

La loi Sapin II du 9 décembre 2016



Jean-Yves Trochon, Senior Advisor, Corporate Compliance & Business Integrity, Ernst & Young et Associés

Face aux avancées marquantes de la loi Sapin II, l'auteur précise les obligations nouvelles qui en découlent pour les entreprises de plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires de 100 M€, et les sanctions susceptibles de les frapper si elles ne mettent pas en place un programme de conformité anti-corruption.

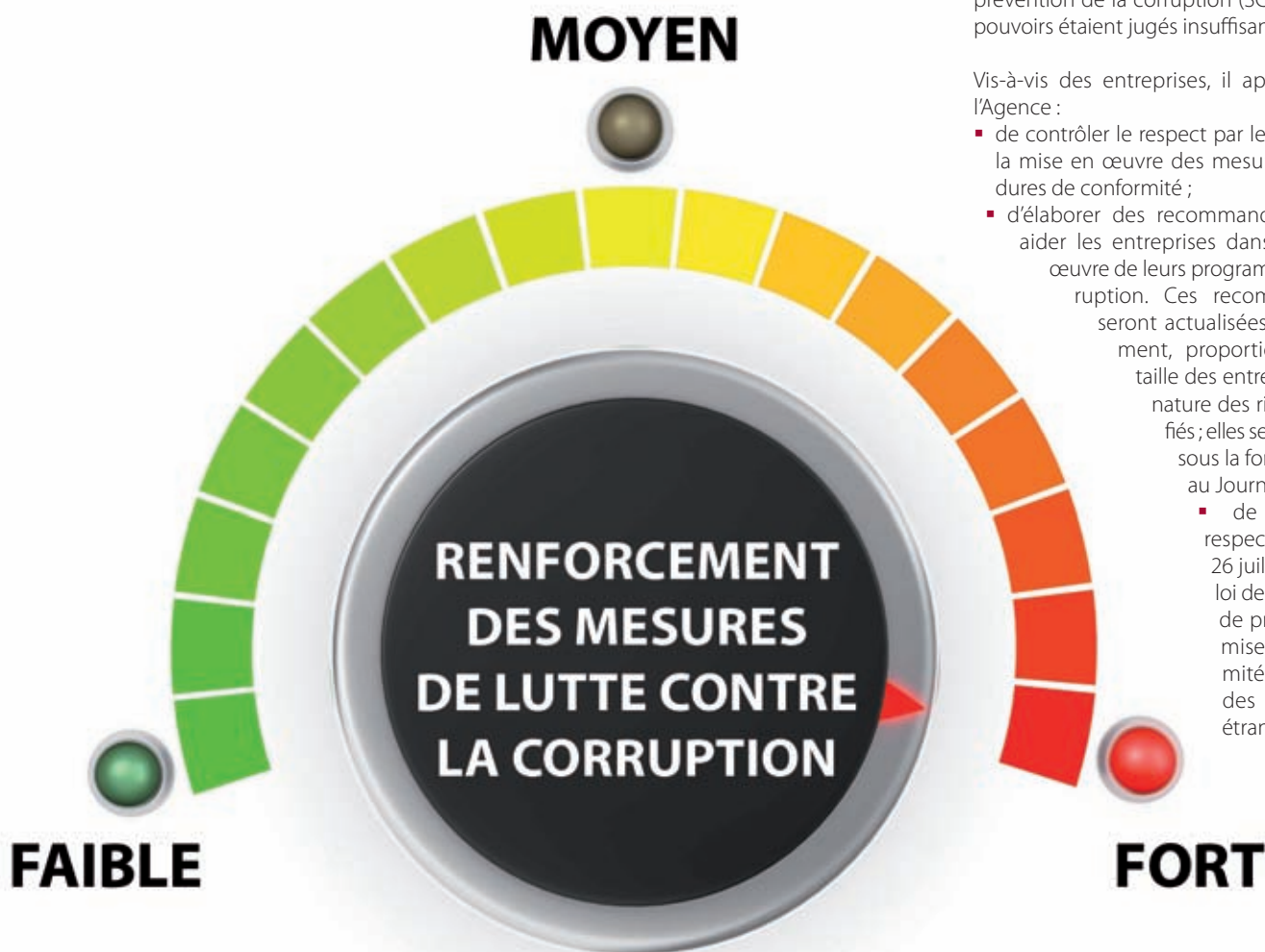
La loi Sapin II est la réponse de la France aux critiques de l'OCDE concernant son manque de résultats en matière de lutte contre la corruption depuis l'entrée en vigueur de la Convention de 1997. Elle fait entrer les programmes de conformité (*compliance*) dans le droit positif alors que jusqu'alors ils n'étaient que du domaine de la *soft law* et des bonnes pratiques. Le dispositif législatif en matière de lutte contre la corruption, sera bientôt suivi de décrets d'applications, et s'articule comme suit.

