


SYMPOSIUM

GOVERNANCE DES GROUPES TRANSNATIONAUX : QUELS ENJEUX, QUELS DEFIS ?

GOVERNANCE OF TRANSNATIONAL GROUPS: WHAT ARE THE STAKES? WHAT ARE THE CHALLENGES?

Patrick-Hubert PETIT* et David CHEKROUN**

 Conferences; Corporate governance; Ethics; Groups of companies; Multinational companies; Tax

L'article qui suit rend compte des débats qui se sont déroulés lors du colloque du 10 décembre 2015 consacré à « la gouvernance des groupes transnationaux : quels enjeux, quels défis ? ».

Ce colloque inaugural du « *Professorship in International Corporate Governance* » d'ESCP Europe, né de son partenariat avec KPMG, ambitionnait de déterminer les nouvelles réalités en matières juridique, financière, stratégique, fiscale et sociale en sollicitant le concours de personnalités qualifiées issues de la vie économique et sociale afin d'explorer les nouveaux enjeux et défis des groupes transnationaux.

Après l'allocution d'introduction faite par Daniel Lebègue, Fondateur et Président d'honneur de l'Institut Français des Administrateurs et Président de Transparency International France, les débats de la table ronde ont réuni, à ses côtés, Magali Castano, Directeur Talent Management du groupe Technip ; Bernard Field, Avocat, membre de la Commission des sanctions de l'AMF, ancien Secrétaire Général de Saint-Gobain ; Eric Quentin, Associé Hoche Société d'Avocats ; Eric Thomas, Directeur Juridique du groupe Lagardère ; et Marc Verspyck, Directeur Général Adjoint Economie et Finances d'Air France.

Les débats et échanges étaient encadrés et conduits par Patrick-Hubert Petit, associé KPMG et Président de l'Audit Committee Institute France, et David Chekroun, Professeur

The following article summarises the debates that took place at the symposium entitled "Governance of transnational groups: What are the stakes? What are the challenges?" on 10 December 2015.

This inaugural symposium of the "Professorship in International Corporate Governance" at ESCP Europe, the fruit of its partnership with KPMG, aimed to identify new realities in judicial, financial, strategic, fiscal and social matters, with the participation of qualified leading figures from the economic and social spheres to explore the new challenges for transnational groups.

Following the introductory address by Daniel Lebègue, Founder and Honorary President of the French Institute of Directors and President of Transparency International France, round table debates included Magali Castano, Talent Management Director at Technip; Bernard Field, lawyer, member of the AMF Sanctions Committee, former Secretary-General at Saint-Gobain; Eric Quentin, Partner at Hoche Société d'Avocats; Eric Thomas, Group General Counsel Lagardère; and Marc Verspyck, Executive Vice President, Economy and Finance at Air France.

The debates and exchanges were led by Patrick-Hubert Petit, KPMG partner and President of the Audit Committee Institute France, and David Chekroun,

* Associé KPMG et Président de l'Audit Committee Institute France.

** Professeur de droit des affaires internationales à ESCP Europe et Directeur scientifique du KPMG Professorship in International Corporate Governance.

Professor of International Business Law at ESCP Europe and Scientific Director of the KPMG Professorship in International Corporate Governance.

Transnational group governance is a matter of prime importance, simply because it constitutes a major challenge for companies in this constantly changing environment, which are increasingly placed under the inquisitive watch of investors, public authorities, regulators, the media, employees and other stakeholders.

The creation of transnational groups is linked to the strategies of companies that require their management to make a choice with significant legal consequences, by creating branches that have no legal existence or subsidiaries that do have legal personality, either controlled by the parent company or in a joint venture, or by acquiring existing companies. The "group of companies" thus represents all of the subsidiary companies over which the parent company has exclusive control.

The transnational aspect taken on by the group implies that the majority of its turnover and its operational teams are dispersed across the world, all the while having a strong national root due to the parent company's geographical establishment and its role as a driving force. But the particularity of a transnational group is that it combines local adaptation with global co-ordination defined by one or more parent companies emphasising knowledge sharing, specialisation and network management via a matrix. Knowledge sharing implies that each local unit is independent but constitutes a source of ideas and skills for the group as a whole. A locally developed idea is thus proposed to the other operational units. Specialisation means that local units benefit from economies of scale by specialising in a particular activity on behalf of the whole group or a vast geographical area. In this way, a unit with particular skills in standardising a product may be responsible for manufacturing this product for the whole world. Finally, network management requires that the head office manages the global network of expertise and knowledge, defining each unit's role, then maintaining the culture and the systems that allow the whole group to operate in harmony.

Governance refers to the group's management and control system.

Group governance crises, as illustrated by the *Volkswagen* case and its recent convictions, reveal the

de droit des affaires internationales à ESCP Europe et Directeur scientifique du KPMG Professorship in International Corporate Governance.

Si la gouvernance des groupes transnationaux est un sujet de première importance, c'est tout simplement parce qu'il constitue un enjeu majeur pour les sociétés dans un environnement en évolution constante et toujours davantage placé sous le regard inquisiteur des investisseurs, des pouvoirs publics, des régulateurs, des médias, des salariés et des autres parties prenantes.

La constitution de groupes transnationaux est liée à la stratégie des entreprises qui imposent à leurs dirigeants d'opérer un choix aux conséquences juridiques importantes en créant des succursales qui n'ont pas d'existence juridique propre, ou des filiales dotées d'une personnalité juridique, contrôlées par la société mère ou en *joint-venture*, ou bien en réalisant des acquisitions de sociétés existantes. Le « groupe de sociétés » représente ainsi l'ensemble des sociétés filiales sur lesquelles la société mère exerce un contrôle exclusif.

L'aspect transnational¹ que revêt le groupe implique que l'essentiel de son chiffre d'affaires et de ses équipes opérationnelles soient disséminés à travers la planète, tout en ayant un enracinement national fort du fait de l'implantation géographique et du rôle moteur de la maison-mère. Mais la particularité du groupe transnational est qu'il combine l'adaptation locale avec la coordination globale définie par une ou plusieurs sociétés mères par une matrice qui met l'accent sur le partage des connaissances, la spécialisation et le management en réseau. Le partage des connaissances implique que chaque unité locale est indépendante mais constitue une source d'idées et de compétences pour l'ensemble du groupe. Une idée développée localement est ainsi proposée aux autres unités opérationnelles. La spécialisation signifie que les unités locales bénéficient d'économies d'échelle en se spécialisant sur une activité particulière pour le compte de l'ensemble de la structure ou d'une vaste zone géographique. Une unité qui dispose de compétences particulières dans l'industrialisation d'un produit peut ainsi être responsable de la fabrication de ce produit pour le monde entier. Enfin, le management en réseau nécessite que le siège gère ce réseau global d'expertises et de connaissances en définissant le rôle de chaque unité, puis en maintenant la culture et les systèmes qui permettent à l'ensemble de fonctionner harmonieusement.

La gouvernance, quant à elle, est le système de direction et de contrôle du groupe.

La crise de gouvernance du groupe, telle que l'illustre l'affaire *Volkswagen* qui a récemment connue ses premières

condamnations, est révélatrice des enjeux qu'elle sous-tend : dans cette affaire, la responsabilité a été recherchée au sommet du groupe et non au niveau des sociétés filiales pourtant juridiquement responsables, au premier degré, des faits reprochés.

