

RISQUES ET OPPORTUNITÉS DE L'APPROCHE PRESCRIPTIVE DE LA LOI SAPIN II

Nombre sont ceux en France, sociétés et cabinets d'avocats, à avoir découvert la conformité en 2016, avec la loi Sapin II (loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016).

La compliance était jusqu'alors l'apanage des sociétés filiales ou figurant dans le portefeuille de groupes anglo-saxons et des sociétés des domaines bancaires et pharmaceutiques.

L'article 17 de la loi, en imposant huit éléments précis devant composer le programme anticorruption des entités régies par la loi, est particulièrement prescriptif. La plupart des pays sanctionnent la corruption. Cependant, seules quelques lois anticorruption sont à ce point normatives.

A ce titre d'ailleurs, la loi Sapin II constitue une parfaite illustration de ce qu'est la compliance ou conformité. En effet, le code pénal français sanctionne depuis bien longtemps les infractions de corruption et infractions voisines. La loi Sapin II, quant à elle, vient donner le mode d'emploi précis et détaillé du respect par les entreprises et collectivités publiques de ces obligations afin de permettre prévention et détection desdites infractions. En d'autres termes, la loi impose la mise en place d'un programme anticorruption.

Cette approche de la « compliance à la française » présente à la fois des dangers (I) et des opportunités (II).

I. DANGERS DE L'APPROCHE DE LA LOI SAPIN

Pour les entités qui effectivement découvrent la conformité par la Loi Sapin II, un des risques principaux est de s'engager dans une approche dite « check the box », consistant principalement, voire exclusivement à cocher les cases de la liste d'actions fournie par la loi Sapin.

Certes, la loi sanctionne le défaut ou l'insuffisance du programme anticorruption mis en place en application de la loi et certes, la liste en question est tellement substantielle que cela peut sembler en soi être une



Cécilia Fellouse-Guenkel

tâche immense que de parvenir à « simplement » cocher chacun de ces éléments.

Même si cette approche est rassurante et peut sembler apporter une réponse satisfaisante, dans un esprit contentieux, elle peut s'avérer être un regrettable gâchis d'énergie, de temps et de ressources, surtout pour des entités de taille intermédiaire qui commencent vraiment leur réflexion compliance avec la Loi Sapin II.

Cette approche « check the box » peut ainsi conduire les équipes à travailler en silo, se concentrant sur l'immensité de la tâche à abattre sans voir de potentielles ressources préexistantes en interne (avec par exemple les règles et procédures existant au niveau des départements en charge de la sécurité ou de la qualité) ou en externe (avec par exemple le fait que la notion de bénéficiaire effectif dans le cadre des due diligence de tiers ait été analysé et interprété par les professionnels de la lutte contre le blanchiment depuis de nombreuses années).

Elle peut également conduire à se concentrer sur de « faux problèmes » et à ne pas traiter, par exemple, du cas délicat de l'agent auquel on a recours à l'étranger parce qu'il « sait faire passer les dossiers sur le dessus de la pile ».

Quelle est alors l'alternative ? Nous avons pu identifier quelques approches pragmatiques démontrant aux tiers avec lesquels on souhaite travailler, aux salariés et in fine - et

c'est à espérer - aux autorités, une réelle volonté de détecter et prévenir la corruption.

Ces approches ont pour point commun de permettre d'observer l'organisation avec recul et sans préjugés sur certains pays (ex. un pays ayant un « bon » classement dans le CPI de Transparency International peut s'avérer être bien plus problématique pour une société donnée que des pays aux classements moins honorables) ou certaines fonctions. En voici quelques exemples :

- Travailler avec les équipes de la société à comprendre la vie de projets-type afin d'identifier les zones d'interaction, donc voire de friction possible avec des tiers pouvant donner lieu à des sollicitations ou des propositions et en faire une partie intégrante de la cartographie des risques.

- Sur cette base, mettre en place des formations-outils avec par exemple, une formation spécifique pour le département en charge d'approuver les factures des transitaires en douane avec une checklist des éléments à vérifier (ex. le fait que les coordonnées bancaires correspondent bien à celles renseignées en début de relation dans le contrat) et de ceux qui peuvent constituer des drapeaux rouges (ex. des montants facturés sans explication ou avec une justification non satisfaisante).

- Décider – au vu de la cartographie – qu'il convient de traiter les relations avec les agents publics avec une plus grande prudence et de donner des recommandations plus sévères aux équipes en la matière.

Il s'agira donc d'avoir une vision sur le long terme sur les risques et les réponses qui y sont apportées et de pouvoir expliquer et présenter ce plan inscrit dans la durée tout en allant directement là où le bât blesse.

Pour reprendre une expression anglo-saxonne, « les procédures sont du ciment liquide ».

