

Newsletter Compliance & Ethique

Newsletter
Compliance

Septembre 2016

EDITO

La place de l'éthique dans l'entreprise, lorsqu'elle donne lieu à des vagues d'engouement successives - colloques, conférences et publications en tout genre -, est frappée du sceau des bons sentiments et de belles idées aussi théoriques que générales, confinant parfois au parfois au phénomène de mode.

Mais ces phénomènes passagers et récurrents ne sont que l'écume d'une vague de fond dont le mouvement initial ne date pas d'hier et dont les signes annonciateurs se sont fait sentir il y a déjà plusieurs années.

Il paraissait très tôt inéluctable que les entreprises, quelle que soit leur taille et au premier rang d'entre elles les groupes importants bénéficiant d'une implantation internationale, soient chaque jour davantage placées face à leur responsabilité sociétale.

Ce néologisme qui le dispute à l'acronyme RSE (Responsabilité Sociétale et Environnementale) procède finalement d'une idée simple : l'entreprise se doit d'assurer une responsabilité à la mesure de sa place dans la société, envers le corps social dans son ensemble. Et comme un bonheur n'arrive jamais seul, il n'est plus à démontrer qu'une approche si vertueuse engendre des effets micro et macroéconomiques nécessairement bénéfiques.

Être responsable c'est évidemment respecter le droit positif. Mais à ce soubassement, s'ajoute un autre niveau de construction constitué par les règles que les entreprises se donnent à elles-mêmes et les usages internationaux qui composent ce qu'il est convenu d'appeler la Soft Law ou de manière plus hexagonale, le Droit Mou. Cette pathogenèse juridique donne lieu à

des enfants plus ou moins réussis. Dans certains cas, le dispositif éthique conçu et mis en place par certaines entreprises paraît malin et aussi peu mûre que résistant en cas de crise éthique.

Se doter a minima d'une charte éthique et d'un dispositif de compliance n'est pas chose très complexe et peut, à la limite, permettre de donner le change en l'absence de difficulté.

Or, un dispositif de compliance en trompe l'œil, que l'entreprise ne se donnera pas vraiment les moyens de rendre efficace et d'en contrôler l'appropriation par ses collaborateurs et partenaires exposerait celle-ci à une potentielle et exponentielle aggravation de sa responsabilité.

La conception et le fonctionnement d'un dispositif de compliance efficient passe donc par une réflexion approfondie et adaptée à la configuration de chaque entreprise et au contexte dans lequel elle évolue.

Passé le temps de la conception, vient en effet celui du fonctionnement lorsque la crise éthique survient. L'anticipation de la crise éthique - qui, souvent, est aussi une crise pénale - passe par des réponses apportées par l'entreprise à nombre de questions.

Quel contenu donner à l'ensemble de prescriptions et règles internes à l'entreprise ou au groupe ?

Comment adapter ce contenu aux différentes populations de collaborateurs voire aux partenaires prestataires et fournisseurs, étant entendu à cet égard que toute démarche par trop intégrante engendrerait un risque de caractérisation d'une subordination pouvant donner lieu à requalification d'une relation contractuelle - notamment de sous-traitance - en contrat de travail ? Comment former les collaborateurs de l'entreprise de sorte qu'ils s'ap-

roprient ces règles et, corrélativement, comment démontrer le cas échéant aux autorités qu'une formation efficace a été dispensée ?

Par quel processus encadrer les pratiques identifiées comme étant porteuses d'un risque éthique ?

Par qui et selon quelles modalités procéder à des contrôles, des audits et des enquêtes, en veillant au respect des droits fondamentaux de chaque personne - y compris et surtout des personnes potentiellement coupables d'une faute éthique ou d'un délit ? Comment gérer le droit d'accès et de rectification aux données personnelles utilisées dans le cadre des audits ou des enquêtes ? Enfin, comment articuler ces enquêtes avec l'intervention éventuelle des autorités administratives ou judiciaires lorsqu'une infraction aura été identifiée ? etc...