Création de l'agence française anticorruption (« AFA »)

L'AFA se substitue au Service central de prévention de la corruption (SCPC), dont les pouvoirs étaient jugés insuffisants.

Vis-à-vis des entreprises, il appartiendra à l'Agence :

- de contrôler le respect par les sociétés de la mise en œuvre des mesures et procédures de conformité ;
- d'élaborer des recommandations pour aider les entreprises dans la mise en œuvre de leurs programmes anticorruption. Ces recommandations seront actualisées périodiquement, proportionnées à la taille des entreprises et à la nature des risques identifiés ; elles seront publiées sous la forme d'un avis au Journal Officiel ;
 - de veiller au respect de la loi du 26 juillet 1968 (dite loi de blocage) lors de procédures de mise en conformité exigées par des autorités étrangères.



Des mesures similaires sont prévues pour les administrations et collectivités territoriales.

Obligation de mettre en place un programme de conformité

La loi impose aux entreprises d'une certaine taille l'obligation de mise en place d'un programme de conformité anti-corruption.

Les entreprises concernées

Les entreprises concernées sont celles de plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires de plus de 100 millions d'euros, ainsi que les entreprises appartenant à un groupe remplissant les mêmes seuils, dont la société mère a son siège sur le territoire français et met en place ces mesures pour le groupe dans son ensemble. Cette obligation pèse sur les dirigeants mandataires sociaux, ainsi que sur les sociétés elles-mêmes. Ainsi, il apparaît clairement que les Conseils d'administration (et plus particulièrement les Comités d'audit) seront responsables de s'assurer que les programmes sont effectivement mis en place, en cohérence avec leur obligation actuelle de suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, dérivée de l'Ordonnance de décembre 2008.

Les procédures et dispositifs à mettre en place

Les entreprises devront mettre en œuvre les mesures suivantes :

Un code de conduite - Il définira et illustrera les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Il devra être intégré au règlement intérieur de l'entreprise et faire l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du code du travail.

Un dispositif d'alerte interne - Ce dispositif est destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés relatifs à l'existence de comportements ou de situations contraires au code de conduite de la société.

Une cartographie des risques - Elle prendra la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité.

Des procédures d'évaluation - Elles seront destinées à évaluer la situation des clients et fournisseurs de premier rang ainsi que des intermédiaires au regard de la cartographie des risques.

Des procédures de contrôles comptables, internes ou externes - Elles seront destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles pourront être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la société, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 816-9 du code de commerce.

Un dispositif de formation - Il sera destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence.

Un régime disciplinaire - Il permettra de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société.

Un dispositif de contrôle et d'évaluation interne - Il aura pour but de contrôler l'application des mesures mises en œuvre dans le cadre du programme de conformité anticorruption et d'en évaluer l'efficacité.

Contrôles et sanctions de l'exécution de l'obligation de prévention

L'AFA a pour mission de contrôler le respect, par les entreprises concernées, de l'obligation de mise en place d'un programme de conformité anti-corruption.

Elle est investie de pouvoirs de contrôle lui permettant notamment de se faire communiquer tout document professionnel 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, l'Agence dispose de pouvoirs de sanctions, allant 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.

Peine complémentaire de mise en conformité

La loi prévoit en outre que l'entreprise convaincue de délit de corruption et de trafic d'influence sera passible d'une peine complémentaire de mise en conformité, l'obligeant, sous le contrôle de l'Agence, à mettre en place un programme de conformité anti-corruption.