Ceci traduit la responsabilisation morale et médiatique grandissante de la société-mère qui doit désormais avoir une maîtrise totale sur l'ensemble des entités qui lui sont rattachées et pose la question de savoir comment peut s'exprimer la gouvernance d'un groupe en tant qu'ensemble, qui se caractérise notamment par la diversité tant structurelle que géographique des entités qui le composent.

Cette responsabilisation morale et médiatique de la société-mère pour l'ensemble des entités qu'elle contrôle est en contradiction avec l'absence de reconnaissance juridique du groupe en tant que tel. Il y a donc un réel décalage entre d'une part la reconnaissance du groupe par le droit et, d'autre part, la réalité économique et l'opinion publique.

Ce décalage se traduit en tout premier lieu en droit des sociétés. En effet, le groupe de sociétés n'a aucune existence juridique puisqu'il est dénué de personnalité morale. Ainsi, malgré une remise en cause progressive du principe d'autonomie de la personne morale, le droit en général et le droit français des sociétés en particulier, connaît toujours un retard conséquent en matière de groupe.

Le droit français n'ignore pas pour autant le groupe qui fait l'objet de dispositions particulières notamment en matière fiscale. En effet, la crise économique mondiale a conduit les Etats à faire de la promotion de la transparence financière la réponse privilégiée pour combattre l'opacité financière et l'instabilité économique, ce qui n'est pas sans implications fiscales sur les groupes transnationaux.

De même, en matière sociale, la notion de gouvernance du groupe est reconnue lorsqu'une filiale appartenant à un groupe de sociétés licencie tout ou partie de ses salariés pour motifs économiques, alors que les autres filiales du même groupe peuvent rester en bonne santé financière. Les salariés sont le plus souvent fondés à rechercher la responsabilité de la société mère, qui n'aurait pas préservé leurs emplois en cherchant à les reclasser à l'intérieur du groupe par exemple.

En outre, ce décalage entre le défaut de reconnaissance juridique et la réalité économique dans laquelle le groupe a une existence propre nuit à l'établissement d'une réglementation cohérente et permet à certains groupes d'échapper à leurs responsabilités.

underlying challenges: in this case, it was the liability of the management that was sought, not that of the subsidiary companies: which were, in fact, legally responsible in the first degree for the deeds committed.

This shows the parent company's growing sense of accountability in terms of morality and the media. It must gain total control over all the entities connected to it and ask the question of how governance can be expressed in the group as a whole, when the group is characterised particularly by both the structural and geographical diversity of the entities it is composed of.

Making the parent company aware of its moral and media-related responsibility for all entities under its control is in contradiction with the absence of legal recognition of the group as such. There is a real discrepancy between, on the one hand, the group's recognition in the eyes of the law, and on the other, the economic reality and public opinion.

In the first place, this discrepancy can be seen in company law. The group of companies has no legal existence as it is devoid of a legal entity. Although the legal entity's autonomy is gradually being called into question, the law in general, and in particular French company law, is trailing substantially behind as regards groups.

French law does not, however, ignore groups, with their special provisions, particularly in matters of tax. The global financial crisis has driven states to make financial transparency the favoured response in fighting financial opacity and economic instability, which is not without fiscal implications for transnational groups.

Likewise, the notion of group governance is recognised when a subsidiary belonging to a group of companies dismisses all or a part of its employees for economic reasons, whereas the other subsidiaries from the same group are able to remain in good financial health. Employees are more often than not justified in placing responsibility with the parent company that did not maintain their jobs, for example by trying to reclassify them within the group.

In addition, this discrepancy between the lack of legal recognition and the economic reality in which the group exists is detrimental to establishing coherent regulation and allows certain groups to shirk their responsibilities.

The development of ethics is therefore of critical concern in transnational group governance. Not only does compliance appear to be increasingly becoming an extension of “company” or group ethics, but it should also be noted that the risk of a bad reputation, particularly by naming and shaming, is close to becoming one of the major risks for transnational groups.

This state of affairs forces transnational groups to make a real change of paradigm regarding governance. Managing these groups is increasingly complex on account of the geographical diversity of their entities, the multiplicity of products offered and the ever-growing and more complex demand for reactivity. This complexity is intensified by the many levels of accounting, legal and fiscal regulations, which apply on different scales: locally in some cases and transnationally in others. In this way, the field of governance is widening, going well beyond what was known previously, and incorporating societal and environmental matters.

This change in paradigm in matters of governance brings about a real challenge for transnational groups. Particularly in terms of human resources, employees must progress from the idea of “the group and us”, to “the group is us”. This involves a real effort from management, who besides initiating a company culture, must also create a real common language for the whole group, creating a feeling of belonging. To do this, management require in-depth knowledge of resources through common processes and the presence in the field of a network of managers in different entities of the group, with not only horizontal, but also vertical top and down mobility, guaranteeing uniformity in the group for greater vigilance and agility. In bringing companies closer together, it is important to ensure centralised management of the balance of all the subsidiaries in the group, which might take the shape of a common platform to deal with different subjects linked to the functioning of the new group and its subsidiaries.

More generally speaking, putting a system of compliance into place in an effective manner requires great personal involvement on the part of the managing director, and often the general secretary of the transnational group, as well as that of all operational managers of the different local and regional subsidiaries. This is the concept known as the “inverted pyramid”. It involves highlighting and taking into account local “field knowledge” to improve the overall system of governance, allowing the pilot system to be adapted to the reality within the subsidiaries.

Ainsi, le développement de l'éthique constitue un enjeu crucial de gouvernance des groupes transnationaux. En effet, non seulement la conformité apparaît de plus en plus comme le prolongement de l'éthique dans « l'entreprise » ou le groupe, mais il faut également constater que le risque de réputation notamment par le *naming* et *shaming* est en passe de devenir l'un des risques majeurs des groupes transnationaux.

Cet état de fait oblige les groupes transnationaux à opérer un véritable changement de paradigme en matière de gouvernance. En effet, la gestion de ces groupes est, avec la diversité géographique d'implantation de ses entités, la multiplication de produits proposés et une exigence de réactivité toujours plus forte, de plus en plus complexe. Cette complexité est décuplée par l'empilement de règles comptables, juridiques et fiscales qui s'appliquent à différentes échelles, à savoir locales pour certaines ou transnationales pour d'autres. Ainsi, il y a un réel élargissement du champ de la gouvernance qui va bien au-delà de ce qu'on pouvait connaître et intègre notamment des sujets environnementaux et sociétaux.

Ce changement de paradigme en matière de gouvernance engendre un réel défi pour les groupes transnationaux. En matière de ressources humaines notamment, les salariés doivent passer du concept « le groupe et nous » à celui « le groupe, c'est nous ». Cela implique un réel effort des directions des groupes qui doivent initier, outre une culture d'entreprise, un vrai langage commun à l'ensemble du groupe créant un fort sentiment d'appartenance. Pour ce faire, il est nécessaire d'avoir une connaissance pointue des ressources à travers des processus communs et également une présence sur le terrain d'un réseau de *managers* au sein des différentes entités du groupe, avec des mobilités non seulement horizontales mais aussi verticales « *top and down* » garantissant une uniformité au sein du groupe pour plus de vigilance et d'agilité. En matière de rapprochement d'entreprises, il est important d'assurer une gestion d'équilibre centralisée de toutes les filiales au niveau du groupe qui peut prendre la forme d'une plateforme commune pour traiter les différents sujets liés au fonctionnement du nouveau groupe et de ses filiales.