Les réponses apportées à ces questions seront déterminantes de la capacité de l'entreprise à traiter la crise éthique avec pertinence et efficacité avant qu'elle ne prenne sur le terrain judiciaire et médiatique une ampleur ravageuse.

Cela nécessite une approche fine de la situation et une vision transversale des différents domaines juridiques dont elle relève : conséquences civiles et indemnitaires, conséquences pénales, administratives, sociales et médiatiques, le tout devant être pesé à l'aune des enjeux économiques.

Serez-vous étonné si pour conclure ce propos, nous vous faisons part de notre conviction de ce que dès le stade de la conception du programme de compliance, l'avocat, auquel son expérience de terrain donne une vision transversale et une capacité d'anticipation incomparable, est en matière d'éthique et de compliance, le partenaire privilégié des entreprises ?

Dans ce numéro :

Focus **p. 2**
Projet de loi Sapin II

Procédure **p. 3**
UK Bribery Act

Législation **p. 3**
Normes ISO

Fiche pratique **p. 4**
E-learning

FOCUS : Projet de loi Sapin II - Obligation de conformité

Projet de loi soumis à la procédure accélérée

Adoption définitive prévue à l'automne

Mesures visées par la Loi :

- ⇒ Code de conduite anticorruption à intégrer au règlement intérieur
- ⇒ Dispositif d'alerte interne
- ⇒ Cartographie de risques de corruption (incluant clients, fournisseurs et intermédiaires)
- ⇒ Procédures de contrôles comptables, internes ou externes
- ⇒ Dispositif de formation
- ⇒ Dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre

Adopté en 1^{ère} lecture par les deux chambres en juin et juillet dernier, le Projet de la loi Sapin II (titre I relatif à la lutte contre les manquements à la probité) prévoit de renforcer le dispositif français de lutte contre la corruption, préventif comme répressif.

Il crée notamment une Agence française de prévention de la corruption, avec de nouvelles attributions d'aide à la prévention et de détection de la corruption ; il introduit une transaction judiciaire qui permettrait aux entreprises mises en cause pour corruption de payer une amende et d'éviter ainsi un procès et instaure une protection du lanceur d'alerte ; il favorise également l'application extraterritoriale de la loi française sur les faits de corruption et de trafic d'influence.

Une mesure faisant l'objet d'un large consensus est la création d'une **obligation « de conformité anticorruption »** qui constituerait un dispositif original n'ayant pas d'équivalent ni dans le FCPA (« Foreign Corrupt Practice Act »), dans lequel l'existence d'un programme de conformité n'est qu'une cause d'atténuation de responsabilité, ni dans le « UK Bribery Act », au titre duquel le plan de conformité est une cause d'irresponsabilité (« affirmative defense ») pouvant faire barrage à une condamnation en cas d'échec de prévention (« failure to prevent bribery »).

Dans le système français projeté, des mesures administratives ou judiciaires pour non-respect de la mise en place des dites mesures pourraient être prononcées indépendamment de la constatation de faits de corruption.

Cette obligation pourra, en effet, se trouver sanctionner de deux façons.

En premier lieu, il incombera aux sociétés employant au moins **500 salariés permanents** dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est

fixé sur le territoire français et à l'étranger, et réalisant **un chiffre d'affaire de plus de 100 millions d'euros** (art. 8, codifié à l'article L. 23-11-1 du Code de commerce) de mettre en œuvre **une série de mesures proportionnées, énumérées par la loi** destinées à prévenir et détecter la commission de faits de corruption ou de trafic d'influence (cf. Mesures).

Cette obligation s'applique également aux filiales de ces sociétés et est mise à la charge des mandataires sociaux de l'entreprise, mention inhabituelle pour de telles obligations soulignant leur responsabilité personnelle.