Effet des programmes de conformité

À ce stade, il n'est pas envisagé que la mise en œuvre effective d'un programme puisse constituer une circonstance atténuante en cas de faits de corruption commis « à son insu » par des personnes ayant violé les procédures internes. Toutefois, le juge dispose du

pouvoir de moduler la sanction en fonction des circonstances, et notamment s'il s'avère que l'entreprise avait bien mis en œuvre toutes les mesures possibles pour prévenir la survenance de tels faits.

Entrée en vigueur

L'obligation de mettre en place un programme de conformité anticorruption entre en vigueur le premier jour du sixième mois suivant la publication de la loi, soit en pratique au 1^{er} Juin 2017.

Convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP »)

Il s'agit là d'une véritable innovation dans le droit positif français, qui s'aligne ainsi sur les pays qui y ont recours afin d'éviter des procès longs, coûteux et à l'issue incertaine. Ainsi, les pays considérés comme les plus efficaces en matière de lutte contre la corruption disposent tous d'un tel instrument, souvent dénommé « transaction pénale ». La CJIP a vocation à permettre, en matière de corruption, de trafic d'influence ou de blanchiment de fraude fiscale, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, la conclusion d'un accord entre le parquet et une entreprise, moyennant une amende maximale de 30 % de son chiffre d'affaires et l'engagement par l'entreprise de se soumettre, pour une durée maximale de trois ans, sous le contrôle de l'AFA, à un programme de mise en conformité.

Le nouveau dispositif transactionnel n'emporte pas déclaration de culpabilité, de sorte que les entreprises concernées ne subiront pas la peine d'interdiction de soumissionner aux marchés publics. L'exécution des obligations prévues par la convention éteint l'action publique, sans préjudice du droit des victimes de poursuivre la réparation de leur préjudice devant les juridictions civiles. L'extinction de l'action publique n'opère qu'à l'encontre de la personne morale concernée. Ses représentants légaux demeurent néanmoins responsables et à ce titre, pourront être poursuivis, même en cas de conclusion d'une CJIP.

Protection des lanceurs d'alerte

Définition du lanceur d'alerte

Selon la loi Sapin II, le lanceur d'alerte est une personne physique (et en aucun cas une personne morale) qui révèle ou signale un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. Les faits couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations

entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte, précise la loi.

Le lanceur d'alerte doit nécessairement être de bonne foi et agir de manière désintéressée. A noter que le champ de l'alerte est plus large que la révélation de faits de corruption s'agissant de tout acte susceptible d'enfreindre une obligation légale ou l'intérêt général.

Conditions de mise en œuvre de l'alerte

Le lanceur d'alerte doit d'abord s'adresser à son supérieur hiérarchique direct ou indirect, à son employeur ou à un référent désigné par celui-ci. Afin de rendre possible la saisine interne, la loi impose notamment aux personnes morales de droit privé ou de droit public employant au moins 50 salariés de se doter de procédures internes de recueil des alertes émises par les membres de leur personnel ou par les collaborateurs extérieurs et occasionnels. A noter que ce seuil de salariés est particulièrement bas et s'ajoute à celui de 500 salariés prévu par l'article 17 (cf. supra) concernant l'obligation de mettre en place un dispositif d'alerte interne en matière de signalement de faits de corruption.

Si aucune suite n'est donnée par son destinataire à l'alerte dans un délai raisonnable, le lanceur d'alerte peut s'adresser aux autorités judiciaires ou administratives ou aux ordres professionnels. A défaut, par ces autorités, de traiter l'alerte dans un délai de trois mois, le lanceur d'alerte peut divulguer les faits au public. À noter qu'en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des autorités judiciaires ou administratives ou aux ordres professionnels, et rendu public.

Protection du lanceur d'alerte

En ce qui concerne la protection du lanceur d'alerte, la loi Sapin II prévoit plusieurs mesures :

- Toute personne qui fait obstacle à l'exercice du droit de lancer une alerte est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.
- Les éléments de nature à identi-

fier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de l'intéressé.

- La responsabilité pénale du lanceur d'alerte ne peut être engagée lorsque les informations qu'il divulgue portent atteinte à un secret protégé par la loi dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause et qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi.
- Enfin, le lanceur d'alerte est protégé contre d'éventuelles représailles de son employeur. Ainsi, il ne peut pas être écarté d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou à une formation, ni être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte.

