

GUIDE DE GESTION DU RISQUE EN DROIT PÉNAL DES AFFAIRES



Novembre 2020

NOTRE ENTREPRISE S'ENGAGE

Le risque pénal présente un caractère de gravité tout à fait particulier qui concerne aussi bien les personnes morales que les personnes physiques. Il peut porter atteinte à leurs intérêts patrimoniaux, comporter des privations de liberté pour les individus et des interdictions d'exercer leurs activités.

Il est donc nécessaire d'assurer du mieux possible l'information et la formation des collaborateurs de l'entreprise afin qu'ils puissent mieux identifier les domaines du droit des affaires dans lesquels il existe un risque pénal. Tel est l'objet de ce "Guide de Gestion du risque en droit pénal des affaires".

Je sais pouvoir compter sur vous pour en assurer le meilleur usage et permettre ainsi à notre Groupe de poursuivre son développement dans le strict respect des règles en ce domaine.

Sandrine MOTTE
Directrice Générale du Groupe des Eaux de Marseille



INTRODUCTION

Dans tous les pays où il exerce ses activités, le Groupe des Eaux de Marseille doit se conformer à d'innombrables règles impératives relevant des différentes branches du droit des affaires.

Le non-respect de certaines de ces règles, applicables aux entreprises, qu'il s'agisse d'obligations de faire ou au contraire d'interdictions, peut faire l'objet de sanctions pénales.

Tous les pays dans lesquels le Groupe des Eaux de Marseille exerce ses activités n'ont pas la même propension à assortir de sanctions pénales les règles impératives qu'ils édictent en droit des affaires, mais tous y ont recours plus ou moins et selon des modalités conformes à leur organisation judiciaire et à leurs traditions juridiques.

Les obligations pénalement sanctionnées constituent à la fois un sujet de performance et un risque que nul ne peut négliger.

Un sujet de performance : une nouvelle tendance de fond se dégage. Les marchés, les investisseurs et les donneurs d'ordre évaluent les entreprises non seulement sur leurs performances économiques et financières, mais également sur la manière dont elles sont réalisées. Les règles pénalement sanctionnées se rapportant à l'éthique, leur respect est donc non seulement une obligation mais également désormais un élément susceptible d'affecter sensiblement la performance des entreprises et leur image de marque.

Le respect des règles est donc une priorité opérationnelle, au même titre que la recherche de la performance technologique et commerciale.

Un risque sérieux : les affaires pénales se distinguent des affaires civiles ou commerciales. Les affaires civiles ou commerciales ne mettent en jeu que des intérêts privés entre des personnes physiques ou morales, et se règlent généralement par l'allocation de dommages-intérêts. En revanche, les affaires pénales impliquent des actes considérés comme préjudiciables à la société toute entière. Elles sont conduites par un procureur agissant pour le compte de la société, de sa propre initiative ou à la suite d'une plainte. Une condamnation pénale peut conduire à des peines d'emprisonnement, à des interdictions d'exercer tout ou partie d'une activité ou d'une fonction (pour les personnes physiques), à l'interdiction d'accéder aux marchés publics, à la perte des droits civiques et politiques et au paiement d'amendes dont les montants peuvent être considérables. Des dommages-intérêts peuvent également être alloués aux victimes.

En général, les règles de droit pénal d'un pays s'appliquent dès qu'un comportement répréhensible y a été commis ou a eu un effet sur son territoire. Cependant, certaines

lois, telles que celles relatives à la lutte contre la corruption, s'appliquent même si le comportement répréhensible n'a pas été perpétré, ou n'a pas eu d'effets, sur le territoire du pays. La France suit cette approche.

Ainsi, les entreprises d'un groupe international et leurs dirigeants peuvent encourir des risques lourds et être poursuivis à la fois en France et à l'étranger pour une même affaire. Par exemple, en matière de droit de la concurrence, de droit boursier ou de lutte contre la corruption, les infractions perpétrées dans un pays peuvent affecter le fonctionnement de certains marchés, les intérêts des actionnaires ou la bonne marche d'une administration publique, dans un autre pays, et par conséquent faire l'objet de poursuites pénales dans cet autre pays.

Les nombreuses incriminations de droit pénal des affaires représentent, pour l'entreprise et ses personnels, un risque à forte spécificité par rapport aux autres risques juridiques auxquels l'entreprise doit faire face.

