

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

66 Avec l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, quels enseignements tirer des recommandations publiées par l'US DoJ sur l'évaluation des programmes de conformité ?



**SOPHIE SCEMLA,**  
*avocat aux barreaux de Paris et de New-York,*  
*associée, Eversheds Sutherland (France) LLP, Paris*

**T**he US Department of Justice has recently released a guidance on the evaluation of corporate compliance programs. This Guidance sets forth 119 questions that may be asked in determining whether compliance programs are efficient. The 11 principles underlying this guidance should be respected by companies. It is very likely that the French authorities will follow this guidance when controlling whether companies comply with the anti-corruption obligations imposed by the Law Sapin 2.

US Department of Justice, Criminal Division, Fraud Section, Evaluation of Corporate Compliance Programs, 8 févr. 2017: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

L'adoption de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016<sup>1</sup> et de la loi relative au devoir de vigilance du 27 mars 2017<sup>2</sup> a considérablement renforcé les obligations des entreprises françaises en

matière de conformité. La « compliance », notion d'origine anglo-saxonne, devient désormais une réelle préoccupation pour les sociétés françaises qui s'interrogent sur les modalités selon lesquelles la nouvelle Agence Française Anticorruption (ci-après « AFA ») contrôlera l'efficacité des programmes de lutte contre la corruption et les juges apprécieront la mise en œuvre de leurs plans de vigilance.

Dans la mesure où le législateur français s'est largement inspiré des législations américaine, britannique et brésilienne, il est probable que les autorités françaises tiendront compte des recommandations de leurs

1 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin 2 : JO 10 déc. 2016, texte n° 1. Elle oblige les entreprises de plus de 500 salariés ou appartenant à un groupe français de plus de 500 salariés et ayant un chiffre d'affaires de plus de 100 millions d'euros et leurs dirigeants à mettre en place des dispositifs de lutte contre la corruption et de protection des lanceurs d'alertes.

2 L. n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres, dite Loi Vigilance : JO 28 mars 2017,

texte n° 1. Elle impose aux entreprises de plus de 5 000 salariés d'établir un plan de vigilance pour identifier et prévenir les atteintes graves aux droits humains, aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement.

homologues étrangers, plus particulièrement celles du « Department of Justice » américain (ci-après le « DoJ ») et du « Ministry of Justice » britannique pour évaluer les programmes de conformité mis en place par les entreprises.

En effet, les autorités américaines et britanniques ne se contentent pas de vérifier l'existence de programmes de conformité, elles se livrent à une véritable **analyse des modalités de leur mise en œuvre par les entreprises** afin de déterminer si ces programmes sont **suffisamment efficaces** pour leur permettre d'être exonérées de responsabilité, de conclure un accord transactionnel ou d'obtenir une réduction du quantum de la peine.

À ce titre, les récentes recommandations publiées le 8 février 2017 par le DoJ concernant l'évaluation des programmes de conformité des entreprises (« Evaluation of Corporate Compliance Programs ») sont riches d'enseignement pour les entreprises françaises.

Ces recommandations, qui reprennent des principes définis antérieurement dans plusieurs publications du DoJ<sup>34</sup>, dressent une liste de 11 points et de 119 questions synthétisant les principaux critères pris en compte par les autorités américaines pour évaluer les programmes de conformité mis en place par les entreprises.

## 1. Les 11 principaux critères retenus par le DoJ pour évaluer les programmes de conformité mis en place par les entreprises

À titre liminaire, le DoJ rappelle qu'il n'existe aucune formule prédéterminée permettant d'évaluer l'efficacité d'un programme de conformité et que ces recommandations n'ont qu'un caractère d'exemple. En effet, l'évaluation des programmes de conformité doit être faite au cas par cas pour tenir compte des particularités de chaque entreprise qui est exposée à des risques spécifiques et doit mettre en place des solutions adaptées en fonction de sa situation propre.

3 Par ex., le « United States Sentencing Guidelines », au sein de la section « Fraud » dédiée au « Corporate Resolution Agreement », dans « A resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act », publié en novembre 2012 par le DoJ et la « Securities and Exchange Commission (« SEC »), dans le « Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance » adopté par l'OCDE le 18 février 2010.