En cas de litige, dès lors que le lanceur d'alerte présente des éléments permettant de présumer qu'il a agi de bonne foi, il revient à son employeur de prouver que la sanction prononcée à l'encontre du lanceur d'alerte est justifiée par des éléments objectifs étrangers à l'alerte.



Les entreprises concernées devront donc se conformer à ces obligations dans un délai court (juin 2017). La loi donne peu de précisions sur la gouvernance des programmes anti-corruption et en particulier sur la création éventuelle d'une fonction de « *compliance officer* », comme il en existe déjà dans nombre de grandes entreprises. De même, son efficacité dépendra largement de la politique de l'AFA et des moyens dont elle sera dotée. Enfin, il reste à confirmer que la Convention Judiciaire d'Intérêt Public sera considérée par les entreprises comme un instrument utile pour « solder » certains cas de corruption passés, tant cet instrument est nouveau dans le paysage judiciaire français. Il n'en reste pas moins que cette

loi était nécessaire pour protéger les entreprises françaises contre les lourdes condamnations d'autorités étrangères (ie US DoJ) et « rapatrier » en France la lutte contre la corruption internationale mettant en cause les entreprises françaises.

Il est donc urgent que les entreprises s'organisent en conséquence car elles ne doivent pas attendre ni de l'AFA ni des procureurs quelque indulgence, l'enjeu étant précisément de démontrer que les autorités françaises seront aussi rigoureuses que leurs homologues étrangers s'agissant de sanctionner les actes de corruption et de trafic d'influence.

Sans nul doute, pour certaines, cette loi donnera lieu à un important travail d'introspection (à partir de la cartographie des risques) destiné à définir les mesures complémentaires requises pour prévenir les faits de corruption, notamment s'agissant du recours aux tierces parties dans des pays fortement exposés à la corruption. Ces mesures tendront à accentuer les validations de ces tierces parties et les conditions de rémunération de ces derniers. Elles conduiront également les entreprises à analyser leur gouvernance et les interactions entre les parties prenantes internes : Direction générale, Conseil d'administration et d'audit, contrôle interne, juridique, audit, ressources humaines, etc.

En effet, la loi Sapin II impose une démarche de transparence accrue visant à fournir l'assurance raisonnable au Conseil d'administration que les actes de l'entreprise (stratégiques, commerciaux, industriels) ne donnent pas lieu à des engagements non conformes. Cette démarche devra inclure une réflexion sur des problématiques proches de la corruption et du trafic d'influence, notamment la fraude, les conflits d'intérêts, le blanchiment ou encore la complicité de fraude fiscale. Sans oublier l'intégration des programmes anti-corruption dans des programmes de conformité plus

larges, qu'il s'agisse de la conformité aux règles de concurrence et boursières, à la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE), aux règles sur les données personnelles ou encore aux normes contraignantes relatives au secteur de l'entreprise (i.e. pharmacie, automobile, grande consommation, etc.).

In fine, cette loi peut être l'occasion pour l'entreprise, au-delà de la lutte contre la corruption, de redéfinir sa politique de gestion des risques, de contrôle interne et de conformité, afin de renforcer l'efficacité de son organisation et la compétitivité de son modèle d'affaires « *business model* ». ■





Le rôle de l'audit interne pour lutter contre la corruption



Jean-Marie Pivard, Vice-Président de l'IFACI, Directeur de l'Audit Interne et des Risques du Groupe Publicis

- des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de 1er rang et intermédiaires,
- des procédures de contrôle comptable, internes ou externes,
- un dispositif de formation,
- un régime disciplinaire,
- un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Pour les entreprises concernées par la loi Sapin II, l'audit interne peut avoir un rôle important tant au niveau de la conception et du déploiement du dispositif de conformité anti-corruption que de son contrôle. D'ailleurs, ajoute l'auteur, la norme ISO 37001 publiée en octobre 2016 « Système de management anti-corruption », aux exigences proches de la loi Sapin II, prévoit une responsabilité renforcée de l'audit interne.