En résumé, **la spécificité du risque de droit pénal des affaires**, qui justifie la diffusion du présent Guide, tient aux aspects suivants :

- le fait qu'il fasse partie intégrante des facteurs de performance éthique ;
- la gravité des conséquences possibles d'une condamnation, sur le plan pécuniaire (amendes pénales) ou fonctionnel (par exemple une interdiction d'exercer une activité ou une fonction, une interdiction de soumissionner pour certains marchés, l'interdiction de contracter avec un État, etc.) ;
- l'atteinte à l'image de l'entreprise et à celle de ses dirigeants (véritablement d'une autre nature et intensité que dans le cas de simples sanctions administratives ou civiles) ;
- le fait que le risque pénal pèse non seulement sur la personne morale de l'entreprise mais aussi sur les personnes physiques agissant pour son compte ou sur ses instructions (les dirigeants et, éventuellement, certains membres du personnel), ces dernières risquant, en particulier, des peines d'emprisonnement ;
- le fait qu'un acte commis dans un pays peut faire l'objet de poursuites dans un autre.

Pour minimiser le risque pénal encouru par le Groupe des Eaux de Marseille, tant du point de vue de la probabilité de sa réalisation que de celui de la gravité de ses conséquences, il y a lieu d'entreprendre les actions décrites ci-après.





ÉLEVER LE DEGRÉ DE CONSCIENCE DES DOMAINES DU DROIT DES AFFAIRES DANS LESQUELS LES SANCTIONS PÉNALES SONT LES PLUS FRÉQUENTES

Le risque pénal, pour les entreprises et leurs collaborateurs, est en augmentation dans de nombreux pays. Sévèrement sanctionné dans certains pays comme la France ou les États-Unis, ce risque peut paraître moins élevé dans d'autres pays en raison d'une répression aléatoire ou parce que les comportements incriminés semblent faire partie de la vie courante des affaires. Il demeure néanmoins extrêmement important. D'abord parce que certaines lois sont d'application extraterritoriales. Ensuite, parce que la qualité d'entreprise étrangère est généralement un facteur aggravant dans de nombreux pays, même si cela ne résulte pas toujours d'une règle explicite.

Le but de ce guide est donc de vous alerter et de mettre en évidence les risques les plus importants. Mais cette liste n'est pas exhaustive.

Les poursuites pénales, contre les entreprises ou leurs employés, sont engagées le plus souvent dans les domaines suivants :

- La corruption – privée et publique ;
- L'utilisation d'intermédiaires ;
- Les activités opérationnelles de l'entreprise ;
- Les violations relatives aux documents sociaux et à la comptabilité ;
- L'abus de biens sociaux ;
- Le détournement de fonds/le vol/la fraude ;
- Les entraves.





1. La corruption

a. La corruption d'agent public

La corruption d'un agent public désigne **le fait de promettre, d'octroyer un avantage quelconque à un agent public pour qu'il agisse ou s'abstienne d'agir pour accorder un traitement favorable à l'entreprise**. Parallèlement, il est interdit pour un agent public, de solliciter ou recevoir un avantage quelconque pour agir ou s'abstenir d'agir en violation des obligations de sa fonction. Il est interdit de céder à de telles sollicitations. Le fait d'avoir connaissance de violations actuelles ou possibles et de ne rien faire pour vérifier leur existence et, le cas échéant, les faire stopper, est également punissable.

Chaque état interdit et réprime la corruption de ses propres agents publics.

Par ailleurs, en vertu du Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA") des États-Unis et de la transposition récente par plusieurs pays de l'OCDE – dont la France et la Grande Bretagne – de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers (une convention internationale conclue entre 37 pays), tout acte de corruption d'agent public commis à l'étranger est strictement interdit.

Ainsi, un acte de corruption d'agent public commis à l'étranger par des personnels d'une entreprise française, par la filiale d'une entreprise française, ou par un agent commercial étranger travaillant pour l'entreprise ou cette filiale, peut engager la responsabilité de l'entreprise non seulement dans le pays où le délit a été commis mais également en France. De même, une société française cotée aux États-Unis pourrait être poursuivie par les autorités américaines pour un acte de corruption commis dans un pays étranger, même hors OCDE. Par ailleurs, cette société peut être pareillement poursuivie aux États-Unis si les comptes d'une de ses filiales étrangères dissimulent l'objet réel d'un paiement, quel qu'en soit le montant.

Dans certains pays, les invitations et cadeaux à l'intention d'agents publics sont interdits quel qu'en soit le montant ; en revanche, dans d'autres pays, les invitations ou cadeaux ne doivent pas dépasser un montant fixé par les usages conformes aux pratiques habituelles de courtoisie.

En outre, la transposition récente de plusieurs conventions internationales anti-corruption a accru la capacité des autorités nationales de poursuivre effectivement un acte de corruption commis hors du territoire national.