De manière plus générale, la mise en œuvre efficace d'un système de conformité au sein d'un groupe transnational exige une véritable implication personnelle du Directeur général—et souvent du Secrétaire général—du Groupe, ainsi que celle de tous les responsables opérationnels des différentes filiales locales et régionales. C'est ce que l'on appelle le concept de « pyramide inversée ». Il s'agit de mettre en valeur et de prendre en compte les « connaissances-terrains » des acteurs locaux afin d'améliorer le système de gouvernance globale, ce qui

permet l'adaptation du système de pilotage à la réalité au sein des filiales.

Par conséquent, l'avenir de la gouvernance doit s'inscrire dans une certaine souplesse dans la gouvernance des groupes et celle-ci ne doit pas être une contrainte mais plutôt une série de règles permettant d'animer et de faire prendre à l'ensemble de la chaîne managériale les bonnes décisions pour gérer le présent et préparer l'avenir du groupe.

Toutefois, la problématique de la gouvernance des groupes transnationaux transcende les enjeux des groupes eux-mêmes. En effet, ces derniers jouent un rôle primordial dans le monde actuel. Ils souffrent aujourd'hui d'un déficit de légitimité qui s'accompagne d'une défiance croissante de la part de l'opinion et des pouvoirs publics. Cela tient notamment aux accusations répétées de responsabilité d'évasion fiscale qui pèsent sur les groupes transnationaux. Cependant, l'évasion fiscale délibérée ne correspond en réalité qu'à la stratégie de certains des plus importants groupes transnationaux parmi lesquels se comptent les géants du web.

Ainsi, l'exigence toujours plus accrue de transparence, la multiplication des normes et réglementations à différents niveaux (local, régional et international), et le développement des règles éthiques sollicitent et mettent toujours plus au défi les groupes transnationaux.

C'est pourquoi, la question de la gouvernance est déterminante. Il est donc primordial de prendre de la hauteur afin de définir les contours que doit revêtir cette gouvernance pour les différents groupes transnationaux afin de conjuguer efficacité économique, transparence et éthique.

Ces différentes problématiques seront développées dans les articles suivants qui font état des débats engagés lors du colloque. Ces différents articles ont été élaborés par les élèves d'ESCP Europe sous la direction des différents intervenants du colloque :

- « Gouvernance ou gouvernances ? Un enjeu de taille pour les groupes transnationaux » par Coline Guedj et Sonia Messaoudi sous la direction de Daniel Lebègue.
- « La responsabilité des groupes transnationaux » par Sonia Messaoudi, Florent Rabottin et Myles Begley sous la direction d'Eric Thomas.
- « Gouvernance et fiscalité : une reconnaissance des groupes transnationaux impulsée par l'exigence de transparence » par Cyril Rolling, Jean-Charles Cambier et Sonia Messaoudi sous la direction d'Eric Quentin.

As a consequence, the future of governance must involve a certain flexibility in group governance, which must not be a constraint, but more a series of rules to ensure that the entire managerial chain makes the right decisions to manage the present and prepare for the group's future.

However, the issue of transnational group governance goes beyond the challenges for groups themselves. Groups play a prime role in today's world. They are suffering from a lack of legitimacy, along with growing mistrust on the part of public opinion and authorities. This is particularly due to repeated accusations of responsibility for tax evasion that weigh on transnational groups. However, in reality, deliberate tax evasion corresponds only to the strategies of some of the largest transnational groups, including the internet giants.

With ever-growing demand for transparency, the growing number of norms and regulations at various levels (local, regional and international), and the development of ethical rules, transnational groups are facing more and more challenges.

It is for this reason that the question of governance is decisive. It is vital to take a step back in order to define the shape this governance must take for the various transnational groups in order to combine economic efficiency, transparency and ethics.

These different questions will be elaborated upon in the articles that follow, which report on the debates held during the symposium. These different articles were written by students at ESCP Europe, supervised by various speakers at the symposium:

- "Governance or governance(s)? A serious challenge for transnational groups" by Coline Guedj and Sonia Messaoudi, supervised by Daniel Lebègue.
- "The responsibility of groups" by Sonia Messaoudi, Florent Rabottin and Myles Begley, supervised by Eric Thomas.
- "Governance and taxation: recognition of transnational groups impelled by demand for transparency" by Cyril Rolling, Jean-Charles Cambier and Sonia Messaoudi, supervised by Eric Quentin.

- “Ethics and compliance: new core governance requirements” by Malia Hamadache and Jean-Baptiste Deprez, supervised by Bernard Field.

GOVERNANCE OR GOVERNANCES? A SERIOUS CHALLENGE FOR TRANSNATIONAL GROUPS

Under the supervision of Daniel Lebegue, with the assistance of Coline Guedj and Sonia Messaoudi.

What is governance? According to the definition proposed by the father of contemporary corporate governance, Lord Cadbury, governance is the system under which corporations are managed and monitored in order to ensure that their development is controlled. The Board of Directors and the managing director are responsible for defining the framework and the principles, and for implementing the system.

What about in a group, and particularly in a multinational group? The group has no real legal, financial or accounting entity. It is, however, a reality in the corporate world. By “group”, we mean the combination of the parent company, the branches, subsidiaries, and shares they manage and for which they are responsible. The parent company’s annual report generally defines the perimeter of these.

The transnational nature of a group does not negate its nationality, which is that of the parent company. There are no stateless companies or groups. The majority of production and teams can be dispersed throughout the world, but group governance is what is put in place by the head of the group. Whatever the geographical and functional diversity of the entities that make it up, the group has a common strategy and governance. Recent cases (Rana Plaza, Erika ...) demonstrate that the parent company’s legal or moral responsibility can be brought into play as the result of objectionable actions by the subsidiaries or even suppliers and subcontractors.

Hence the absolute necessity for every group to have a means of piloting and controlling a robust governance system, which must:

- be shared by all entities within the group;
- be deployed top-down; and

- « Ethique et conformité : de nouvelles exigences au cœur de la gouvernance » par Malia Hamadache et Jean-Baptiste Deprez sous la direction de Bernard Field.

GOVERNANCE OU GOVERNANCES ? UN ENJEU DE TAILLE POUR LES GROUPES TRANSNATIONAUX

Sous la direction de Daniel Lebegue,* avec le concours de Coline Guedj** et Sonia Messaoudi.***

La gouvernance ? Selon la définition proposée par le père de la gouvernance d’entreprise contemporaine, Lord Cadbury, la gouvernance est le système de direction et de contrôle dont se dote l’entreprise pour assurer son développement maîtrisé. Il est de la responsabilité du Conseil d’Administration et du directeur général d’en définir le cadre et les principes et d’en assurer la mise en œuvre.

Qu’en est-il dans un groupe, en particulier dans un groupe multinational ? Le groupe n’a pas véritablement de personnalité juridique, financière ou comptable. C’est pourtant une réalité dans le monde des affaires. On entend par groupe l’ensemble constitué par la maison mère, les succursales, filiales et participations qu’elle contrôle et dont elle assume la responsabilité. Le rapport annuel de la maison mère en définit généralement le périmètre.