Les entreprises auront un délai de 2 ans, à compter de l'entrée en vigueur de la loi, pour mettre en place ce programme de conformité. L'absence de programme ou son insuffisance pourront être sanctionnées par l'autorité administrative et le cas échéant par le juge judiciaire.

Il n'y avait jusqu'alors aucune obligation pour les entreprises de mettre en place un programme de conformité, même si elles y étaient fortement incitées par différentes instances françaises (le SCPC, l'Autorité de la concurrence, l'AMF) et si l'absence d'un tel programme pouvait constituer un des éléments constitutifs de l'intention délictueuse, notamment en matière de corruption.

C'est l'Agence française de prévention de corruption qui devrait donc réaliser un contrôle du respect des mesures de conformité. A ce titre, elle disposera d'un droit de communication étendu de tout document professionnel utile, et pourra émettre des avertissements. Quant à l'étendue de son éventuel pouvoir de sanctions, il est encore sujet à débat parlementaire.

Contrairement à l'Assemblée nationale qui avait prévu des sanctions allant jusqu'à une amende de 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 million d'euros pour les personnes morales, le

Sénat a voté la suppression d'un tel pouvoir de sanction (allant dans le sens d'une dépenalisation du droit des sociétés, d'un respect des prérogatives de l'autorité judiciaire et d'un renvoi aux mécanismes de droit commun). Dans ce dernier cas, l'Agence pourrait donc seulement saisir le juge des référés, dans un délai de 3 mois à la suite de l'avertissement, en vue d'enjoindre sous astreinte une société à prendre les mesures nécessaires mais n'aurait pas de pouvoir de sanctions administratives propre.

En second lieu, lorsqu'une condamnation pour corruption ou trafic d'influence est prononcée, **une peine complémentaire de mise en conformité** pourra être prise et ce à l'encontre de toute entreprise, quelle que soit sa taille (art. 131-39-2 du Code pénal).

Il s'agira d'une obligation pour une durée maximale de 5 ans, de prendre ou renforcer les mêmes mesures prévues à l'article L. 23-11-2 du Code de commerce. Le Procureur de la République ou le juge de l'application des peines pourra solliciter le concours de l'Agence précitée pour assurer son suivi. Dans le texte adopté par l'Assemblée nationale, le non-respect de cette obligation peut faire l'objet de sanctions spécifiques (30 000 d'amende et 2 ans d'emprisonnement).

Ce Projet de loi reprend, dans une certaine mesure, les lignes directrices, publiées en mars 2015 par le SPCP, dont l'objectif était de donner aux entreprises françaises des outils pour les aider à mettre en place des politiques efficaces pour prévenir la corruption dans les transactions commerciales, étant entendu qu'elles peuvent être pénalisées parfois pour le simple défaut de prévention.

En définitive, toute entreprise qui conduit des activités à risque sera concernée par le projet de loi, et il est prudent de prévoir un plan de conformité adapté et pertinent.

PROCEDURE : pour défaut de prévention de corruption au Royaume Uni

Le délit de défaut de prévention de faits de corruption (section 7 de la loi anglaise «UK Bribery Act».) réprime les entreprises qui ne justifieraient pas avoir pris des mesures préventives adéquates en matière de corruption et n'auraient pu empêcher des actes de corruption commis par des personnes « associées », travaillant pour leur compte à son bénéfice (salarié, un agent, une filiale...), sachant qu'une condamnation pour corruption à l'étranger n'est pas nécessaire, c'est-à-dire que la simple constatation de faits de corruption est suffisante.

La Standard Bank PLC a conclu un accord pénal transactionnel (« Deferred Prosecution Ageement ») en octobre 2015, avec le SFO (« Serious Fraud Office ») du chef de ce délit, pour un versement de 6 millions de dollars par une filiale en Tanzanie, dénoncés par la

banque elle-même. N'ayant pas un système de conformité qui lui aurait permis d'être exonérée de ses responsabilités, elle dut payer une amende de plus de 33 millions de dollars pour n'avoir pas su prévenir la corruption, en plus d'une amende pour les mêmes faits aux autorités américaines.