4 Aux Etats-Unis, les principes directeurs des poursuites appelés « Principles of Federal Prosecution of Business Organizations », sont détaillés dans le « United States Attorneys' Manual », appliqué par les procureurs agissant au niveau fédéral, relevant du DoJ. Ce manuel contient la liste des critères que les procureurs américains doivent prendre en compte afin de déterminer si les entreprises et leurs dirigeants doivent faire l'objet de poursuites ou s'ils sont éligibles à un accord (possibilité de conclure un « Deferred Prosecution Agreement »). Il s'agit, en outre, d'apprécier s'il existe des circonstances atténuantes permettant de minimiser la sanction encourue. Ces critères sont usuellement dénommés les « Filip Factors », établis par Mark Filip, Deputy Attorney General, 28 août 2008. L'appréciation de l'efficacité des programmes de conformité constitue l'un des critères des Filip Factors (V. *United States Attorneys' Manual, Title 9, Chapter 28 « Principles of Federal Prosecution of Business Organisation », § 9-28.800 « Corporate Compliance Programs »*).

Les entreprises pourront, toutefois, prendre en compte les critères suivants pour déterminer si leur programme de conformité est efficace.

**La recherche des causes et la mise en place de mesures coercitives et de prévention en cas de manquement.** - Pour ce faire, il convient d'identifier quels sont les mécanismes de détection des manquements existants, quels sont les organes chargés de mettre en œuvre des mesures préventives et coercitives, et de déterminer si et pourquoi le manquement n'a pas été découvert antérieurement dans le cadre de la procédure de contrôle. En outre, il convient de déterminer les mesures mises en place par la société pour éviter que ce type de manquement ne se reproduise.

**L'implication de la direction au plus haut niveau et l'existence d'actions concrètes des dirigeants en matière de conformité.** - Pour déterminer si ce critère est satisfait, il convient d'analyser l'attitude des dirigeants et les actions concrètes qu'ils ont mises en œuvre pour déployer la politique de conformité au sein de l'entreprise et vérifier s'ils s'impliquent personnellement dans ce domaine.

**L'autonomie des personnes en charge de la conformité et l'existence de ressources suffisantes en matière de conformité.** - Afin de s'en assurer, il convient d'analyser l'organisation interne de l'entreprise, le rôle et les moyens dévolus à la fonction conformité au sein de l'entreprise. Par exemple, de quelle manière est structuré le département conformité, en comparaison avec d'autres départements stratégiques ? Quel est son rôle ? Ses membres ont-ils la compétence et les moyens nécessaires ? Le département conformité est-il indépendant ? A-t-il des rapports directs avec la direction ? Les budgets alloués en matière de conformité sont-ils suffisants eu égard aux risques encourus ?

**L'audit régulier des règles de conformité et des procédures internes.** - À ce titre, il convient d'analyser les règles et les procédures internes mises en place, ainsi que la manière dont ces règles sont rendues accessibles et déployées au sein de l'entreprise et auprès des tiers. Par exemple, qui est chargé du déploiement du programme de conformité ? Quelles mesures de contrôle ont été mises en place ? Existe-t-il des règles permettant de détecter des paiements frauduleux ?

**L'effectivité de la procédure d'évaluation des risques encourus.** - Pour ce faire, il convient d'analyser la méthodologie utilisée par l'entreprise pour identifier, analyser, et prévenir les risques auxquels elle est exposée. Par exemple, le système d'évaluation des risques a-t-il pris en compte les risques avérés ?

**La mise en place de formations et de communications internes régulières.** - Pour s'assurer que ce critère est satisfait, il convient de déterminer si les salariés ont reçu une formation adaptée et, le cas échéant, si cette formation est efficace. Par ailleurs, il convient de s'assurer que la direction a informé les salariés des mesures et des sanctions prononcées en cas de manquement aux règles de conformité.

**L'efficacité des procédures d'alerte et des enquêtes internes.** - Dans ce cadre, il convient d'apprécier la manière dont la société a réagi à un signalement, et si l'enquête interne a été correctement menée et a permis de déterminer les causes du manquement et les moyens d'y mettre un terme.

**L'existence de mesures disciplinaires efficaces et de mesures d'incitation au respect des règles éthiques.** - Afin de s'en assurer, il convient d'analyser quelles mesures disciplinaires ont été prises à l'encontre des salariés ayant commis des manquements éthiques, ainsi que la nature des mesures incitatives mises en œuvre pour récompenser les salariés adaptant un comportement éthique exemplaire.

**L'existence de procédures d'audits, de contrôles et d'améliorations régulières et continues du programme de conformité.** - À ce titre, il convient de déterminer si la société procède à des audits réguliers de ses procédures internes, à l'évaluation des risques encourus, à quelle fréquence et si ces mesures de contrôle ont permis de détecter des manquements.