La notion d'agent public doit être comprise au sens large. Il s'agit de tout bénéficiaire d'un mandat électif, de tout fonctionnaire, de toute personne payée par des fonds publics, de leurs proches ou des entités dans lesquelles ils auraient des intérêts, pouvant influencer sur une décision d'utilisation de fonds publics.

Les signes d'alerte sont notamment :

- L'activité promotionnelle et les opérations dans les pays à risque ;
- Les rémunérations excessives ou inhabituellement élevées sans éléments explicatifs précis et justificatifs raisonnables ;
- Les paiements à des tiers et/ou en dehors du pays où les services sont rendus ;
- L'utilisation de coquilles vides ou les paiements en liquide.

Il convient d'être vigilant et de respecter les différentes lois nationales à cet égard, portant notamment sur le financement des partis politiques.

L'interdiction de la corruption d'agent public est absolue et sans exception dans tous les pays où le Groupe intervient.

b. La corruption privée

La corruption privée est le fait de promettre, d'octroyer un avantage quelconque à une personne qui n'est pas un agent public, pour qu'elle agisse en violation des obligations de sa fonction. En miroir, il est interdit pour une personne, qui n'est pas un agent public, de solliciter ou recevoir un avantage quelconque pour agir ou s'abstenir d'agir en violation des obligations de sa fonction. Il est interdit de céder à de telles sollicitations.

Tout acte de corruption privée est interdit. Dans le même esprit, toute promesse ou remise d'un avantage indu en vue de favoriser la décision d'achat d'une société privée est rigoureusement interdite.

2. Les risques liés à l'utilisation d'intermédiaires

Le Groupe des Eaux de Marseille n'utilisera pas de tiers "intermédiaires" pour faire ce qu'elle n'a pas le droit de faire elle-même. Dans les cas où il pourra utiliser un intermédiaire, et décidera de le faire, notre Groupe se conformera à la procédure Groupe spécifique¹ pour s'assurer de l'intégrité des agents commerciaux et intermédiaires travaillant sous contrat avec lui. Cette procédure permet de valider la sélection de ces prestataires, d'encadrer leur mission et leur rémunération ainsi que de vérifier

¹ - Procédure relative aux opérations d'intermédiation et de prestations de services commerciaux

la réalité de leurs prestations selon des règles strictes et selon un contrat cadre.

Les signes d'alerte sont notamment :

- Le recrutement de personnes qui n'ont pas fait l'objet d'une enquête préalable ;
- La demande de recrutement de certains intermédiaires par des autorités locales ;
- Le recrutement de personnes qui n'ont pas la représentation de tiers comme activité habituelle ;
- Le recrutement de personnes qui ne disposent pas des compétences ou des ressources nécessaires à la mission devant leur être confiée ;
- Un accord sur une rémunération liée au résultat, pour un montant très élevé ou illimité ;
- Le recrutement de personnes qui ne sont pas prêtes à s'engager sur les valeurs de notre Groupe ;
- Des demandes de paiement dans un pays tiers ou auprès d'un tiers ;
- Le fait que l'agent demande à avoir un rapport d'exclusivité avec les agents publics.



3. Les risques liés aux opérations

Les opérations quotidiennes de notre Groupe exposent nécessairement les différentes entités qui le composent et leurs personnels au risque pénal. De nombreuses réglementations en matière d'hygiène et de sécurité, de droit du travail et de protection de l'environnement prévoient des sanctions pénales.

- S'agissant d'**infractions impliquant une atteinte à l'intégrité corporelle**, la responsabilité de l'employeur peut être recherchée en cas d'atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique de la personne, sur le fondement du respect de la personne, ainsi que sur celui d'un manquement aux obligations de sécurité ou de prudence. De fait, les peines sont aggravées lorsque l'accident est consécutif au manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement.
- Le **prêt illicite de main d'œuvre** est une infraction réprimée par les dispositions du Code du travail français qui sanctionnent le fait d'avoir réalisé une opération à but lucratif ayant pour objet exclusif la mise à disposition de salarié(s) en dehors des dérogations applicables. Il convient d'être vigilant en cas de recours à des sous-traitants et prestataires et ne pas hésiter à prévoir des obligations contractuelles renforcées permettant de s'assurer du respect par ces derniers des obligations légales applicables.
- L'activité principale de notre Groupe est la prestation de services environnementaux. **Le non-respect des dispositions impératives en matière de protection de l'environnement** expose non seulement les entités concernées et leurs personnels à des sanctions pénales, mais porte aussi atteinte à la valeur de nos services, à notre marque et à nos perspectives de développement.
- En ce qui concerne **les véhicules et équipements utilisés** par notre Groupe, leur **bon entretien et la conservation d'une documentation appropriée** sont essentiels. Il est à prévoir qu'une inspection approfondie sera conduite par les autorités publiques si un accident impliquant un véhicule ou un élément d'équipement venait à causer un décès ou des dommages corporels. S'il y a un défaut d'entretien ou si la documentation n'est pas exacte, des poursuites pénales pourront être engagées contre l'entreprise et/ou les personnes physiques responsables.