Le caractère transnational d’un groupe ne fait pas disparaître sa nationalité qui est celle de sa maison-mère. Il n’existe pas d’entreprise ou de groupe apatride. L’essentiel de la production et des équipes peuvent être disséminées dans le monde mais la gouvernance du groupe est celle mise en place par la tête du groupe. Au-delà de la diversité géographique et fonctionnelle des entités qui le composent, le groupe dispose d’une stratégie et d’une gouvernance communes. Des affaires récentes (Rana Plaza, Erika ...) montrent que la responsabilité juridique ou morale de la maison mère peut être mise en jeu du fait d’agissements répréhensibles de filiales ou même de fournisseurs et sous-traitants.

D’où l’absolue nécessité pour tout groupe de se doter d’un dispositif de pilotage et de contrôle d’une gouvernance-robuste qui doit être :

- commune à toutes les entités du groupe ;
- déployé top/down ; et

* Président d’honneur de l’Institut Français des Administrateurs, président de Transparency International France.

** Etudiante en Droit et Finance (Master in Management) à ESCP Europe.

*** Avocate, chargée de mission au sein du KPMG Professorship in International Corporate Governance.

- responsabilisant pour les métiers, filiales et zones géographiques du groupe.

La gouvernance de l'entreprise multinationale se doit aujourd'hui de répondre à une triple exigence : redevabilité, conformité, responsabilité

A l'instar des élus et responsables publics, les grandes entreprises se doivent aujourd'hui de rendre compte de manière précise, rapide et sincère de leurs activités non seulement à leurs actionnaires mais aussi à leurs différentes parties prenantes et au public en général. Elles ont un devoir de redevabilité (*accountability* en anglais). Une bonne gouvernance, c'est d'abord une information financière et extra financière fiable, contrôlée et qui inspire confiance à toutes les parties prenantes de l'entreprise. La crise de confiance que subit le secteur financier depuis 2008 trouve une grande partie de son origine dans une redevabilité défaillante vis à vis des investisseurs, des clients et des salariés.

L'entreprise multinationale a également un devoir de conformité (*compliance* en anglais). On attend d'elle non seulement qu'elle applique les lois et règlements mais aussi qu'elle respecte des valeurs, une déontologie, une éthique : non-discrimination hommes/femmes, droits de l'homme, devoir de s'acquitter de ses impôts, refus de la corruption.

Dans un groupe, la maison mère et ses dirigeants sont de plus en plus tenus pour responsables des agissements de leurs filiales, mais aussi de leurs fournisseurs et sous-traitants. Le contrôle crée un devoir de vigilance et conduit de plus en plus souvent à mettre en jeu la responsabilité de la tête de groupe et de ses dirigeants. Des affaires récentes (Rana Plaza, Volkswagen, HSBC, UBS ...) illustrent cette évolution des esprits et des pratiques.

Tout groupe multinational se doit de prendre en compte ces exigences nouvelles dans son système de gouvernance. Comment ?

La gouvernance d'un groupe transnational, comme sa stratégie, est une et unique

La gestion des filiales et des participations contrôlées est régie par le principe d'autonomie de chacune des sociétés. Mais cette autonomie s'exerce dans le cadre de la gouvernance du groupe et du contrôle qu'exerce la maison mère. Il ne peut en aller autrement sauf à accepter le risque de l'incohérence et de l'échec de la stratégie du groupe.

Le cabinet McKinsey a ainsi pu recenser 50 pour cent d'échecs dans les opérations de fusions/acquisitions transnationales. La cause majeure de ces échecs réside dans l'incapacité des managements à s'entendre et à aligner leur action sur la stratégie définie.

- make the group's departments, subsidiaries and geographical zones responsible.

Multinational company governance must answer to a threefold demand: accountability, conformity and responsibility

As is the case for elected representatives and public officials, today's large companies must make precise, prompt and sincere reports on their activity, not only to their shareholders, but to all stakeholders and to the public in general. They are bound by accountability. Good governance is above all about providing verified financial and non-financial information that inspires confidence in all of the company's stakeholders. The financial sector has been suffering a crisis of confidence since 2008, largely due to a failure in accountability towards investors, clients and employees.

Multinational companies also have an obligation of compliance. Not only are they expected to apply rules and regulations, but also to respect values, a moral code and ethics: human rights; no gender discrimination; meeting tax payment obligations; and refusing corruption.

In a group, the parent company and its directors are increasingly held responsible for the actions of their subsidiaries, but also for those of their suppliers and subcontractors. Control creates an obligation for vigilance, and more and more often involves the responsibility of the head of the group and its leaders. Recent cases (Rana Plaza, Volkswagen, HSBC, UBS ...) have illustrated this change of view and practices.

Each multinational group must take these new requirements into account in their new governance system. But how?

Transnational group governance, such as its strategy, requires a singular approach

Management of subsidiaries and controlled interests is governed by each company's principle of autonomy. But this autonomy is practised within the context of group governance and control exercised by the parent company. It cannot work any other way, short of accepting the risk of incoherence and failure in the group's strategy.

In this way, McKinsey was able to register a 50 per cent failure rate in transnational mergers/acquisitions. The major cause of these failures resides in management's inability to get along and to align their action with the defined strategy.

The Alcatel/Lucent merger is a good example of this. The industrial and financial reasons for the operation were undeniable. However, these two century-old companies, whose company culture and management styles were profoundly different, could not manage to implement unified and coherent governance.

Similarly, HSBC's "string of pearls" strategy, with their multiple acquisitions of establishments and teams that were attached to conserving their own identities, strategies, and culture, led to an absence of control and a severe downward spiral in terms of risk management and moral code.

There can be no controlled, sustainable growth in a multinational group without strict communal governance.

Who are the main figures in group governance?

The responsibility for defining the group's strategy and implementing common governance falls upon the Board of Directors and the executive heads of the parent company. This is the Board of Directors' fundamental mission, but they must also recruit high-quality managers, implement sound internal control processes within the group, perform risk management and ensure ethical conformity.

The Board of Directors and the executive committee are assisted in this task by the group's central services, by financial and accounting managers, legal managers, human resources, audit and compliance managers. The secretary of the Board of Directors, the subsidiaries manager and the person in charge of the group's executive management play a particularly important role in group governance.

Heads of departments, subsidiaries or geographical zones are also involved in the creation of the group's strategy through strategic seminars carried out by the Board of Directors and general management. Their performance goals and part of their variable compensation are based on successfully carrying out the common strategic project for which they are fully responsible, as paid managers.

For the most part, multinational groups have put in place a group policy for their executive directors' career and salary management. They also have a common policy in terms of risk management, compliance and information systems.

La fusion Alcatel/Lucent en fournit une bonne illustration. La logique industrielle et financière de l'opération était incontestable. Mais ces deux entreprises centenaires, dont la culture d'entreprise et le type de management étaient profondément différents, n'ont pas su mettre en œuvre une gouvernance unifiée et cohérente.

De la même manière, le développement en « collier de perles » du groupe HSBC, qui s'est fait par acquisitions dans de nombreux pays d'établissements et d'équipes attachés à préserver leur identité, leur stratégie et leur culture propre, a débouché sur une absence de contrôle et des dérives graves au plan de la gestion des risques et de la déontologie.

