

Tribune de François Nogaret, Associé, Mazars

SAPIN II, UNE IMPLACABLE VERTICALITÉ ?

La loi Sapin II qui occupe autant les états-majors, ainsi que les opérationnels de l'entreprise par les obligations qu'elle induit, ne serait-elle pas – au-delà de son caractère contraignant – une sorte de contrepied au monde horizontal que le monde économique actuel induit ? Une démarche privilégiant un mode de gouvernance de l'entreprise particulièrement centralisateur et quasiment jacobin ?

Cette volonté de verticalité se manifeste de différentes manières, comme la lettre de la loi semble l'indiquer, les contrôleurs de l'AFA l'appuyer, et la Direction de l'AFA le revendiquer.

La rédaction de la loi elle-même, sans décrire explicitement un quelconque mode vertical de gouvernance, met tout en œuvre pour que ce soit le cas : d'une part parce que la loi vise explicitement les dirigeants, et non l'entreprise elle-même (art. 17, I. 1° et 2°) ; d'autre part, parce qu'après avoir cité les dirigeants comme ayant la charge de la mise en œuvre du dispositif, elle dispose que ses articles portent sur l'entreprise elle-même, ainsi que sur l'ensemble de ses filiales. Autrement dit, le dirigeant est au sommet d'un dispositif qui s'applique par lui, de la société mère à l'ensemble de ses filiales.

La deuxième manifestation de cette verticalité, a priori moins évidente, consiste en l'articulation des 8 obligations de l'article 17, que l'AFA a décrite dans nombre de ses interventions, et que les premiers rapports de contrôle viennent largement confirmer. Au sommet de la pyramide se trouve la cartographie des risques de corruption, de laquelle découlent les obligations suivantes :

- Code de conduite et régime de sanctions, bien évidemment, visant à sensibiliser et mettre en garde les salariés contre ce que le dirigeant aura identifié comme risques de corruption,

- Procédures de contrôles comptables, mettant en œuvre de façon opérationnelle ces mêmes risques,
- Formations à destination des personnes les plus exposées aux risques identifiés et des encadrants,
- Dispositif de contrôle des mesures mises en œuvre, visant à s'assurer que le dirigeant contrôle l'ensemble des obligations de l'article 17.

Ainsi, le dirigeant commande à son entreprise, qui elle-même commande à ses filiales, appliquant un système pyramidal où la cartographie des risques de corruption est la source qui influence quasiment tout le dispositif.

Manifestation ultime, venant sceller l'importance du dirigeant dans le dispositif, le rapport de contrôle de l'AFA commence – nonobstant la mise en œuvre ou non des 8 obligations – par une partie très détaillée sur « l'engagement de l'entité contrôlée ».

Cette section ne répond a priori pas à la lettre de l'article 17, mais constitue pour autant une observation clinique de la façon dont les dirigeants, et eux seuls, ont appréhendé la question de la lutte contre la corruption, et ce, de différentes manières : approbation formelle du dispositif, communication, moyens humains et matériels dédiés, parcours professionnels des personnes en charge de l'anticor-

ruption... En bref un bilan complet de conformité, en lien direct avec les mandataires sociaux.

C'est à la lecture de cette convergence d'exigences vis-à-vis des dirigeants que l'on se rend compte que le dispositif Sapin II est atypique dans notre monde actuel : la délégation de responsabilité semble difficile à mettre en œuvre, et cet état de fait est assumé de façon rigoureuse par l'AFA.

Les entreprises ont jusqu'alors connu des exigences techniques diverses aux implications plus ou moins contraignantes, mais que le dirigeant pouvait déléguer, grâce aux différentes capacités offertes par le droit : le droit social et la responsabilité pénale auprès du DRH, Sarbanes-Oxley auprès des directeurs financiers pour les entreprises cotées aux États-Unis, pour ne parler que de sujets de conformité.

Sapin II ne tire pas sa complexité du seul fait que le sujet de la corruption était relativement peu pris en compte par les entreprises non exposées au FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) ou au UKBA (UK Bribery Act) ou qu'il représente un enjeu technique difficile à appréhender.

Non, Sapin II crée son propre référentiel, presque autonome, défini par la loi elle-même, et dans lequel le dirigeant doit s'impliquer, manifestement bien plus que dans n'importe quel autre sujet « technique ».

Lors de la mise en œuvre de dispositifs de lutte contre la corruption, les dirigeants doivent désormais avoir en tête 3 idées principales, de difficulté d'appréhension croissante, pour répondre aux exigences tant de la loi que de l'AFA :

- Il est des pratiques habituelles contre lesquelles il va falloir lutter, sous l'impulsion des dirigeants, quand bien même elles ne sont jusqu'alors jamais apparues comme moralement, et a fortiori légalement condamnables ;

- Il n'est pas possible de trouver un placebo, ou un succédané à un dispositif de lutte contre la corruption. Le « recyclage » documentaire, par exemple, n'est pas compatible avec la mise en œuvre d'un tel dispositif. Les entreprises qui ont tenté de faire admettre que la réponse à telle ou telle obligation ressemblait « à peu près » aux exigences de la loi Sapin II ont fait fausse route. Aucun écart à la norme ne semble admis ;
- Il n'est que très peu laissé au dirigeant la possibilité de confier cette tâche sans supervision raisonnée à un salarié, à plus forte raison si ce salarié est (très) éloigné du sommet de la pyramide hiérarchique. La délégation n'est plus permise sur ce sujet précis et si elle est tolérée, elle ne se fera qu'au prix d'une grande proximité hiérarchique avec le dirigeant.

La boucle est ainsi bouclée, une exigence de verticalité omniprésente, des structures juridiques au corpus hiérarchique, en passant par l'exclusivité normative. La façon dont est mis en œuvre l'article 17 de la loi par ceux qui sont en charge de son application ravive, sans concession, la notion de responsabilité du dirigeant ès qualités.

Il est désormais exigé qu'au-delà de la stratégie, du pilotage économique de l'entreprise, le dirigeant s'implique également sur un sujet technique de conformité, ce qui est inédit.

Charles Duchaine avait indiqué en 2016 qu'il n'était pas là pour faire de la figuration : la combinaison du texte, de ses diverses déclarations et de la nature des contrôles laisse à penser qu'il démontre son propos. Il est fort probable qu'à ce rythme, les autorités nord-américaines viennent à considérer que la France prend (enfin) très au sérieux la lutte contre la corruption et devient un agent de lutte pertinent et efficace. Une crédibilité accrue certes, mais au prix d'efforts majeurs de la part de ceux qui ont la charge d'administrer nos entreprises. //