Compte tenu des seuils prévus par la loi Sapin II, de très nombreuses entreprises vont donc devoir mettre en œuvre dans des délais assez brefs (le délai de mise en conformité prévu par la loi est de 6 mois !) tous ces éléments qui constituent le dispositif.

Par ailleurs, l'article 8 de la loi prévoit la mise en place par toutes les entreprises de plus de 50 salariés de procédures appropriées pour le recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels.

L'audit interne va bien évidemment avoir un rôle important à jouer dans le cadre de la mise en œuvre de ce dispositif.

>> L'audit interne peut, en utilisant sa casquette « conseil » prévue par les normes internationales de l'Institute of Internal Auditors (IIA), aider l'entreprise dans la

La loi Sapin II relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, a été promulguée le 9 décembre 2016. Cette loi, instaure l'obligation de prévention et de détection de la corruption à travers la mise en œuvre d'un dispositif de lutte contre la corruption, et s'applique désormais dans toutes les sociétés employant au moins 500 salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins

500 salariés, et dont le chiffre d'affaires (ou CA consolidé) est supérieur à 100 millions d'euros.

Aujourd'hui, essentiellement seuls les grands groupes, notamment ceux ayant des activités à l'exportation, ont mis en place tout ou partie de ce dispositif qui comprend, rappelons-le :

- un code de conduite,
- un dispositif d'alerte interne,
- une cartographie des risques de corruption par secteur d'activité et zone géographique,

conception et le déploiement de ce dispositif. En effet, l'audit interne dispose :

- d'une très bonne connaissance de l'entreprise, de ses processus et procédures,
- d'un positionnement au plus près des instances de gouvernance de l'entreprise,
- d'un périmètre d'action très large,
- d'un accès illimité aux informations nécessaires,
- d'un historique des cas concrets rencontrés lors de missions précédentes qui peuvent servir notamment à documenter des programmes de formation ou à renforcer certaines procédures.

Grâce à tout cela, l'audit interne peut contribuer à l'élaboration et au déploiement de tout ou partie des différents éléments du dispositif exigés par cette loi Sapin II dans le respect des règles déontologiques et de son indépendance (participation à la rédaction du code d'éthique, de procédure de contrôles internes, réalisation de la cartographie des risques fraude / corruption, participation à la conception et à l'animation d'actions de formation...).

>> A la demande des organes de gouvernance (Direction générale, Conseil d'administration, Comité d'audit...), la direction de l'audit interne peut être amenée à réaliser des missions d'assurance, c'est-à-dire auditer l'ensemble du dispositif mis en place par la société pour vérifier sa conformité avec la loi, son efficacité et le cas échéant faire les recommandations qui s'imposent.

>> Par ailleurs, lors des missions d'assurance de revue d'entités (usines, agences, filiales...), les tests de contrôle sur tous les sujets touchant à la corruption devront être renforcés, notamment :

- les notes de frais des dirigeants et employés en contact avec les clients ou fournisseurs pour détecter d'éventuelles anomalies dans les frais de réception ;
- les postes de frais généraux type cadeaux, invitations, pour s'assurer que les dépenses sont en ligne avec les règles définies par l'entreprise (par exemple : montant individuel des cadeaux/ invitations, montant total sur l'année par bénéficiaire, pas d'invitation en période d'appel d'offres, pas de cadeaux aux agents publics...);
- la qualité des prestations des fournisseurs et des sous-traitants (« *background check* », « *due diligences* » systématiques sur les fournisseurs...).

Dans le cadre de l'utilisation d'agents commerciaux, apporteurs d'affaires..., l'audit interne devra notamment vérifier soigneusement lors de la réalisation de ses procédures de contrôle :

- la réalité et la documentation des prestations effectuées,
- l'existence d'un contrat avec le prestataire,

- la conformité du montant de la commission / rémunération versée par rapport aux pratiques du marché,
- les modalités de règlement : paiement bien fait à l'intéressé dans le pays où a été rendue la prestation et sur le compte de l'entité signataire du contrat (pour éviter la complicité d'évasion fiscale).