Le projet gouvernemental d'étendre ce délit de défaut de prévention à tous les délits économiques et fiscaux fait l'objet pour l'instant d'une consultation.

De son côté, **la société Sweett Group qui a été condamnée** par le SFO en décembre 2015 du même chef pour des faits commis au Moyen Orient par un de ses agents.

Pour rappel, la loi va jusqu'à rendre pénalement responsables les entreprises présentes partout dans le monde y compris en France, qui exercent une activité au Royaume-Uni ainsi que leurs dirigeants et impose aux entreprises **un devoir de supervision très étendu** des activités de leurs

LEGISLATION : Norme ISO anti-corruption

Une nouvelle norme internationale ISO/DIS 37001, applicable aux entreprises de toute taille, du secteur privé ou public, a été adoptée en avril 2016, **pour la mise en place de leurs systèmes de management anti-corruption.**

Si les certifications anti-corruption ne sont pas une nouveauté, cette norme permettra cependant d'avoir un référentiel minimum international valable dans tous les pays. Sont prévus un certains nombres d'outils flexibles qui devront être proportionnés à l'entreprise et aux risques encourus, et qui s'inspirent de la méthode de gestion de la qualité dite PDCA (Plan-Do-Check-Act) (cf. Mesures).

La norme permet à l'entité qui en bénéficie de valoriser son image, de garantir aux investisseurs et aux autres parties prenantes qu'elle dispose d'un système efficace mais également en cas d'investigation de fournir les preuves qu'elle a respecté les mesures nécessaires pour empêcher la corruption.

Une fois la loi Sapin II adoptée, cette norme permettra d'avoir **un référentiel international solide** pour les entreprises soumises à l'obligation de conformité.

La norme ISO peut être délivrée par l'AFNOR, ainsi que par des organismes indépendants (cabinets de conseils ou avocat), qui ont intégré la norme ISO dans leur

référentiel, offrant des prestations plus complètes aux entreprises (aide à la mise en place du programme de conformité, recommandations...).

Ces organismes peuvent être plus être plus armés pour prendre en compte l'évolution rapide des standards et pratiques internationaux ; et leur référentiel vont souvent au-delà de la norme ISO qui ne préjuge pas de la nécessité de vérifier les obligations légales obligatoires dans chaque pays.