Il n'y a pas de croissance maîtrisée et durable d'un groupe multinational sans une gouvernance commune et rigoureuse.

Quels sont les principaux acteurs de cette gouvernance d'un groupe ?

La responsabilité de définir la stratégie du groupe et de mettre en place la gouvernance commune incombe au Conseil d'administration et à la direction exécutive de la maison mère. C'est la mission fondamentale impartie au Conseil d'administration, qui doit également veiller au recrutement de dirigeants de qualité et à la mise en place dans le groupe de processus solides de contrôle interne, de gestion des risques, de conformité et d'éthique.

Le Conseil d'administration et le Comité exécutif sont assistés dans cette mission par les services centraux du groupe, direction financière et comptable, direction juridique, direction des ressources humaines, audit, compliance. Le secrétaire du Conseil d'administration, le responsable du suivi des filiales et le cadre en charge du suivi des cadres dirigeants au niveau du groupe sont des acteurs particulièrement importants de la gouvernance groupe.

Les patrons de métiers, de filiales, de zones géographiques sont par ailleurs associés à l'élaboration de la stratégie groupe au travers des séminaires stratégiques du Conseil et de la direction générale. Leurs objectifs de performance et une partie de leur rémunération variable sont assis sur la réalisation du projet stratégique commun dont ils assurent la mise en œuvre comme managers salariés pleinement responsables de leur gestion.

Les groupes multinationaux ont mis en place pour la plupart une politique groupe de gestion des carrières et des rémunérations de leurs cadres dirigeants. Ils se sont dotés également d'une politique commune en matière de gestion des risques, de compliance et de systèmes d'information.

Les groupes transnationaux disposent ainsi le plus souvent d'un système de pilotage et de contrôle commun fortement structuré et intégré. Il peut difficilement en être autrement dans un environnement où les défaillances d'une entité dans le groupe ont des répercussions juridiques ou médiatiques sur tout le groupe et au premier chef sur ceux qui ont la responsabilité de le diriger et de le contrôler.

De ce point de vue-là, le monde de l'entreprise obéit, beaucoup plus que l'univers des décideurs publics, à une logique de cohérence et de responsabilité qui est sans doute le gage de sa plus grande efficacité.

LA RESPONSABILITE DES GROUPES TRANSNATIONAUX

Sous la direction d'Eric Thomas,* avec le concours de Sonia Messaoudi,** Florent Rabottin*** et Myles Begley****

L'entreprise multinationale est devenue aujourd'hui un acteur clé de la mondialisation. Pour autant, lorsqu'une filiale d'une multinationale ou son sous-traitant est pointée du doigt, la responsabilité est systématiquement recherchée au sommet du groupe : cela traduit une responsabilisation morale et médiatique grandissante de la société-mère qui doit désormais avoir une maîtrise totale sur l'ensemble des entités qu'elle comprend. Ce changement de paradigme atteste de la reconnaissance de l'existence économique d'un groupe de sociétés. Bien que dépourvu de la personnalité morale, le groupe de sociétés s'apprécie donc en revanche par rapport à son unité économique, sa finalité ou son emprise géographique. Ainsi, force est de constater que dans l'extrême majorité des cas, le groupe a une dimension internationale et qu'il constitue véritablement une entreprise transnationale. Néanmoins, l'affranchissement des frontières par les groupes transnationaux est une réalité qui ne repose à ce jour sur aucun instrument juridique permettant de définir de manière uniforme et avec précision à la fois le concept même de groupe, mais également l'étendue de la notion de dimension transnationale.

L'organisation de tels groupes est effectivement fondée sur une dimension géographique qui leur est intrinsèque. *In fine*, leur déploiement transcende les aspects territoriaux du droit qui n'ont donc plus une place centrale dans leur stratégie.

Concrètement, les groupes transnationaux mettent en place une organisation dictée par leurs objectifs. Cette organisation peut se réaliser sur une base matricielle

Therefore, transnational groups usually have a common running and controlling system that is extremely structured and integrated. They have little choice in a context in which one entity's faults have legal or media-related repercussions on the entire group, and primarily on those responsible for directing and controlling the group.

From this point of view, in comparison with public decision-makers, companies are much more obedient towards a metric of coherence and responsibility, which is undoubtedly the guarantee of their greater efficiency.

THE RESPONSIBILITY OF GROUPS

Under the direction of Eric Thomas, with the assistance of Sonia Messaoudi, Florent Rabottin and Myles Begley.

The multinational firm has now become a key player in globalisation. For all that, when the subsidiary of a multinational company or its subcontractor is singled out for blame, responsibility is always sought at the highest level of the group. This reflects the increasing accountability of the parent company—both legal and in the eyes of the media—which must now exert total control over all of its constituent entities. This change of paradigm bears witness to the recognition of the economic existence of a group of companies. Although lacking a legal personality, a group of companies is recognised in relation to its economic unity, its purpose or its geographical extent. Consequently, it must be acknowledged that in the vast majority of cases, the group has an international dimension and that it genuinely constitutes a transnational firm. Nevertheless, the transcendence of borders by transnational groups is a reality for which there is currently no legal instrument capable of consistently and accurately defining either the actual concept of "group", or the extent of the notion of a "transnational dimension".

The organisation of such groups is indeed based on a geographical dimension that is intrinsic to them. Ultimately, their deployment transcends territorial aspects of law, which therefore no longer play a central role in their strategy.

In practice, transnational groups implement an organisational structure that is dictated by their objectives. This organisational structure may be developed on a

* Directeur Juridique groupe Lagardère.

** Avocate, chargée de mission au sein du KPMG Professorship in International Corporate Governance.

*** Etudiant en Droit et Finance (Mastère Spécialisé Droit et Management International) à ESCP Europe.

**** Etudiant en Droit et Finance (Mastère Spécialisé Droit et Management International) à ESCP Europe.

global or regional per-country matrix basis, or alternatively according to business units combined with the geographical centralisation of certain functions (R&D, marketing, manufacturing, etc.).

In order to satisfy the expectations of their different stakeholders (shareholders, employees, counterparties, clients and suppliers, etc.), groups must consequently adopt a governance structure that provides an overview of their current and future operations, so that they can maintain effective control over the risks relating to the development of their activities.

The combination of the economic realities of the transnational group and the lack of a legal instrument embracing this notion inevitably raises the question of the liability that can be sought against these transnational firms as a whole, their parent company or even their directors. In practice, once this liability has been incurred, there is then the question of defining its nature—civil, administrative or criminal—while determining the level at which it will apply, i.e. locally, at a more general level or even internationally.

Finally, because of its structure and its operating procedures, the transnational group operates in relation to both local and international standards. It has therefore become essential to reconcile this disparate conglomerate that leads to the creation of combinations, which are sometimes redundant, often cumulative and at best complementary.

To manage the resulting risks, the firm must prioritise these standards so that it can develop both procedures and behaviours from them.

The transnational group is therefore confronted with a complex web of legal and regulatory standards from numerous sources that are designed to control its international activities and vary between soft law and hard law.

The notion of the “group” under French law

Before considering whether or not it is recognised under corporate law, the content of this term should be defined. A “group” can be defined as a body consisting of several companies bound by capital links through which one leading company—the parent company—maintains control over the others and organises unity in decision-making.

