

Affaires

DROIT DES AFFAIRES

370

Le projet de loi Sapin II: de la lutte anti-corruption comme champ prioritaire de conformité

POINTS-CLÉS → Le projet de loi *Sapin II* (« projet de loi ») a été déposé le 30 mars 2016 à l'Assemblée nationale → Il est avant tout principalement orienté vers la lutte contre la corruption et le renforcement de la transparence → Cet aperçu rapide examine comment le texte renforce les obligations de prévention de la corruption et des infractions financières au sein des entreprises → Par ailleurs, le projet de loi durcit le contrôle des nouveaux dispositifs à mettre en place, de même qu'il aggrave les sanctions en cas d'infractions.



Noëlle Lenoir,

avocate associée Kramer Levin Naftalis et Frankel

et **Alice Jacquin,**

avocate, Kramer Levin Naftalis et Frankel

Le projet de loi *Sapin II* (projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, enregistré le 30 mars 2016 à l'Assemblée nationale, n° 3623), déposé le 30 mars 2016 à l'Assemblée nationale, fait partie de ces textes, de plus en plus nombreux, comportant une diversité de dispositions plus ou moins disparates que les pouvoirs publics entendent faire adopter, soit afin de transposer par voie d'ordonnance des directives européennes, soit pour assurer la mise en œuvre rapide de mesures jugées essentielles. Le projet de loi est tout cela à la fois. Il est avant tout néanmoins principalement orienté vers la lutte contre la corruption et le renforcement de la transparence dans la ligne de la première loi *Sapin* du 29 janvier 1993 sur la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques (L. n° 93-122, 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JO 30 janv. 1993, p. 1588).

Les directives, dont la transposition se ferait donc par ordonnance de l'article 38

de la Constitution, telles que les directives 2014/57/UE sur les abus de marché et 2015/2366/UE sur les services de paiement dans le marché intérieur, concernent surtout les marchés financiers. Il s'agit de directives modificatives de législations plus anciennes. Plus novatrice est la directive 2014/104/UE sur les actions en dommages et intérêts susceptibles d'être diligentées au plan national par les personnes s'estimant lésées du fait d'infractions au droit de la concurrence (*private enforcement*). L'un des principaux changements réside dans le fait que la charge de la preuve ne pèsera plus en toutes circonstances sur la victime. Mais – autre signe des temps – le projet de loi comporte aussi des dispositions habilitant le Gouvernement à légiférer par ordonnance en dehors même des nécessités de transposition des directives. C'est le cas notamment dans les domaines de la domanialité publique et de la commande publique qui touchent pourtant à des libertés fondamentales. À tout le moins peut-on espérer que le Gouvernement aura la bonne idée de consulter sur Internet les parties prenantes intéressées, de manière

ce que l'adoption de ces ordonnances repose sur un processus plus démocratique. Le projet de loi, soumis à la procédure accélérée (une seule lecture dans chaque chambre), devrait être examiné à l'Assemblée nationale avant l'été 2016. Les dispositions sur la lutte contre la corruption en particulier financière vont vraisemblablement donner lieu à des discussions animées, tant elles changent le paradigme des exigences de conformité pesant sur les entreprises. Aussi, le présent article se limite-t-il à examiner comment le texte renforce les obligations de prévention de la corruption et des infractions financières au sein des entreprises (1) et durcit le contrôle des nouveaux dispositifs à mettre en place, de même qu'il aggrave les sanctions en cas d'infractions (2).

1. La transparence, la prévention et la détection des infractions

D'abord, le projet de loi consacre, sur le modèle du *UK Bribery Act de 2010* (E. Caradec, *UK Bribery Act : les sociétés françaises sont-elles aussi concernées ?* : JCP E 2016, act. 318), une obligation de prévention (article 8 du projet de loi) impliquant des mesures destinées non seulement à prévenir, mais aussi à détecter la commission tant en France qu'à l'étranger de faits de corruption ou de trafic d'influence.

Le champ d'application du texte est particulièrement vaste du fait que l'obligation de prévention vise les entreprises de plus de 500 salariés ou appartenant à un groupe de plus de 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros. D'après le dossier de presse du projet de loi, environ 1 570 groupes, employant 5,3 millions de salariés, seraient concernés (*dossier de presse sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 30 mars 2016, p. 41*), ce qui est très important et peut toucher des entreprises investissant à l'étranger dont les moyens, pour certaines, peuvent être limités.