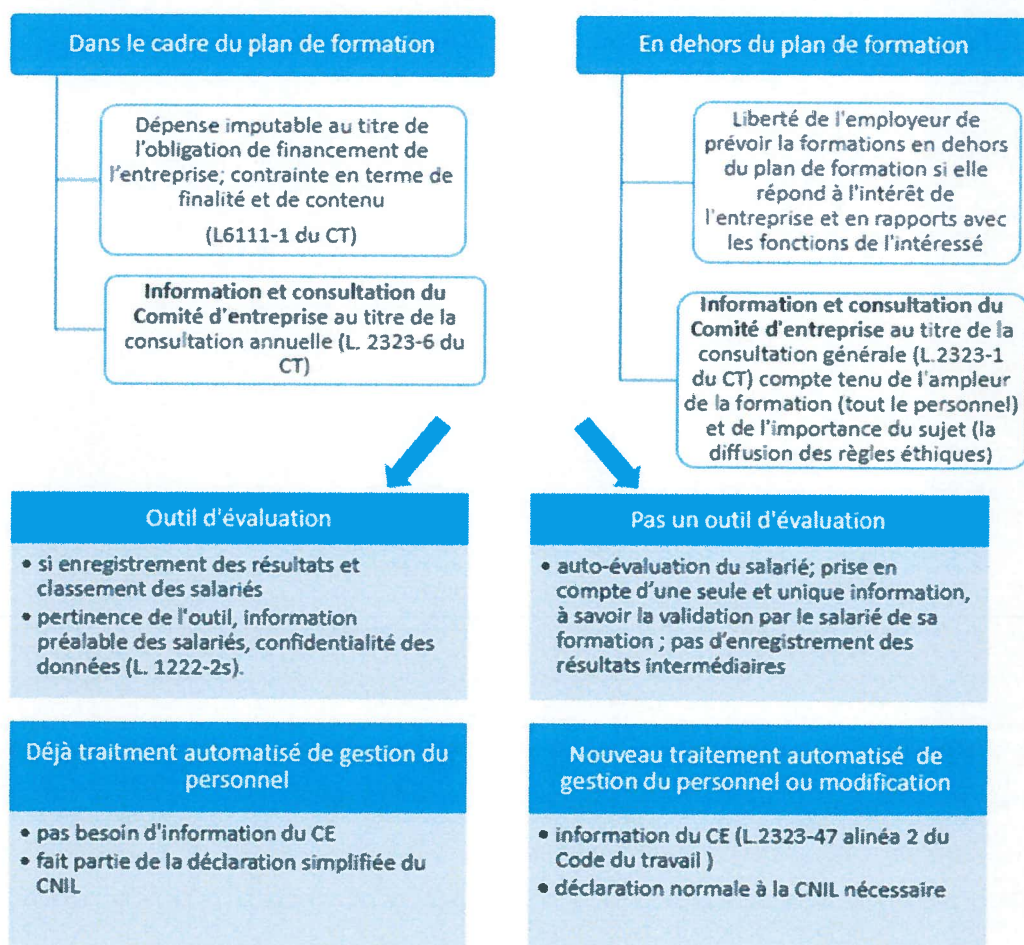
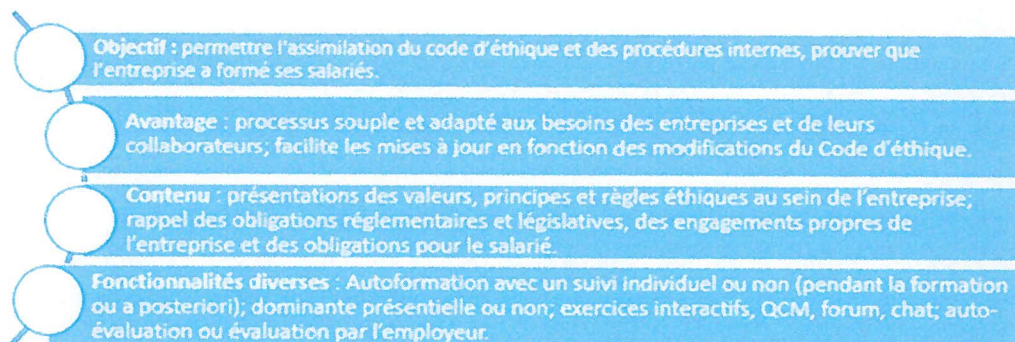
Pour la première fois, deux entreprises ont été sanctionnées pour le délit de défaut de prévention de faits de corruption

Section 7 du « UK Bribery Act ».

Mesures visées par la Norme ISO :

- ⇒ **Politique anticorruption**
- ⇒ **Fonction conformité**
- ⇒ **Formation**
- ⇒ **Diligences raisonnables**
- ⇒ **Planification d'actions**
- ⇒ **Signalement des inquiétudes**
- ⇒ **Evaluation des risques**
- ⇒ **Procédures et moyens de contrôle**
- ⇒ **Amélioration**

FICHE PRATIQUE : Mise en place d'une formation E-learning relative à l'éthique



www.pechdelaclause.com

PECH DE LACLAUZE, BATHMANABANE & ASSOCIÉS

8, Place Vendôme
75001 Paris

Téléphone : 01.44.94.98.98
Télécopie : 01.44.94.98.99
Contacts Newsletter ACE : philippe@pechdelaclause.com
egouesse@pechdelaclause.com