Avant de les mettre en place, il convient donc de se poser la question de leur nécessité, efficacité et viabilité afin de pouvoir saisir les réelles opportunités d'une création de valeur durable.

II. OPPORTUNITÉS OFFERTES PAR LA LOI SAPIN II

L'article 17 de la loi Sapin II ainsi que l'Agence Française Anticorruption par ses recommandations et guides, incitent les organisations à aller au-delà de la checklist en imposant l'obligation de mise en conformité aux dirigeants, d'une part, et en poussant à l'opérationnalisation de la compliance, d'autre part.

Une obligation managériale

En faisant de la mise en place d'un programme de conformité anticorruption, une obligation qui incombe au *top management*, la loi Sapin envoie un message fort.

Elle rappelle que ceux qui sont en charge de la Compliance dans l'entreprise sont les dirigeants et managers et non le compliance officer.

Elle intime aux sociétés de repenser la façon dont les décisions sont prises qu'elles soient stratégiques (ex. prise en compte des pratiques d'une cible dans le cadre des opérations d'acquisition) ou apparemment triviales (ex. en prohibant les cadeaux aux agents publics).

On peut donc se demander si - en cette période de définition de la compliance à la française - il n'est pas plus économique, écologique au sens de l'usage des ressources et tout simplement plus profitable de prendre une approche élevée et ambitieuse de ces obligations en les intégrant à sa façon de faire du business, c'est-à-dire en l'opérationnalisant.

La puissance de l'opérationnalisation de la compliance

Le concept d'opérationnalisation de la compliance a commencé à proliférer aux États-Unis en 2017, notamment, quand le Department of Justice a publié l'« *Evaluation of Corporate Compliance Programs* ».

Ce terme d'opérationnalisation signifie que la compliance est intégrée au cœur même des processus de la société.

Par exemple, un des acteurs-clés de la compliance dans un groupe est le département des Ressources Humaines ; opérationnaliser la compliance à leur niveau est fondamental (dès les processus de sélection des candidats, à l'accueil des nouveaux salariés en passant par les modalités de rémunération et de promotion et, bien évidemment, la discipline).

Un autre exemple, figurant à l'article 17 de la loi Sapin II est l'intégration des contrôles et verrouillage compliance dans le référentiel de contrôle interne de la société.

Ces approches à la fois ambitieuses et pragmatiques permettent de faire de la compliance un des piliers de la profitabilité de nos entreprises en protégeant leur réputation, attirant et conservant les meilleurs éléments, rassurant leurs actionnaires et de potentiels repreneurs sur la solidité de leur performance, leur permettant de participer aux plus beaux appels d'offres et de sécuriser leurs

financements, et ce, en ligne avec les attentes du consommateur du XXI^{ème} siècle.

Cécilia Fellouse-Guenkel
Secrétaire générale
Le Cercle de la Compliance
Le Cercle de la Compliance, de la conformité à la Création de Valeur



JURIONE

LE CLUB DES DIRECTEURS JURIDIQUES

INVITATION

Village de la Justice et Jurimanagement ont le plaisir de vous convier le 7 mai 2019

Au dîner JURIONE

Le Club des Nouveaux Juristes

Chez Française* - 19h30

À l'heure où les Directions Juridiques avancent dans leur processus de transformation, pas seulement numérique, les difficultés à surmonter demeurent, tant sur le plan humain, opérationnel, et technique. Bien s'entourer, changer les méthodes, s'adapter aux besoins et marchés, choisir des solutions, imposent aussi de mesurer la performance et l'intérêt des moyens humains et financiers à engager. La conformité, la gestion des documents et des contrats, le droit des sociétés ne sont pas les seuls domaines concernés par cette transformation. L'ouverture des données et des sources, l'apparition d'une communauté "Legal" élargie constituée de juristes, d'entrepreneurs, de développeurs, de chercheurs, de nouveaux outils, vont imposer un bouleversement des modèles, des usages et des comportements. Chacun va devoir repenser sa valeur ajoutée, sa façon de travailler, son mode de réflexion. Les choix humains, développer ou acquérir les solutions, la gestion des projets, seront déterminants dans la réussite de cette transformation imposée.

JURIONE vous propose de participer à cette réflexion et de partager sur ces sujets entre professionnels du droit au cours d'un dîner qui réunira une trentaine de Directeur(trice)s Juridiques.

Merci de confirmer votre venue à Ariane Malmanche par email à amalmanche@legiteam.fr ou au 01 70 71 53 80

Bien cordialement,

*Aérogare des Invalides
75007 Paris

Accès piéton par la rue Robert-Esnault-Pelterie, accès voiture par la rue Paul et Jean Lerolle.