The notion of the group is addressed by French law via a certain number of mechanisms that apply under corporate law, which define its scope, meet information-related requirements and ensure the implementation of principles that can protect the assets of each of the companies. These mechanisms are described in the following non-exhaustive list.

mondiale, régionale par pays, ou encore par *business units* combinée avec une centralisation géographique de certaines fonctions (R&D, commercialisation, fabrication, etc.).

Les groupes, pour répondre aux attentes de leurs différentes parties prenantes (actionnaires, salariés, contreparties, clients et fournisseurs ...), doivent par conséquent se doter d'une gouvernance leur permettant d'avoir de la visibilité et de la prévisibilité sur leurs opérations afin de s'assurer une maîtrise effective des risques liés au développement de leurs activités.

La combinaison entre réalité économique du groupe transnational et absence d'instrument juridique entourant cette notion soulève nécessairement la question de la responsabilité pouvant s'exercer à l'encontre de ces entreprises transnationales dans leur globalité, de leur société-mère ou même de leurs dirigeants. *De facto*, dès lors que la responsabilité sera engagée, encore faudra-t-il définir sa nature, qu'elle soit civile, administrative ou pénale, tout en recherchant le niveau sur lequel elle sera réalisée, à savoir localement ou à une échelle plus globale, voire internationale.

Enfin, de par sa structure et son mode opératoire, le groupe transnational évolue nécessairement entre normes locales et normes internationales. Il devient donc impératif de concilier cet ensemble disparate créant des combinaisons parfois redondantes, souvent cumulatives et au mieux complémentaires.

L'entreprise pour maîtriser les risques qui en découlent se doit de hiérarchiser ces normes afin d'en déduire aussi bien des procédures que des comportements.

Le groupe transnational est donc confronté à un tissu de normes de nature juridique ou réglementaire de sources multiples oscillant entre *soft law* et *hard law* et visant à encadrer son activité internationale.

La notion de « groupe » en droit français

Avant de s'interroger sur sa reconnaissance ou non en droit des sociétés, il convient d'en cerner le contenu. Le groupe peut se définir comme un ensemble constitué de plusieurs sociétés unies entre elles par des liens capitalistiques en vertu desquels une société chef de file, la société mère, tient les autres sous son contrôle et organise une unité de décision.

Le droit français appréhende la notion de groupe au travers d'un certain nombre de dispositifs applicables en droit des sociétés qui permettent d'en définir le périmètre, de poursuivre des besoins d'information, de s'assurer de la mise en œuvre de principes propres à préserver le patrimoine de chacune des sociétés. Ainsi, et sans que

cette liste soit exhaustive, on peut noter les éléments suivants.

Une société, en souscrivant les parts sociales ou actions d'une autre, vise à exercer une influence déterminante sur sa gestion : cette dernière devenant ainsi filiale de la première qui *de facto* revêt la qualité de société mère. La notion de contrôle est avant tout définie par le Code de commerce² en s'attachant à la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote. Bien qu'appréhendant également les notions de contrôle conjoint et même de contrôle indirect, cette première définition strictement juridique n'en est pas moins relativement limitative.

Pour autant, le Code de commerce comprend une seconde définition, plus développée, au sein de son art.L.233-16 qui impose une obligation de publication de comptes consolidés pour les sociétés cotées. Cette dernière définition, davantage comptable, repose par ailleurs sur des normes internes, européennes voire internationales. Ainsi, aujourd'hui cette définition duale influe directement sur diverses opérations courantes. A titre d'exemple, un règlement du 4 mai 2004 fixe désormais les règles d'évaluation des apports en matière de fusion en fonction de l'existence d'un contrôle entre les sociétés en cause.³

Cette obligation d'établir des comptes consolidés a par ailleurs permis d'atténuer le gonflement artificiel de l'actif apparent des sociétés en cause lors de participations réciproques. Si ces participations réciproques sont libres lorsqu'aucune des sociétés partie au montage n'a la forme d'une société anonyme, il n'en est pas moins que les participations réciproques, directes ou indirectes, et *a fortiori* l'autocontrôle sont désormais strictement réglementés. En matière de participations réciproques, une société ne pourra détenir d'actions d'une autre société si cette dernière détient une fraction du capital de la première supérieur à 10 pour cent.⁴ La cession qui contreviendrait à cette disposition ne serait toutefois pas frappée de nullité, respectant ainsi l'adage « pas de nullité sans texte » puisqu'aucune disposition légale n'est prévue à cet effet malgré l'Ordonnance du 10 février 2016 entrée en vigueur le 1er octobre 2016 et portant réforme du droit des contrats. Pour autant, les dirigeants sociaux s'exposeront eux à des sanctions pénales.⁵ En outre, s'agissant de la réglementation de l'autocontrôle, en plus d'une sanction pénale identique pesant sur les dirigeants sociaux, le droit de vote attaché à de telles actions est purement et simplement supprimé.

Du fait des liens capitalistiques établis entre sociétés mères et filiales, il n'est pas rare que les sociétés d'un même groupe partagent des dirigeants communs. Par conséquent, les conventions passées entre la société mère et la filiale sont nécessairement soumises à la procédure dite des

A company, by acquiring the shares or stock of another company, seeks to exert a decisive influence on its management: the latter thus becomes a subsidiary of the former, which in practice gains the status of parent company. First and foremost, the notion of control is defined by the French Commercial Code, with the emphasis on the direct or indirect possession of the majority of voting rights. Although it also covers the notions of joint control and even indirect control, this initial definition is strictly legal and remains relatively restrictive.

For all that, art.L233-16 of the French Commercial Code contains a second, more detailed, definition, which imposes an obligation for listed companies to publish consolidated accounts. This second definition, focusing more on accounting requirements, is also based on domestic, European or international standards. Today, this dual definition consequently has a direct influence on a variety of current operations. For example, the Regulation of 4 May 2004 sets the rules for valuing the assets brought into companies by mergers according to the existence of control between the companies in question.

This obligation to produce consolidated accounts has also helped to limit the artificial inflation of the apparent assets of companies involved in reciprocal shareholdings. While these reciprocal shareholdings are free when none of the companies involved in the arrangements is a public limited company (*société anonyme*), direct or indirect shareholdings and cross-shareholdings in particular are now strictly regulated. With regard to reciprocal shareholdings, one company cannot hold shares in another company if the latter holds more than 10 per cent of the former's capital. Any transfer breaching this provision would not, however, be disallowed, according to the adage "no nullity without a law", since there is no legal provision to this effect despite the Order of 10 February 2016, effective from 1 October 2016, concerning the reform of contract law. Nevertheless, the company directors would be subject to criminal sanctions. Furthermore, regarding the regulations on cross-shareholding, in addition to an identical criminal sanction imposed on company directors, the voting right attached to such shares is purely and simply cancelled.

Given the existence of capital links established between parent companies and subsidiaries, it is not uncommon for companies belonging to the same group to have the same directors. Consequently, agreements entered into by the parent company and the subsidiary are necessarily subject to the "regulated

agreements" procedure based on a priori control (prior authorisation of the Board of Directors or supervisory Board, special report of the statutory auditor), or on a *posteriori* control, primarily subject to approval by the shareholders' meeting.

