

NOTE

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

La lutte contre la corruption est l'un des objectifs majeurs de la loi Sapin II, qui intervient plus de 20 ans après la première grande loi anticorruption dite « Sapin I » (loi du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques). Elle s'inscrit dans le prolongement de cette dernière mais aussi dans un mouvement plus général au plan international (V., par exemple, le National Anti-corruption Action Plan, lancé en décembre 2014 au Royaume-Uni, ou encore le premier rapport anticorruption adopté par la Commission européenne le 3 février 2014). La loi Sapin II comprend ainsi plusieurs mesures d'importance relatives à la lutte contre la corruption parmi lesquelles la création de l'Agence française anticorruption, la mise en place d'une protection pour les lanceurs d'alerte et une obligation de vigilance concernant la corruption (article 17), qui constitue l'une des innovations les plus remarquables de la loi.

Objectif de la loi

Prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues par la loi elle-même.

Champ d'application – Sociétés concernées

L'obligation de vigilance résultant de la loi Sapin II vise en premier lieu les grandes sociétés et établissements publics industriels et commerciaux au regard d'un critère unique :

- le nombre de leurs salariés, qui doit être au moins égal à cinq cents.

Mais, sont également concernées les sociétés appartenant à un groupe de sociétés dont la mère a son siège en France et qui répondent à deux critères cumulatifs :

- un effectif d'au moins cinq cents salariés,
- et un chiffre d'affaires ou un chiffre d'affaires consolidé supérieur à 100 millions d'euros.

Le champ d'application du texte est donc particulièrement vaste, tant du point de vue matériel – toutes les formes de sociétés sont a priori concernées – que territorial, puisqu'il peut s'appliquer à des sociétés ayant leur siège social à l'étranger dès lors qu'elles appartiennent à un groupe dont la mère est française.

Ce texte soulève des interrogations. Notamment, concernant les groupes de sociétés auxquels il est censé s'appliquer. En effet, il peut être interprété de trois manières :

- soit on considère qu'il vise les sociétés employant 500 salariés et les groupes dont la société mère a son siège social en France dont les effectifs sont supérieurs à 500 salariés et dont le chiffre d'affaires consolidé ou non est supérieur à 100 millions d'euros ;
- soit on considère que le seuil de 100 millions d'euros a été mis en facteur commun et qu'il s'applique tant à la société employant 500 salariés prise individuellement, qu'aux groupes dont l'effectif est de 500 salariés au moins, consolidant ou non en France et dont la société mère a son siège social en France ;
- soit on considère que les 100 millions d'euros ont été mis en facteur commun mais que ce critère ne s'applique qu'aux sociétés prises individuellement employant 500 salariés au moins, ou au groupe consolidant en France dont l'effectif est au moins de 500 salariés et dont la société mère a son siège en France.

Attention

L'article 17 précise que lorsque la société établit des comptes consolidés, l'obligation de vigilance est à la fois applicable à la société elle-même et à ses filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce ou aux sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du même code.

Autrement dit, lorsque la société établit des comptes consolidés, les obligations nouvellement imposées portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales.

Autrement dit, si l'entité « consolidante » concentre l'impulsion de la démarche et l'information dus au titre du nouveau dispositif, toutes les sociétés du groupe doivent participer aux objectifs fixés par la loi et la responsabilité de leurs dirigeants pourra être recherchée en cas de méconnaissance de la loi par la société « consolidante » ou « contrôlante ».

Une seule exception (assez paradoxale, au demeurant), au profit de la société filiale ou contrôlée qui, par elle-même, remplirait les seuils légaux et devrait donc, de ce fait, satisfaire aux exigences légales ; exception certainement prévue pour éviter le morcellement des groupes existants afin de faire passer les filiales sous les seuils visés par la loi.

Il reste que l'exigence légale posée pour saisir le groupe, d'avoir le siège social de la société mère en France, exclut normalement la prise en considération du sous-groupe établi en France (ensemble de sociétés sœurs, par exemple) mais « appartenant » à un groupe établi à l'étranger. En effet, dans cette dernière situation, la société mère n'a pas son siège social en France et la loi ne lui est donc pas applicable. Cependant, si la société fille dépasse à elle seule le seuil de 500 salariés, la loi lui est de nouveau applicable.

Attention

Une mesure d'optimisation pourrait voir le jour afin d'échapper à la nouvelle obligation de vigilance. Puisqu'elle ne doit, vraisemblablement, s'appliquer qu'aux seules sociétés appartenant à un groupe dont la société mère a son siège en France, il pourrait être tentant de déplacer ce siège social à l'étranger.

Dans cette perspective, tout à fait légale, il y a lieu de rappeler les termes du dernier état de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) sur ce point. Dans son arrêt dit « Polbud » du 25 octobre 2017, les juges européens ont pu décider que « la liberté d'établissement est applicable au transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, aux fins de sa transformation, en conformité avec les conditions imposées par la législation de cet autre État membre, en une société relevant du droit de ce dernier, sans déplacement du siège réel de ladite société ».

Autrement dit, une société peut légalement déplacer son siège statutaire (afin de changer de loi applicable) tout en conservant son siège réel dans son État membre d'origine. Pour les juges de Luxembourg, cela ne constitue pas un abus répréhensible ; c'est de l'optimisation légale.

Champ d'application – Personnes débitrices

Il convient de remarquer que l'obligation de vigilance n'est pas directement mise à la charge de la société mais incombe à ses dirigeants. La loi vise, en effet, comme débiteurs directs de cette obligation nouvelle :

- les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société ;
- les présidents et directeurs généraux d'établissements publics à caractère industriel et commercial,
- les membres du directoire des sociétés anonymes régies par l'article L. 225-57 du code de commerce.