Au demeurant, l'obligation de prévention pèse, non pas seulement sur la personne morale, mais sur les présidents, directeurs généraux, membres du directoire et gérants : en cas de non-respect de cette obligation, ces derniers encourent des amendes

administratives à hauteur de 200 000 €, portées à un million d'euros pour les personnes morales (article 8 du projet de loi).

L'obligation, dont la teneur est précisée par le projet de loi, comporte notamment l'adoption d'un code de conduite, la mise en place d'un dispositif d'alerte interne portant sur le respect du code de conduite ainsi que l'élaboration d'une cartographie des risques d'exposition de la société à des sollicitations externes. Des procédures d'évaluation de la situation des clients et fournisseurs directs doivent également être instituées, ce qui pourra être difficile lorsque ceux-ci résident ou déploient leurs activités dans des contrées lointaines. Le contrôle comptable est clairement mentionné comme un outil de lutte contre la corruption. Enfin, l'entreprise se voit tenue, d'une part, de mettre en place des formations internes destinées à prévenir les comportements répréhensibles et, d'autre part, de prévoir un régime de sanctions disciplinaires à l'encontre des « membres de la société ». Ces diverses obligations, conjuguées aux risques de sanctions y afférents, contraindront à la plus grande vigilance dans l'élaboration des programmes de conformité et le contrôle de leur mise en œuvre effective ; accroissant ainsi le rôle des membres des comités d'audit et des risques.

Comme vu dans un précédent article (*N. Lenoir et A. Jacquin, Les lanceurs d'alerte dans le projet de loi « Sapin II » : JCP E 2016, act. 291*), cet effort concret de prévention demandé aux entreprises s'accompagne d'un sensible renforcement de la protection des lanceurs d'alerte. Si le texte déposé à l'Assemblée nationale semble limité aux alertes en matière financière, le Gouvernement a annoncé son intention d'intégrer dans le projet de loi « par amendements, des dispositions qui créeront un statut protecteur applicable à l'ensemble des lanceurs d'alerte du secteur public et du secteur privé, quel que soit le domaine d'activité ». Pour l'instant, il ne semble pas être donné suite à la demande d'ONG de voir créer une « maison des alertes » ; ce qui effectivement ajouterait encore une instance à celles existantes comme la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (« HATVP ») (autorité créée par les lois n° 2013-906 et n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique).

Un autre point d'attention du projet de loi porte sur la création d'un registre public des représentants d'intérêts au niveau gouvernemental, comparable à celui existant pour l'Assemblée nationale et le Sénat, ou encore au « registre de transparence » mis en place au niveau du Parlement européen et de la Commission européenne. Dans ces différents cas, l'inscription au registre, accessible en ligne,

est facultative et emporte des obligations déontologiques. S'agissant du registre européen, un mécanisme d'alertes et de plaintes permettant à toute personne de déclencher une enquête administrative concernant des informations contenues dans le registre ou des violations présumées du code par des organisations ou personnes enregistrées. Le projet de loi se différencie par le caractère obligatoire de l'inscription des représentants d'intérêts sur le registre public qui sera tenu par la HATVP. Celle-ci pourra infliger des sanctions pécuniaires en cas de manquement aux obligations déontologiques découlant de l'inscription au registre. La définition de la représentation d'intérêt étant particulièrement extensible, les groupements en lien avec des entreprises devront être particulièrement vigilants. L'article 13 du projet de loi définit, en effet, la représentation d'intérêts comme l'activité de personnes physiques ou morales qui exercent régulièrement une activité ayant pour finalité d'influer sur la décision publique, notamment en matière législative et réglementaire, en entrant en communication avec un membre du Gouvernement, un collaborateur du président de la République ou un membre de cabinet d'un membre du Gouvernement, le DG, secrétaire général ou membre du collège d'une autorité administrative ou publique indépendante ; toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en Conseil des ministres.

2. Le renforcement des contrôles et des sanctions

Le projet de loi marque clairement la volonté de déléguer à des entités spécialisées les missions de contrôle et de sanction des infractions à la transparence.

Tout d'abord, il prévoit le remplacement du service central de prévention de la corruption (« SCPC »), créé par la loi *Sapin I*, par le Service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption (« SCPADC »). Le SCPC, placé auprès du ministre de la Justice, est un service interministériel sans pouvoir d'investigation, qui centralise et exploite des informations sur la corruption en France. Il peut être saisi par différentes autorités publiques et transmettre aux procureurs de la République des éléments découverts à fins de poursuites pénales éventuelles. Rattaché aux ministres de la Justice et du Budget (article 8, III du projet de loi), le SCPADC aura quant à lui des pouvoirs de contrôle et sanction : il pourra se faire communiquer tout document professionnel, procéder à des vérifications sur place, s'entretenir

avec toute personne dont le concours lui paraît nécessaire (article 4 du projet de loi) et, le cas échéant, infliger des sanctions, tels que des avertissements, des injonctions aux fins de mise en conformité ainsi que des amendes. Le contrôle opéré par le SCPADC portera principalement sur le respect de la nouvelle obligation de prévention de la corruption.