For all that, neither is it uncommon for the parent company to conclude certain contracts with its subsidiaries: be they subsidiary domicile agreements, management contracts or cash transactions. With regard to management contracts, the operation is strictly regulated in order to prevent it allowing only for the transfer of profits from the subsidiary to its parent company. Otherwise, the companies would inevitably risk being exposed to a criminal charge of misuse of corporate assets. Moreover, cash transactions between companies belonging to the same group are extremely common. Although a banking monopoly is clearly enshrined in French law, certain exceptions are provided for, especially so that a firm can

"carry out cash transactions with companies that have direct or indirect capital links with it, which give one of the companies in question effective power of control over the others."

Furthermore, these cash transactions must not be interpreted in a restrictive manner. This term therefore covers both the receipt of funds and credit transactions. This leads us to the notion of effective control under corporate law, which allows a firm to receive funds from companies under the aegis of the same parent company. For example, a parent company can therefore grant an on-demand guarantee in favour of its subsidiary. The converse, i.e. the subsidiary's guarantee of the parent company's commitments, remains subject to the subsidiary's corporate interest and consequently presents a greater risk.

Are these elements sufficient to conclude that the group exists under corporate law? They characterise the group but for all that do not make it a subject of law in itself.

The principle set forth in case law is that a group of companies does not possess a legal personality and may hold rights and obligations. Since the companies belonging to a group have an autonomous legal personality, they are, as a consequence, only bound by the acts that they have individually concluded.

However, while group law does not exist in France as such, this does not mean that group interest cannot be recognised. Indeed, it is not necessarily at odds with the autonomy and independence of the member companies of the group.

conventions règlementées reposant tantôt sur un contrôle *a priori* (autorisation préalable du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance, rapport spécial du commissaire au compte), tantôt par un contrôle *a posteriori* principalement soumis à l'approbation par l'assemblée des actionnaires.

Pour autant, il n'est pas rare que la société mère passe avec ses filiales certains contrats : que ce soit des contrats de domiciliation de filiales, des contrats de gestion ou encore des opérations de trésorerie. En matière de contrats de gestion, l'opération est strictement encadrée de manière à éviter qu'elle permette seulement un transfert des bénéfices de la filiale à sa société mère. Dans le cas contraire, un risque pénal de caractérisation d'un abus de biens sociaux pèserait inévitablement sur les sociétés concernées. En outre, les opérations de trésorerie entre sociétés d'un même groupe sont extrêmement courantes. Bien qu'un monopole bancaire soit clairement consacré en droit français,⁶ des exceptions sont prévues notamment pour qu'une entreprise puisse

« procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres. »⁷

Par ailleurs, ces opérations de trésorerie ne doivent pas être interprétées de manière restrictive. Ce terme recouvre alors aussi bien la réception de fonds que les opérations de crédit. On retombe alors sur la notion de contrôle effectif du droit des sociétés qui permet à une entreprise d'être en mesure de recevoir des fonds de sociétés sous l'égide d'une même société mère.⁸ A titre d'exemple, une société mère peut donc consentir une garantie à première demande en faveur de sa filiale. La réciproque, soit la garantie de la filiale des engagements de la mère, reste quant à elle soumise à l'intérêt social de la filiale et présente par conséquent un risque plus important.⁹

Ces éléments suffisent-il pour conclure que le groupe existe en droit des sociétés ? Ils caractérisent le groupe mais n'en font pas pour autant un sujet de droit en tant que tel.

Le principe rappelé par la jurisprudence est qu'un groupe de sociétés ne dispose pas de la personnalité morale et ne peut être titulaire de droits et d'obligations. Puisque les sociétés d'un groupe sont des personnes morales autonomes elles ne sont, par voie de conséquence, tenues chacune que des seuls actes qu'elles ont respectivement conclus.

Cependant, si le droit des groupes en France n'existe pas en tant que tel, cela ne signifie pas pour autant que l'intérêt de groupe ne puisse être reconnu. En effet, il n'est pas forcément en contradiction avec l'autonomie et l'indépendance des sociétés membres du groupe.

En réalité, seul cet intérêt de groupe pourrait permettre de donner du contenu à la notion de groupe.

La jurisprudence française reconnaît cette notion d'intérêt de groupe au travers de la jurisprudence *Rozenblum* rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 4 février 1985 : elle a considéré que, perdent leur caractère délictuel des faits constitutifs de l'infraction d'abus de biens sociaux lorsqu'ils sont commis dans le cadre de rapports entre deux sociétés d'un même groupe. En d'autres termes, l'existence d'un groupe de sociétés est susceptible de justifier un concours financier entre deux sociétés, anormal hors d'un groupe, s'il répond à quatre conditions cumulatives jusqu'alors très strictement interprétées : (1) l'existence d'un groupe, manifestée par une stratégie commune et des liens juridiques et financiers ; (2) l'opération concernée doit être dictée par un intérêt commun du groupe ; (3) une contrepartie au profit de la société qui en supporte la charge ; et (4) le caractère adapté de l'opération aux possibilités financières de cette société. La chambre criminelle de la Cour de cassation confirme cette approche économique au plus près de la pratique des sociétés dans un arrêt du 6 avril 2016.¹⁰ Elle apporte, en outre, deux éléments nouveaux : premièrement, elle ouvre une brèche dans le caractère strictement cumulatif des conditions posées à la faveur d'une approche plus globale de l'intérêt économique de l'opération suspectée d'abus de biens sociaux ; deuxièmement, elle adopte les motifs liés à l'appréciation de l'intention des prévenus dont la bonne foi, ou en tout état de cause l'absence de démonstration de la volonté délibérée d'attenter à l'intérêt de la société lésée, introduisant ainsi un élément moral dans l'appréciation d'un fait justificatif normalement objectif.

Cette jurisprudence en matière pénale n'exonère pas de la responsabilité civile qui peut être attachée aux relations entre sociétés au sein d'un même groupe. La jurisprudence a d'ailleurs tracé des frontières établies sur les théories de l'apparence et l'immixtion, fondées sur des faisceaux d'indices propres à chaque espèce. Toutefois, la Cour de cassation ne reconnaît pas mécaniquement l'unité des sociétés mères et filiales lorsque ces sociétés ont seulement des dirigeants communs¹¹ ou un important lien capitalistique.¹² En revanche, en vertu d'un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 9 octobre 2006, les créanciers d'une société d'un groupe sont en droit de réclamer le paiement de leur créance à une autre société du groupe dès lors que l'immixtion de la seconde société est caractérisée, en tant qu'elle a pu leur faire croire légitimement qu'elle prenait part à l'engagement de la première société.¹³

En tout état de cause, l'apparence a pour objectif de protéger le tiers de bonne foi et l'immixtion quant à elle est

In reality, only the interest of this group may be capable of giving substance to the notion of "group".

