

SOMMAIRE

PAGE 1 / 2

Loi «Sapin II» : les alertes professionnelles et les codes d'éthique obligatoires

PAGE 2

L'Agence française anticorruption et le statut de lanceur d'alerte

PAGE 3

Les mesures de lutte contre la corruption

PAGE 4

Le renouveau du *Blocking Statute* français ?

DÉPARTMENTS

DROIT SOCIAL

DROIT FISCAL

DROIT BANCAIRE

CONTENTIEUX DES AFFAIRES

DROIT DES SOCIÉTÉS

DROIT BOURSIER

PRIVATE EQUITY

RISQUES INDUSTRIELS / DROIT DES ASSURANCES

DROIT IMMOBILIER

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

COMMANDE PUBLIQUE

DROIT ECONOMIQUE

DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NTIC

AEROSPACE & DEFENCE

GERMAN DESK

SPANISH DESK

Loi « Sapin II » : les alertes professionnelles et les codes d'éthique obligatoires



Frédéric Saffroy

L'adoption, en 2002, de la loi américaine Sarbanes-Oxley a provoqué l'introduction en France - via les filiales françaises de groupes cotés américains - des dispositifs d'alerte éthique, plus communément appelés « *whistleblowing* ». Ces dispositifs reposent sur l'adoption de codes d'éthiques ou codes de bonne conduite qui, dans un environnement de *Common Law*, exposent les règles que l'entreprise s'oblige à respecter et les mesures qu'elle adopte pour y parvenir.

Un tel dispositif heurta rapidement le système juridique continental et les mentalités françaises. Les premiers dispositifs de « *whistleblowing* » introduits en 2003 furent assimilés à la délation pratiquée pendant la Seconde Guerre mondiale et les codes d'éthiques considérés, au mieux comme des truismes, au pire comme d'inutiles générateurs de confusions.

Dès 2005, j'ai abordé ces questions à l'occasion des premières délibérations de la CNIL sur les codes d'éthique et les procédures d'alerte¹. Depuis lors, la CNIL a encadré ces procédures par une autorisation unique (AU-004) modifiée en janvier 2014. Les dispositifs d'alerte se sont depuis lors répandus, spécialement dans les sociétés intervenant à l'étranger, lorsque leurs partenaires exigent ces codes et dispositifs pour contracter avec elles.

En 2002, le droit du travail a timidement introduit une protection pour les témoins de harcèlement (art. L122-49 du Code du travail), puis consacré le statut de lanceur d'alerte dans ce domaine en 2012 (art. L1132-3 et L1152-2). En 2007, il a étendu cette protection au signalement de faits de corruption

(art. L1161-1), puis en 2013 aux crimes et délits (art. L1132-3-3) et aux risques d'atteinte à la santé ou l'environnement (art. L4133-5), dispositions abrogées par la loi "Sapin II".

En droit de la concurrence et au titre des dispositifs de clémence, après avoir validé le « *whistleblowing* » dans sa décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007, l'Autorité de la concurrence a adopté en 2012 un document cadre fixant les caractéristiques d'un programme de conformité permettant d'atténuer les sanctions encourues. Ce programme comporte

notamment l'adoption d'un code de bonne conduite et d'un dispositif d'alerte.

Ces éléments épars ont pavé la route vers la loi « Sapin II », dont l'objectif affiché est d'aligner le droit français avec les réglementations de nos partenaires de l'OCDE, au premier rang desquels les Etats-Unis et le Royaume-Uni, ainsi que le préconisait le Conseil d'Etat dans son étude sur le droit d'alerte². Malgré l'introduction, il y a déjà plusieurs années, dans le code pénal français de textes réprimant la corruption publique

comme privée, nationale comme internationale (art. 433-1 et s., 435-1 et s. et 445-1 et s. du Code pénal), les textes emblématiques de la lutte contre la corruption demeurent en effet le FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) américain et le *Bribery Act* britannique. Espérons que la loi « Sapin II » offrira en la matière, un « effet d'annonce » favorable au droit français. ■■■■■

¹ F. Saffroy & MA. Ledieu, « Des mérites comparés de la délation et du silence (à propos des délibérations de la CNIL du 26 mai 2005 sur la mise en œuvre de la loi Sarbanes-Oxley) », JCPE 44-45, 3 novembre 2005, 1567.

² Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, avril 2016.

L'Agence française anticorruption et le statut de lanceur d'alerte

Equipe Compliance

La 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* vient donc créer l'Agence française anticorruption et fonder le statut du lanceur d'alerte.

Le champ d'intervention du lanceur d'alerte, bien que vaste, ne prend en compte que la violation d'une convention internationale, de la loi, du règlement ou « *une menace ou un préjudice grave pour intérêt général* » (art. 6). Le référentiel du lanceur d'alerte français est donc strictement législatif et réglementaire et ne vise pas des violations d'engagements

contractuels qu'aurait pu souscrire une entreprise, par exemple au titre d'un code d'éthique.

Rien n'interdit, toutefois, de considérer que les domaines dans lesquels le lanceur d'alerte pourra agir s'apparentent à ceux énoncés par la CNIL dans son AU-004, soit les domaines :

- financiers, comptables, bancaires et de lutte contre la corruption,
- pratiques anticoncurrentielles,
- lutte contre les discriminations et le harcèlement au travail,
- santé, hygiène et sécurité au travail,
- protection de l'environnement.

La loi précise en revanche les domaines dans lesquels la protection du lanceur d'alerte est exclue : le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations entre l'avocat et son client.

La loi « Sapin II » ne se limite pas à créer le statut de lanceur d'alerte et à en déterminer le régime de protection. Elle impose aux personnes morales de droit public et de droit privé **d'au moins 50 salariés**, la mise en place de « *procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels* » (art. 8, III). ■■■■■

Les mesures de lutte contre la corruption

Equipe Compliance

La loi « Sapin II » impose aux entreprises ou aux groupes de plus de **500 salariés** dont le **chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros**, la mise en place de mesures et procédures de prévention et de détection de la corruption ou du trafic d'influence. L'article 17 de la loi ne vise en effet que la corruption et le trafic d'influence, sans étendre le périmètre de ces mesures à la prévention d'autres risques, à l'inverse de ce qu'avait prévu l'AU-004 de la CNIL.

Pour s'aligner avec les standards internationaux – pour lesquels il semble plus important de déclarer que l'on respecte la loi plutôt que de simplement la respecter... - et faire d'une pierre plusieurs coups, nous recommandons toutefois d'étendre le périmètre de ce programme de conformité à d'autres domaines, tels que l'environnement, l'hygiène, la sécurité, le travail, le droit de la concurrence ou le droit boursier.

Le dispositif rendu obligatoire par la loi « Sapin II » ressemble à s'y méprendre aux lignes directrices adoptées par le ministère de la Justice britannique pour la mise en œuvre de la section 9 du *Bribery Act* de 2010². Il s'agit des huit éléments suivants (art. 17, II) :

- un code de conduite intégré au règlement intérieur et soumis à

la procédure de consultation des institutions représentatives du personnel ;

- un dispositif d'alerte interne ;
- une cartographie des risques d'exposition de la société en fonction de son secteur d'activité et des régions dans lesquelles elle intervient ;
- des procédures d'évaluation des partenaires que sont les clients, les fournisseurs et les intermédiaires ;
- des procédures de contrôles comptables et financier destinées à détecter les faits de corruption ou de trafic d'influence ;
- une formation destinée aux cadres et aux personnels exposés ;
- un régime de sanction en cas de violation du code de conduite ;
- un dispositif de contrôle et d'évaluation des mesures mises en œuvre.

Le contrôle du respect de ces dispositions est confié à la nouvelle Agence française anticorruption (art. 3, 3°),

laquelle dispose de moyens de sanction propres pouvant aller jusqu'à **200 000 euros d'amende pour les personnes physiques** (les dirigeants des sociétés concernées) et **1 million d'euros pour les personnes morales** (art. 17, V). Ces sanctions peuvent en outre être publiées et diffusées par tout moyen.