En dehors du fait qu'il n'apparaît pas nécessairement opportun de multiplier les structures administratives dont les tâches et compétences se chevauchent, il conviendrait de lever l'ambiguïté du statut de cette structure : comment concilier, en effet, son rattachement aux ministères de la Justice et du Budget avec l'affirmation de l'article 3 du projet indiquant que le magistrat à la tête du service ne reçoit aucune instruction dans l'exercice de ses missions ?

Outre ses nouveaux pouvoirs de sanction, la HATVP se voit ensuite dotée de pouvoirs d'enquête destinés à faire respecter par les représentants d'intérêts leurs obligations déontologiques : elle disposera en particulier d'un droit de communication sur place ou sur pièces sans que puisse lui être opposé le secret professionnel. Ces pouvoirs seront dûment encadrés lorsqu'ils seront exercés vis-à-vis d'un avocat déclaré comme représentant d'intérêts.

Enfin, en matière de délits financiers, le projet de loi renforce les pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers (« AMF ») avec la possibilité de sanctionner toute société pour refus d'accès aux documents ou de communication d'informations aux contrôleurs de cette autorité. Il est également prévu l'extension du champ de la composition administrative - procédure négociée entre la personne poursuivie et l'AMF - à l'ensemble des manquements relevant de sa compétence, à l'exclusion des abus de marché (article 18 du projet de loi).

L'un des aspects les plus délicats du projet de loi concerne la répression pénale des actes de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger par des sociétés ou des personnes physiques qui leur sont liées, c'est-à-dire dans des pays où ces pratiques renvoient à des mentalités éventuellement éloignées du standard de la Convention de l'OCDE de 1997 (*Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997*). Selon le texte, la loi française s'applique dès lors que les agissements sont le fait d'un Français ou d'une personne résidant habituellement sur le territoire français, sans que soit désormais exigée la condition - s'il s'agit de délits - de la réciprocité d'incrimination (article 12 du projet de loi). Ce qui signifie que les personnes incriminées encourront

la sanction de la loi pénale française, alors même que l'acte n'est pas punissable dans le pays où il aura été commis. Jusqu'ici, les infractions commises hors de France par un Français ou dont la victime est française ne peuvent donner lieu à poursuites qu'à la requête du ministère public, précédée d'une plainte de la victime (ou ses ayants droit) ou d'une dénonciation officielle des autorités du pays où elles ont été commises. Cette condition est supprimée pour les actes de corruption et de trafic d'influence : les poursuites pourront être engagées sur simple plainte avec constitution de partie civile, le cas échéant par une association se donnant pour objet la lutte contre la corruption (*exposé des motifs de l'article 12 du projet de loi et dossier de presse du projet de loi*, p. 43). Parallèlement, le texte aggrave considérablement les sanctions administratives et pénales encourues. Par exemple, pour certains délits financiers, des amendes administratives pouvant aller jusqu'à 15 % du chiffre d'affaires pourront être prononcées par l'AMF (article 20 du projet de loi). Au plan pénal, les abus de marché seront punissables pour les personnes physiques à hauteur de 100 millions d'euros et 5 ans d'emprisonnement (article 17 du projet de loi). L'une des innovations les plus notables est la création d'une « peine de programme de mise en conformité », qui peut être pronon-

cée à titre principal ou complémentaire (article 9 du projet de loi). Le juge pénal pourra ainsi condamner une entreprise, quelle qu'en soit la taille, à la peine d'élaboration d'un programme de mise en conformité comportant les dispositifs de prévention identiques à ceux dont les plus grandes entreprises auront en tout état de cause l'obligation de se doter (dispositif d'alerte, cartographie des risques...).

