses questions : doit-on tout divulguer pour ne pas risquer d'être taxé d'absence de coopération et même pouvoir bénéficier d'un amoindrissement de peine en cas de poursuite ou faut-il « prendre son risque » par rapport à la divulgation de certains éléments, par ailleurs couverts par le secret des affaires et ce même si les agents de l'AFA sont eux-mêmes soumis à un devoir de confidentialité ? L'avenir dira quelle attitude il vaut mieux adopter.

Une nouveauté à souligner, en matière de contrôles sur place, est que désormais la présence d'un avocat, en vue d'assister un opérationnel lors de son entretien avec un ou plusieurs agents de l'AFA, est autorisée, contrairement à celle des *compliance officers* de l'entreprise contrôlée. Cela va dans le sens de l'approche très pragmatique de l'AFA, qui ne cesse d'évoluer dans ses positions, ce que tout le monde salue.

## II. – Et justement, où en est l'AFA ?

Cette autorité, placée sous l'égide conjointe du ministère de la justice et du budget, sans statut d'autorité administrative indépendante, compte aujourd'hui 60 personnes et a, ce faisant, quasiment atteint son objectif en terme d'effectifs prévu de 70. Émanation de l'ancien Service Central de Prévention de la Corruption, elle est en grande partie constituée d'anciens magistrats, agents de la Direction Générale des Finances Publiques ou du service des douanes.

Son directeur a révélé que jusqu'à présent les sanctions potentielles consécutives aux contrôles qu'elle a effectués n'iront pas au-delà de simples injonctions et avertissements, car il faut laisser du temps aux entreprises pour se mettre en conformité. D'aucunes souhaiteraient donc être contrôlées dès à présent pour bénéficier de cette période de clémence dans l'appréciation des programmes qui, très logiquement, disparaîtra avec le temps.

Si elle a une double mission de conseil et de contrôle, elle ne cache pas qu'elle transmettra au Parquet National Financier (PNF), en application de l'article 40 du code de procédure pénale, toutes les infractions dont elle aura eu connaissance, au travers de ses contrôles ou via les alertes, apparemment nombreuses et parfois très caractérisées, dont elle aura été récipiendaire.

## III. – Quels résultats pour le nouvel instrument transactionnel consacré par la loi, la Convention Judiciaire d'Intérêt Public ?

Très éloignée de la tradition judiciaire française, la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), calquée sur

le modèle du *Deferred Prosecution Agreement* américain, semble contre toute attente commencer à trouver sa place en France. Ainsi, la première, signée par HSBC Private Bank, en matière de blanchiment de fraude fiscale, aura vu, en novembre 2017, cette dernière accepter de payer une amende globale de 300 millions d'euros à l'état français en échange d'une absence de sanction judiciaire très préjudiciable et en contrepartie de la satisfaction de certaines obligations visant à la non réitération des faits.

Plus récemment encore, et cette fois, pour des faits de corruption, la Société Générale a accepté, en juin 2018, de payer 293 millions de dollars au *Department of Justice* (DOJ) américain et 250 millions d'euros au PNF, pour solder les poursuites dont elle faisait l'objet pour des faits de corruption en Libye. Ainsi, a été signée la première CJIP en matière de corruption et dans le cadre d'un partage parfaitement équitable de la peine infligée avec l'autorité américaine avec laquelle le parquet français a collaboré. Il s'agit là d'un pas très encourageant dont se félicite Éliane Houlette, directrice du PNF.

Autre avancée, dans le cadre de cette CJIP, il a été convenu l'absence d'obligation pour la Société Générale de se soumettre à la surveillance d'un moniteur indépendant nommé par le DOJ américain. Ce rôle de contrôle de la bonne effectivité du programme anti-corruption mis en place par la banque sera exécuté par l'AFA elle-même pendant deux ans, ce qui redonne à la France un peu de souveraineté. Espérons que sa surveillance et les rapports qui en résulteront satisferont les autorités américaines faute de quoi elle pourra revenir sur le principe de ce type d'accord transactionnel avec sanctions conjointes dans l'avenir.

#### IV. – Axes d'amélioration de la loi et de sa mise en œuvre

Charles Duchaine regrette que le critère du lieu du siège social en France comme critère principal d'applicabilité de la loi ait été retenu par le législateur et affirme que cet aspect fera l'objet d'une révision.

Il pointe également le décalage entre les lois française et américaine au regard du traitement des lanceurs d'alertes. Ces derniers étant rémunérés dans le deuxième système, il craint qu'ils ne soient tentés d'aller divulguer plutôt aux autorités américaines que françaises et que les juridictions américaines gardent ainsi une marge de manœuvre considérable dans la poursuite des sociétés en infraction, même françaises, battant ainsi en brèche l'un des objectifs premiers de la loi *Sapin II*. La solution, à ne pas exclure selon lui, pourrait être de les rémunérer également en France, mais concrètement une telle mesure ne sera pas évidente à faire admettre et faire financer.

La CJIP, outil qui, en France, possède comme garantie procédurale l'obligation de la validation de l'accord par

le président du tribunal de grande instance, contient malgré tout une lacune originelle : elle n'inclut pas pour l'instant le règlement du sort des personnes physiques impliquées dans les faits de corruption dont l'objet même de la CJIP est le traitement, contrairement au DPA américain (les États-Unis insistant d'ailleurs sur leur volonté de voir la responsabilité des personnes physiques recherchée chaque fois que cela est possible, comme ils l'ont décrit dans le Mémo Yates de 2015). Ainsi, seule la personne morale responsable peut reconnaître les faits, sans reconnaître pour autant sa culpabilité, afin d'échapper à une sanction judiciaire qui lui barrerait pour l'avenir l'accès aux appels d'offres des marchés notamment publics, alors que la personne physique peut, aujourd'hui en droit français, au mieux recourir à une CRPC (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité) moins avantageuse, conditionnée et dans une procédure séparée.

Enfin, il semblerait que le principe de *non bis in idem*, aux termes duquel l'on ne peut être poursuivi par les juridictions de deux États différents pour les mêmes faits, ne trouve jamais réellement à s'appliquer, malgré sa consécration à l'article 4-3 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, faute d'un accord unanime international quant à sa mise en œuvre. Heureusement, il semblerait que les poursuites conjointes entre régulateurs d'États étrangers se multiplient et que la coopération internationale se déroule plutôt bien. Citons, à titre d'exemples, les sanctions dans les affaires *Odebrecht* (partage de l'amende de 2,6 milliards de dollars entre les États du Brésil, des États-Unis et de la Suisse, 2016), *Vimpelcom* (partage de l'amende de 795 millions de dollars entre les États néerlandais et américain, 2016), *Telia* (partage de l'amende de 1 milliard de dollars entre les États néerlandais et américain, 2017) et plus récemment donc *Société Générale* (partage de l'amende relative aux faits de corruption en Libye de 500 millions d'euros entre les États français et américain, 2018).

#### Remarques conclusives

Des questions restent en suspens car la loi n'a, comme souvent, pas envisagé ni tranché toutes les problématiques et hypothèses possibles. Ainsi, à titre d'exemple, il devrait y avoir dans l'avenir une harmonisation des obligations à la charge des personnes de droit public pour un vrai alignement sur celles des personnes de droit privé. De même, l'Ordre des Avocats et l'AFA devront trancher en faveur d'une position ferme et commune en matière d'application et d'opposabilité du secret professionnel de l'avocat vis-à-vis de son client, notamment à l'égard des éléments et documents préparatoires à la création et mise en place du programme de conformité de leur entreprise cliente. ■