En conséquence, la plus grande vigilance dans le respect des lois et réglementations applicables en ces matières s'impose.

4. Le droit de la concurrence

La France, l'Union européenne et la plupart des pays dans lesquels notre Groupe exerce ses activités ont édicté des règles strictes pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés. Ces règles portent les marques distinctives des différents systèmes juridiques dans lesquels elles s'insèrent, mais elles ont en commun d'avoir pour objet d'assurer des relations saines entre clients et prestataires de services ou fournisseurs et une concurrence vigoureuse entre entreprises opérant dans un même secteur d'activité. Les violations du droit de la concurrence qui sont les plus graves et qui sont susceptibles de constituer des infractions pénales sont : les réponses concertées aux appels d'offres, les ententes entre concurrents et les pratiques prédatrices.

Le Groupe des Eaux de Marseille a mis à disposition de ses personnels **une documentation et des formations spécifiques en matière de droit de la concurrence.**

5. La documentation sociale et les documents comptables

La comptabilité est un instrument de gestion et de contrôle des sociétés. C'est donc **un élément capital** pour les dirigeants, actionnaires ou partenaires de la société, ainsi que pour les tiers, dont les créanciers. La violation des règles relatives aux documents comptables de l'entreprise peut faire l'objet d'incriminations pénales.

La violation des règles en matière de comptabilité donne lieu au plus grand nombre de poursuites. En bref, les dispositions comptables exigent :

- des documents comptables qui reflètent de façon exacte et sincère les opérations, avec suffisamment de détail ;
- un système de contrôle interne qui donne une assurance raisonnable que les comptes de l'entité concernée sont établis de façon exacte et sincère, que les transactions sont régulièrement autorisées, que tout est mis en œuvre pour éviter les transactions non autorisées et éviter que des transactions ne soient pas retranscrites dans les comptes ou soient improprement retranscrites.

La documentation sociale et les documents soumis à des tiers doivent refléter les faits relatés de façon exacte et sincère. Cela concerne notamment les informations en matière de coût et de prix remises à des clients ou à des autorités administratives. Il existe dans d'autres pays des qualifications pénales semblables ou différentes permettant de sanctionner les mêmes faits infractionnels.

Une vigilance s'impose dans l'entreprise concernant les nombreux écrits qu'elle produit, par exemple procès-verbaux de réunions de conseil d'administration, feuilles de présence aux assemblées générales, factures, etc.

En France, le Code pénal sanctionne de manière autonome la réalisation et l'utilisation de faux.

6. L'abus de biens sociaux

En France, c'est le fait, pour les dirigeants d'une société, "de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement".

La jurisprudence française a adopté une conception large des dirigeants susceptibles d'être poursuivis pour abus de biens sociaux, qu'ils soient dirigeants de droit ou de fait.

Il existe dans d'autres pays des qualifications pénales semblables ou différentes permettant de sanctionner les mêmes faits infractionnels.

7. Le détournement de fonds / la fraude / le vol

Le détournement de fonds, la fraude, le vol sont susceptibles de constituer des infractions pénales qui peuvent être commises contre le Groupe par ses employés ou des tiers cherchant à se procurer un avantage indu. De telles infractions peuvent également être commises par le Groupe, agissant par ses employés, contre des clients, fournisseurs, sous-traitants, partenaires, etc.

Dans certains cas, ce qui apparaît comme un manquement contractuel peut être constitutif d'une infraction pénale, en particulier si notre client est une autorité administrative ou si une telle autorité est autrement impliquée dans l'opération concernée.

8. Le délit d'entrave

Il s'agit d'une infraction caractérisée par le comportement volontaire ou non d'un employeur ayant pour effet d'empêcher le fonctionnement normal d'une institution représentative du personnel ou l'exécution normale des missions d'un représentant du personnel.

Les textes incriminant les entraves sont nombreux et les formes de celles-ci particulièrement variées. En particulier, les textes applicables tendent à multiplier les institutions ou personnes victimes potentielles d'une entrave.