Si ce nouveau dispositif s'impose aux sociétés de plus de 500 salariés réalisant d'un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros, il peut également être imposé par décision de justice comme peine complémentaire à celles réprimant les infractions de corruption et de trafic d'influence (art. 18).

Si elles ne l'ont pas déjà fait, les entreprises visées par la loi « Sapin II », celles de plus de 50 ou 500 salariés, doivent rapidement mettre en œuvre ces dispositifs.

²Ministry of Justice, *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*, March 2011. Ce document détaille les six principes cardinaux de la prévention de la corruption : « *Proportionate procedures, Top-level commitment, Risk Assessment, Due Diligence, Communication and training, and Monitoring and review.* »

ALERION

137 rue de l'Université, 75007 Paris, France
tél. 01 58 56 97 00 fax 01 58 56 97 01
www.alerionavocats.com

Conception graphique :
Valérie Besser / valatwork.com

Mise en page :
Agnieszka Krasnicka

Photo credits :
Antoine De Roux

Le renouveau du *Blocking Statute* français ?

Equipe Compliance

La loi n°68-678 du 26 juillet 1968 interdit à tout Français ou tout dirigeant d'une personne morale de droit français « *de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public.* »

Cette disposition vise à contrer les procédures intrusives de *Discovery* développées par les Etats-Unis et celles de *Disclosure* applicables au Royaume-Uni. Afin de protéger les intérêts français, il est ainsi **obligatoire de suivre la procédure de la Convention de La Haye** du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. Considérée par les juridictions américaines et britanniques comme un obstacle artificiel à leur pouvoir d'investigation, celles-ci ont fréquemment passé outre, la performance croissante des communications électroniques étant leur meilleur alliée...

Cette situation, illustrée par les condamnations récentes d'entreprises françaises aux Etats-Unis, a conduit la CNIL à

s'y intéresser (un transfert de données en dehors de l'Union Européenne en violation d'une disposition légale ou réglementaire constitue une infraction punie de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende par l'article 226-22-1 du Code pénal). Dans sa recommandation du 23 juillet 2009, la CNIL a rappelé non seulement ces obligations au regard du transfert de données en dehors de l'Union Européenne, mais également celles du *Blocking Statute* français. Le règlement général sur la protection des données sanctionnera, à partir du 25 mai 2018, tout transfert en violation de ces dispositions d'une amende de 20 millions d'euros (art. 48).

La Cour de cassation avait d'ailleurs entretemps condamné un avocat sur le fondement du *Blocking Statute* dans l'affaire « Executive Life » (Cass. crim., 12 décembre 2007, n°07-83.228).

Après un arrêt plus nuancé du 30 janvier 2008 (Cass. crim., n°06-84.098), il semblait toutefois que le *Blocking Statute* soit voué à un certain oubli...

Il est donc important de relever que la loi « Sapin II » réactive le *Blocking Statute* français, en donnant comme mission à l'Agence française anticorruption de veiller à son respect à l'occasion « *de l'exécution de décisions d'autorités étrangères imposant à une société dont le siège est situé sur le territoire français une obligation de se soumettre à une procédure de mise en conformité de ses procédures internes de prévention et de détection de la corruption* » (art. 3, 5°). Cette réactivation marque-t-elle le réarmement de la France à l'encontre des procédures de plus en plus intrusives des juridictions étrangères, plus particulièrement américaines, dans la vie économique européenne ?

EN SYNTHÈSE, il convient :

- **pour les entreprises de plus de 50 salariés**, de mettre en place un système d'alerte professionnelle.
- **pour les entreprises de plus de 500 salariés**, de mettre en place un programme complet de prévention et détection de la corruption et du trafic d'influence (code d'éthique, alerte professionnelle, cartographie des risques, procédure d'évaluation et de contrôle des partenaires, formations et sanctions).
- **pour toutes les entreprises**, s'interdire de transférer des informations à des institutions, autorités, agences ou juridictions étrangères hors d'un processus judiciaire encadré.