**La gestion des relations avec les tiers.** - Pour ce faire, il convient d'analyser si les procédures internes d'évaluation des tiers sont adaptées aux risques spécifiques, s'il existe notamment des moyens de vérifier que les prestations fournies et les paiements sont justifiés, si la société incite ses partenaires commerciaux à respecter les règles éthiques et la manière dont sont traitées les situations à risques.

**L'existence de mesures d'audits et de contrôles dans le cadre des opérations de fusions et d'acquisitions.** - À ce titre, il convient de déterminer si des audits spécifiques sont diligentés et si le département conformité est impliqué dans le cadre d'opérations de croissance externe.

Le DoJ rappelle que ces thèmes et les questions soulevées dans ces recommandations correspondent à des situations auxquelles la section « Fraud » du DoJ a été le plus fréquemment confrontée. Il est, toutefois, possible que ces critères ne soient pas tous pertinents pour évaluer le programme de conformité d'une entreprise.

Pour autant, dans la mesure où ces principes sont très proches de ceux édictés par la loi Sapin 2, les entreprises françaises pourraient tenir compte de ces recommandations pour déterminer si leurs programmes de conformité sont suffisamment efficaces.

## 2. Les entreprises françaises pourraient tenir compte de ces critères pour déterminer si leurs programmes de conformité sont suffisamment efficaces

Compte tenu de la teneur des obligations mises à la charge des entreprises<sup>5</sup> en application des dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2<sup>6</sup>,

5 Employant plus de 500 salariés en France ou appartenant à un groupe français de plus de 500 salariés et ayant un chiffre d'affaires supérieur à 10 millions d'euros.

6 Pour mémoire, l'article 17 de la loi Sapin 2 impose aux entreprises françaises de taille importante de se doter (1°) d'un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ; (2°) d'un dispositif d'alerte interne destiné à permettre 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 ; (3°) d'une cartographie des risques prenant 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 no-

ces dernières pourraient tenir compte de ces recommandations pour évaluer l'efficacité de leurs programmes de conformité en analysant, notamment, si :

- l'entreprise a **une réelle culture de la conformité, véhiculée par sa direction au plus haut niveau et connue de tous ses collaborateurs.** En effet, la **simple élaboration d'un code de conduite n'est pas suffisante.** Des moyens importants doivent être déployés afin de s'assurer que ce code de conduite est respecté et fait partie intégrante des obligations des salariés. Le rôle des dirigeants est déterminant pour démontrer que l'éthique et la conformité font partie de l'ADN de l'entreprise et qu'**aucun manquement aux règles d'éthique n'est toléré ;**
- **il existe un véritable département (ou une fonction) conformité au sein de l'entreprise** composé de personnes dotées de l'indépendance et de la compétence nécessaires et disposant de moyens suffisants pour leur permettre d'accomplir leur mission. À cet égard, les membres de l'équipe conformité doivent pouvoir faire des rapports réguliers aux dirigeants de l'entreprise et pouvoir les informer de tout manquement ou difficulté ;
- l'entreprise a réalisé **une véritable cartographie des risques, régulièrement mise à jour, identifiant précisément les risques encourus** et a mis en place un programme de conformité prenant en compte les différents risques identifiés. Les entreprises doivent, à cet égard, analyser les causes spécifiques aux manquements constatés, les raisons pour lesquelles ils n'ont pas été détectés lors des contrôles, et surtout **mettre en place des mesures pour éviter la réitération de ces comportements** frauduleux ou contraires à l'éthique ;
- l'entreprise a mis en place des **procédures efficaces d'évaluation de ses partenaires commerciaux prenant en compte les risques identifiés** et s'assure que ces derniers respectent les plus hautes normes éthiques ;
- l'entreprise offre des **formations adaptées à ses salariés et s'assure que ces derniers ont un niveau de connaissance suffisant ;**
- **l'entreprise sanctionne sévèrement tout manquement aux règles d'éthique et de conformité en vigueur ;**
- l'entreprise a mis en place un **système de contrôle et d'audit régulier** pour s'assurer de l'efficacité des dispositifs de conformité mis en œuvre.

Compte tenu de la similitude entre ces recommandations du DoJ et les dispositions de la loi Sapin 2, les autorités françaises pourraient se poser les questions soulevées par le DoJ pour apprécier si les entreprises respectent leurs obligations légales en matière de conformité.

tamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité ; (4°) de procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ; (5°) de procédures de contrôles comptables, internes ou externes, 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 ; (6°) d'un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; (7°) d'un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société ; (8°) d'un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.