9. Les autres domaines importants impliquant un risque pénal

Les infractions de droit commun susceptibles d'être commises dans le courant de la vie des affaires sont nombreuses en particulier l'abus de confiance, le faux et l'usage de faux, la fraude informatique, les délits voisins du délit de corruption, etc.

A titre d'exemples :

- **Le trafic d'influence**

Le trafic d'influence consiste à procurer un avantage à quelqu'un pour qu'il use de son influence afin d'obtenir d'un tiers un traitement de faveur pour l'entreprise (influence active) ou à être incité à user de sa propre influence pour favoriser un tiers (influence passive). En France, le trafic d'influence est considéré comme une forme de corruption et est sanctionné avec la même sévérité.

- **Le délit de favoritisme**

Le favoritisme consiste, contrairement aux dispositions légales ou réglementaires applicables, à accorder injustement des avantages en violation de la liberté d'accès aux marchés publics et aux délégations de service public, ainsi qu'en violation de l'égalité des candidats. En tant que bénéficiaire d'un tel avantage, une entreprise peut se trouver poursuivie à la fois pour délit de favoritisme et pour recel.

Il convient d'être vigilant dans les relations avec les donneurs d'ordre public afin de ne pas faire bénéficier l'entreprise d'avantages indus.

- **Les entraves à la justice**

Les différentes formes d'entraves à la justice qui constituent des infractions pénales sont souvent perpétrées en relation avec d'autres infractions pénales, telles que celles résultant de la violation de règles du droit de la concurrence. Le risque d'entrave à la justice existe par exemple si, dans le cadre d'une enquête, un employé cherche à cacher une pratique éventuellement critiquable en détruisant ou créant des documents, en cherchant à influencer des témoignages ou en refusant aux enquêteurs l'accès à certaines archives ou à certains témoins.



NÉCESSITÉ D'UN EFFORT DE "CONFORMITÉ" PARTICULIER EU ÉGARD À L'IMPORTANCE DU RISQUE PÉNAL

La prévention du risque pénal, c'est d'abord un effort de conformité particulier concernant les matières "à risques" identifiées dans les paragraphes précédents. C'est en assurant le respect des dispositions du droit des affaires qui sont impératives et sanctionnées pénalement que l'on protégera l'entreprise et ses personnels contre le risque pénal.



L'ALLOCATION DU RISQUE PÉNAL AU NIVEAU HIÉRARCHIQUE APPROPRIÉ EST ÉGALEMENT UN MOYEN DE PRÉVENTION DU RISQUE

En droit des affaires, la faute sanctionnée pénalement est souvent un défaut de surveillance ou la négligence dans la mise en œuvre de moyens de prévention d'un risque.

La mise en place de délégations de pouvoirs appropriées permettra de faire en sorte que la personne responsable (le délégataire) exécute les obligations de surveillance et de prévention de façon plus efficace que n'aurait pu le faire un chef d'entreprise nécessairement moins proche au quotidien de la gestion fine de chaque opération.



MAÎTRISE DE LA COMMUNICATION INTERNE ET EXTERNE

La maîtrise de la communication interne et externe est essentielle.

C'est une erreur fréquente de supposer que les communications orales ne peuvent pas être retracées ou que des écrits absolument informels ou personnels (notes manuscrites en marge d'un document, post-it, agendas, e-mails) sont sans conséquences juridiques possibles. La jurisprudence est riche d'exemples d'éléments à première vue anodins trouvés dans les dossiers d'une entreprise.

La même prudence s'impose en matière de communication externe pour ne pas éveiller, à tort, des soupçons quant à la possibilité de la commission d'une infraction par le Groupe des Eaux de Marseille ou un membre de son personnel.



EN RÉSUMÉ

- Soyez conscient du risque que le droit pénal des affaires fait courir au Groupe dans l'exercice de ses activités ;
- Recourez à l'assistance de votre management lorsque vous avez des doutes - ne tranchez jamais vous-même un dilemme relatif à la légalité d'un fait ;
- Ne mettez jamais en risque votre bonne réputation ou celle de notre Groupe pour ce que vous percevez comme un avantage pour l'entreprise.

En savoir plus sur les engagements du Groupe :

eauxdemarseille.fr/Le-Groupe/Nos-engagements

Pour les collaborateurs, merci de se référer à la Charte des valeurs et comportements du Groupe, au Code de Conduite anti-corruption ainsi qu'au Guide des principes fondamentaux de la relation fournisseurs et au Guide de conformité au droit de la concurrence disponibles sur l'intranet.