Cela n'exonère cependant pas la société de toute responsabilité : le dernier alinéa du II de l'article précise qu'indépendamment de la responsabilité des dirigeants, la société est également responsable en cas de manquement.

Attention

Au-delà du cercle des dirigeants exécutifs visés par la loi, l'obligation nouvelle de vigilance intéresse tous les dirigeants sociaux dont les membres du conseil d'administration ou de surveillance qui ont en charge de contrôler les dirigeants exécutifs. Une défaillance de ces derniers peut s'expliquer par un manquement des premiers qui pourraient donc voir leur responsabilité (civile) engagée, dans les conditions du droit commun

Contenu matériel de la disposition

La loi détaille huit mesures et procédures à mettre en œuvre au titre de l'obligation de vigilance.

Certaines ont trait à l'information et à la pédagogie et visent les salariés de la société :

- adoption d'un code de conduite détaillant les comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence, intégré au règlement intérieur de l'entreprise (1° - ce code doit faire l'objet d'une consultation du personnel (C. trav., art. L. 1321-4),
- ou de la mise en place d'un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption (6°).

D'autres tendent davantage à une identification des risques liés à la corruption et au trafic d'influence :

- établir une cartographie (prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser), régulièrement actualisée, des risques auxquels la société est exposée relativement au secteur d'activité et aux zones géographiques concernées (3°),
- mettre en place des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires, au regard de la cartographie des risques (4°).

D'autres mesures encore mettent en place des dispositifs permettant d'alerter de faits qui pourraient avoir été commis au sein de la société :

- dispositif d'alerte interne, permettant à des salariés le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société (2°),
- procédures de contrôles comptables, internes ou externes, qui permettent d'éviter que les comptes ne servent à masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence (5°).

Enfin, des dispositifs concernent un contrôle et une sanction a posteriori :

- régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés auteurs d'une violation du code de conduite (7°),
- dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre (8°).

Sanctions

En cas de non-respect des dispositions légales notamment révélé à la suite du contrôle réalisé par l'Agence française anticorruption, la commission des sanctions de ladite agence pourra être saisie pour :

- enjoindre à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes à la société destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence, selon les recommandations qu'elle leur adresse à cette fin, dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut excéder trois ans ;
- prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne pourra pas excéder 200 000 € à l'encontre des personnes physiques contrevenantes et un million d'euros pour les personnes morales ;
- la commission des sanctions peut recourir à des mesures de publicité de la sanction prononcée.

Attention

En cas de manquement constaté, et après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses observations, le magistrat qui dirige l'agence peut adresser un avertissement aux représentants de la société.

Relevons deux points :

- le montant de la sanction pécuniaire prononcée est proportionné à la gravité des manquements constatés et à la situation financière de la personne physique ou morale sanctionnée (cela permet de prendre en compte la santé financière de la société qui a commis l'infraction) ;
- la prescription de l'action de l'Agence est par ailleurs fixée à trois ans à compter du manquement.

Attention

L'obligation de vigilance n'est pas applicable qu'aux sociétés et établissements visés à l'article 17. En effet, n'importe quelle autre personne morale peut en réalité être concernée, quelle que soit son importance et y compris des personnes autres que des sociétés comme des associations. En effet, la loi « Sapin II » (article 18) a introduit dans le Code pénal un nouvel article 131-39-2 qui prévoit que peut être prononcée à titre de peine complémentaire, dans le cadre de la répression de certains délits relatifs à des faits de corruption ou de trafic d'influence, l'obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité qui implique la mise en place des mesures prévues au II de l'article 17. Cette peine, inspirée du monitoring des droits anglais et américain, peut être prononcée pour une durée maximale de cinq ans, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption. Cette peine peut paraître lourde pour les personnes morales de faible dimension.

Questions des opérationnels ?

Les mesures et procédures à mettre en place sont très détaillées ; mais, des interrogations demeurent quant aux suites que doit leur donner la société :

- l'obligation de vigilance peut-elle être considérée comme remplie dès lors que toutes ces mesures ont été mises en place ou la société doit-elle parfois aller plus loin et tirer elle-même les conséquences de certains résultats ?

- si les procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs ou intermédiaires laissent apparaître une suspicion de corruption, on peut se demander si la société est tenue de rompre ses relations avec son partenaire commercial ;
- que se passe-t-il si l'alerte interne permet le signalement de faits susceptibles d'être qualifiés de corruption, mais que la société ne donne pas suite à ce signalement ?
- ou si elle décide de ne pas sanctionner au titre du régime disciplinaire prévu par le 7°, régulièrement mis en place, un salarié qui s'est rendu coupable d'une violation du code de conduite ?

Il est permis de penser qu'en ces hypothèses la société ne pourra pas être sanctionnée pour manquement à l'obligation de vigilance, dès lors que les mesures et procédures imposées par la loi ont bien été mises en place. Une solution contraire introduirait une insécurité juridique préjudiciable pour des sociétés qui auraient pourtant scrupuleusement appliqué les dispositions légales et pourrait conduire à une immixtion de l'Agence française anticorruption, qui contrôle les manquements, dans la gestion de la société.

En revanche, même en cas d'absence effective de corruption ou de trafic d'influence, les sociétés peuvent être sanctionnées si elles ne se conforment pas au devoir de vigilance désormais imposé dans ce domaine (la loi française va ainsi plus loin que les législations des USA et du Royaume-Uni).