Conclusion

En proposant le projet de loi, le Gouvernement entend marquer sa volonté de répression des actes de corruption commis à l'étranger par des agents des sociétés françaises, faisant notamment écho au classement de la France par le Groupe d'États contre la corruption (Greco) du Conseil de l'Europe (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_fr.asp). Il reste que la portée extensive des dispositions répressives du texte ne manquera pas de soulever la question de l'application du principe *ne bis in idem*, selon lequel nul ne devrait être condamné deux fois pour les mêmes faits (V. par exemple, *CEDH*, 2^e sect., 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c/ Italie* : *JurisData* n° 2014-006876). Or, avec ce texte et la multiplication des dispositions législatives nationales du même genre, l'hypothèse de poursuites des mêmes personnes pour des faits identiques devant des juri-

dictions pénales ou entités administratives dans différents pays, pourrait être relativement fréquente. Aussi importe-t-il que les juridictions constitutionnelles, telles que la Cour européenne des droits de l'homme ou encore la Cour de justice de l'Union européenne, consolident leur jurisprudence de manière à éviter un cumul des sanctions pénales, ou de sanctions pénales et administratives manifestement excessives, contrairement aux principes fondamentaux de nécessité et de proportionnalité de la peine.

Jamais dans l'histoire de notre pays, l'activité législative ne s'est autant centrée sur la lutte contre la corruption. L'objectif est louable, car la corruption mine les démocraties. Force est de constater que l'empilement des textes (V. notamment, L. n° 2007-1598, 13 nov. 2007 ; L. n° 2012-158, 1^{er} févr. 2012 ; L. n° 2013-906 et 2013-907, 6 déc. 2013 ; L. n° 2013-1117, 6 déc. 2013) ne favorise pas la sécurité juridique et la lisibilité des obligations pesant sur les entreprises françaises, en comparaison des obligations pesant sur les entreprises d'autres pays. Cela étant, une idée principale se dégage des évolutions législatives récentes en matière de lutte contre la corruption et la délinquance financière : la préoccupation de conformité doit maintenant être placée, à côté du développement de l'activité, au premier rang des priorités des entreprises.

BANQUE

371

Prêt inter-entreprises : publication du décret

D. n° 2016-501, 22 avr. 2016 : JO 24 avr. 2016, texte n° 7

Le décret n° 2016-501 du 22 avril 2016 fixe les conditions et limites dans lesquelles peuvent être octroyés les prêts prévus à l'article 167 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (sur la loi *Macron*, V. notamment *JCP E* 2015, 1403 à 1419) et les modalités d'attestation de ces prêts par les commissaires aux comptes (V. également sur les conditions applicables à cette nouvelle source de financement, *J. Lasserre Capdeville, La limitation du monopole bancaire par la reconnaissance du prêt-interentreprises* : *RD bancaire et fin.* 2016, alerte 1).

Adopté sur un amendement du député Jean-Christophe Fromantin, le prêt inter-entreprises permet aux entreprises de réaliser entre elles des opérations de financement. L'ambition est d'autoriser une entreprise ayant une trésorerie excé-

dentaire de prêter à un fournisseur ou à un sous-traitant sans passer par le système bancaire. Les entreprises pourront désormais s'adresser à d'autres entreprises partenaires, y compris celles avec lesquelles elles n'ont pas de lien de capital.

Entrée en vigueur : le texte est entré en vigueur le 25 avril 2016 (lendemain de sa publication au *JO*).

BREVET

372

Les voies de recours dont une décision est susceptible sont déterminées par la loi en vigueur au jour où elle a été rendue

Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-17.439, FS-P+B : *JurisData* n° 2016-006996

La traduction d'un brevet européen, délivré le 12 mars 2003, a été déposée à l'INPI le 4 juin 2003. Le 30 janvier 2004, le directeur général de l'INPI a constaté la déchéance des droits attachés à ce brevet pour défaut de paiement de la sixième annuité. Un recours du 6 avril 2009 en res-

tauration dans ses droits a été accueilli et la décision inscrite au registre national des brevets le 26 mars 2013.

La société Ethypharm a formé un recours contre cette décision, qui est annulée par la cour d'appel au motif que le recours formé le 6 avril 2009 était irrecevable comme tardif. L'arrêt a retenu, d'une part, que l'ordonnance n° 2008-1301 du 11 décembre 2008, ayant remplacé l'article L. 613-22, 2 du Code de la propriété intellectuelle par l'article L. 612-16, étant une loi de procédure d'application immédiate, la société demanderesse était soumise, pour exercer son recours en restauration, au délai de deux mois à compter de la cessation de l'empêchement prévu par ce nouveau texte et, d'autre part, que la publication au BOPI de la décision a fait disparaître, à la date de l'entrée en vigueur du nouvel article L. 612-16, la circonstance qui avait jusque-là empêché la société demanderesse d'accomplir le paiement de la sixième annuité.

La Cour de cassation, relevant d'office le moyen selon lequel les voies de recours dont une décision est susceptible sont déterminées par la loi en vigueur au jour où elle a été rendue, casse l'arrêt. Elle