Enfin, la mise en œuvre étendue des procédures de signalement (toutes les entreprises de plus de 50 salariés) va entraîner pour les entreprises concernées, la nécessité de mener des investigations sur chacun des cas identifiés puis d'en rendre compte aux instances de gouvernance. Selon les sujets, certaines de ces investigations (ayant trait à des défaillances de contrôle interne, concernant des suspicions de fraude, de malversation comptable...) pourront bien évidemment être conduites par l'audit interne en coordination étroite avec les autres directions de l'entreprise si besoin (direction juridique, direction des ressources humaines...). Cette démarche va donc dans le sens d'un renforcement de l'existence même de la fonction d'audit interne notamment dans les entreprises de taille moyenne qui n'en étaient jusqu'à présent pas toujours pourvues.

Néanmoins, que ce soit pour la phase de conception, de déploiement, de mise en œuvre ou de revue de ce dispositif, **l'audit interne devra nécessairement collaborer de manière étroite avec d'autres fonctions de l'entreprise.** En effet, ce dispositif nécessite des interactions entre les fonctions suivantes (bien évidemment si elles existent dans l'entreprise...):

- la direction générale pour le « *Tone at the Top* »,
- la direction de l'éthique (« *Compliance Officer* ») qui doit être maître d'œuvre pour le déploiement de ce dispositif,
- la direction juridique,
- la direction des ressources humaines (notamment sur les axes rédaction et déploiement du code d'éthique, formation, sanctions en cas de non-respect des règles...),
- la direction financière (pour le déploiement des procédures de contrôle interne, les contrôles de premier niveau sur les frais généraux par exemple...),
- etc.

Selon les organisations, leur taille, l'existence ou non de ces fonctions, **l'audit interne pourra être soit un rouage soit la pierre angulaire de ce nouveau processus.**

L'audit interne a également un rôle prépondérant à jouer en cas de crise liée aux sujets de corruption. En effet, en cas d'alerte remontée par le dispositif ad hoc, de suspicion ou d'enquêtes diligentées par les autorités d'un

pays, l'entreprise devra, en fonction de la gravité potentielle des faits et des risques tant en terme d'image que financier, se mettre en dispositif de crise afin de pouvoir faire face de façon coordonnée et efficace aux événements et coordonner à la fois les actions à mener et la communication. Au sein de ce dispositif, l'audit interne peut avoir un rôle à jouer, en fonction bien entendu des situations, pour contribuer à l'enquête et clarifier la situation.

La norme ISO 37001, sortie en octobre 2016, « Systèmes de management anti-corruption » peut donner lieu à certification par un organisme extérieur. Elle définit une série de mesures pour aider les organismes à prévenir, détecter et traiter les problèmes de corruption. Ces mesures incluent l'adoption d'une politique de lutte contre la corruption, la désignation d'une personne chargée de superviser la conformité aux mesures anti-corruption, la formation, l'évaluation des risques de corruption et l'exercice d'un devoir de vigilance quant aux projets et aux parties associées aux activités, la mise en place de contrôles financiers et commerciaux, et l'instauration de procédures de signalement et d'enquête.

La conformité à cette norme ISO sera peut être exigée demain dans des appels d'offre ou des contrats clients.

Cette norme prévoit dans son paragraphe 9.2 l'intervention de l'audit interne de l'entreprise pour vérifier à travers des audits la conformité du système mis en place par l'entreprise avec les exigences de la norme et son efficacité par des audits terrain. Là encore le rôle de l'audit interne sera donc renforcé.

Un des enjeux à venir sera de voir si l'Agence Française Anticorruption, instituée par la loi Sapin II, reconnaitra l'équivalence de la conformité à cette norme ISO 37001 avec la conformité à la loi Sapin II.

Si c'est le cas, et si la conformité à cette norme est demandée par les clients, cela devrait pousser les entreprises à la mettre en œuvre et à faire vérifier par un tiers extérieur la conformité à la norme ISO 37001 de leur dispositif interne.



L'audit interne a donc un ou plusieurs rôles clés à jouer dans la conception, la mise en œuvre ou la revue de ce dispositif.

Cette nouvelle loi devrait également contribuer à un essor de la profession d'audit interne car, bien que certaines de ces tâches puissent être externalisées, compte tenu des seuils prévus par la loi, de nombreuses entreprises notamment de taille moyenne, devraient se doter d'audit interne pour pouvoir répondre à toutes ces nouvelles exigences. ■