French case law recognises this notion of group interest via the *Rozenblum* precedents delivered by the Criminal Chamber of the Court of Cassation on 4 February 1985: it considered that the facts constituting the offence of misusing corporate assets lose their criminal nature when they are committed in the framework of relations between two companies belonging to the same group. In other terms, the existence of a group of companies is liable to justify financial assistance between two companies, which would be abnormal outside a group, if it satisfies four cumulative conditions that were hitherto very strictly interpreted: (1) the existence of a group, evidenced by a common strategy and legal and financial links; (2) the operation concerned must be dictated by the common interest of the group; (3) compensation for the company that bears the cost thereof; and (4) the operation is adapted to the financial capacities of this company. The Criminal Chamber of the Court of Cassation confirmed this economic approach, which closely reflects corporate practices, in its Order of 6 April 2016. It also adds two new elements: first, it dilutes the strictly cumulative nature of the required conditions by introducing a more global approach to the economic interest of the transaction suspected of being a misuse of corporate assets; secondly, it adopts motives associated with an assessment of the intentions of the accused persons including their good faith, or in any case an absence of the demonstration of a deliberate desire to harm the interests of the adversely affected company. This introduces a moral component into the assessment of a normally objective justification.

This criminal case law does not provide exemption from the civil liability that may be attached to the relationships between companies belonging to the same group. The case law has also defined the boundaries established for the theories of appearance and intermeddling, on the basis of sets of criteria specific to each case. However, the Court of Cassation does not automatically recognise the unity of parent companies and subsidiaries when these companies only have shared directors or a major capital link. On the other hand, by virtue of a judgment issued by the Plenary Assembly of the Court of Cassation on 9 October 2006, the creditors of a company belonging to a group are entitled to demand the payment of the debt by another of the group's companies provided that the intermeddling of the second company is characterised, insofar as it has led them to believe legitimately that it was involved in the first company's undertaking.

Whatever the circumstances, the appearance principle is intended to protect bona fide third parties, and

intermeddling is punishable when it becomes disadvantageous for the subsidiary.

In this way, the parent company's liability can be incurred on grounds of a fault by its subsidiary if a misleading appearance is created or when there is characterised intermeddling in its management.

In addition, this group interest is not harmonised at the European level. Furthermore, with the group, they have variable contents (cf. Club des Juristes' report of June 2015 "towards a recognition of group interest in the European Union").

The group notion as interpreted by regulatory law: the impact of hard law and soft law on corporate groups

In contrast to French law, which struggles to recognise the group, adapt it to a globalised environment and make it competitive, regulatory law interprets the group in its geographical, industrial and economic dimensions. Its intrinsic extra-territorial dimension allows it to have an impact on all of the group's entities. Different standards allow for this interpretation of the group.

Hard law and its sources

Beyond the national legislations and their application by the courts, it should be noted that hard law is also to a large extent a product of the regulatory field, which is constantly increasing.

The regulatory authorities exert an influence on the activities of groups, whose globalisation is taken into account (competition law; measures to combat fraud and international corruption; imports and exports of sensitive technologies contributing to domestic security; embargoes, etc.).

Whereas previously the criteria for attachment to a legal jurisdiction were traditionally based on territorial or statutory elements dictated by the place of business or site of the registered office, today they also take account of the impacts on a market or of a general safety or security objective, or even of a more general trade system. These criteria mean that all of the group's activities are governed by the regulations.

These attachment criteria are governed by rules that depersonalise the sanction and assign the main liability and responsibility for payment to the parent company, or make it an accessory to the infringement observed. Indeed, a presumption of liability may be applied to the parent company with its corollary—the applicability of the sanction. The parent company falls

sanctionnée quand elle devient désavantageuse pour la filiale.

Ainsi, la responsabilité de la maison-mère peut être engagée au titre d'une faute de sa filiale lorsqu'une apparence trompeuse est créée ou lorsqu'une immixtion caractérisée dans sa gestion s'est produite.

Par ailleurs, cet intérêt de groupe n'est pas harmonisé au niveau européen. En outre, avec le groupe, ils ont des contenus à géométrie variable (cf. le rapport du Club des juristes de juin 2015 « vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'union européenne »).

La notion de groupe rattrapée par le droit des réglementations : l'impact des *hard law* et *soft law* sur les groupes de sociétés

Contrairement au droit français qui peine à reconnaître le groupe, l'adapter à un environnement mondialisé et le rendre concurrentiel, le droit des réglementations appréhende le groupe dans sa dimension géographique, industrielle et économique. Sa dimension extraterritoriale intrinsèque permet d'avoir un impact sur l'ensemble des entités du groupe. Différentes normes permettent cette appréhension du groupe.

La hard law et ses sources

Au-delà des législations nationales et de leur application par les tribunaux, il convient de noter que la *hard law* résulte aussi, et de manière importante, du domaine des réglementations qui est en constante augmentation.

Les autorités de régulation ont une emprise sur l'activité des groupes dont la globalisation est prise en compte (droit de la concurrence ; lutte contre la fraude et la corruption internationale ; importation et exportation de matériels ou technologies sensibles participant à la sécurité intérieure ; embargo ...).

Alors que traditionnellement les critères de rattachements à un ordre juridictionnel étaient fondés sur des éléments territoriaux ou statutaires fondés sur le lieu d'établissement ou du siège, désormais ils prennent également en compte les effets produits sur un marché ou un objectif général de sûreté ou de sécurité ou même d'organisation plus générale du commerce. Avec ces critères, c'est l'ensemble de l'activité du groupe qui est ainsi sous l'emprise de la réglementation.

Ces critères de rattachement s'accompagnent de règles qui dépersonnalisent la sanction pour en rendre responsable et débiteur la maison-mère à titre principal ou, complice du fait du manquement constaté. En effet, une présomption de responsabilité peut s'exercer à l'encontre de la maison-mère avec son corollaire, celui de l'imputabilité de la sanction. La

société-mère rentre dans ce cadre dès lors qu'elle contrôle l'activité de sa filiale en vertu des « *agency principles* » (selon les règles FCPA¹⁴) ou dans une « *relevant commercial organization* » (selon le *UK Bribery Act 2010*¹⁵).

Les normes internationales non contraignantes

Les textes et documents déclaratifs dépourvus de force juridique se sont accumulés pour demander une meilleure protection des droits humains, et de l'environnement : les Principes directeurs de l'OCDE à destination des entreprises multinationales (1976 révisé en 2011), la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, le Pacte mondial des Nations Unies ou *Global Compact* (2000), les normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises, le *Guiding principles on business and Human rights* (2011), etc.

Par exemple, le Pacte mondial invite les entreprises à adopter, soutenir et appliquer, sur une base volontaire, 10 principes fondamentaux dans les domaines des droits de l'homme, du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption. Les entreprises s'engagent à communiquer annuellement les résultats concrets des actions lancées. Ainsi, en adoptant le Pacte mondial, les groupes transnationaux prennent un engagement moral fort dont la violation entraînerait des conséquences réputationnelles graves pour l'ensemble du groupe. Cet engagement n'est donc pas anodin.

Il est possible de voir au travers de cet exemple que les normes non contraignantes peuvent toutefois avoir des effets sur l'entreprise notamment au travers de l'appréciation qu'en feront ses parties prenantes.

La mutation de la soft law en hard law

Fondamentalement, la *soft law* au travers de ses codes de conduite établit des règles destinées à responsabiliser les différents acteurs de l'entreprise. Ces codes ne sont généralement assortis, en France tout du moins, d'aucune sanction spécifique, leur non-respect étant réservé aux règles établies par la loi applicable (droit du travail, droit pénal).

Cependant, la *soft law* peut se transformer en *hard law* : en effet, l'entreprise crée elle-même des normes qui lui deviennent opposables. L'affaire de l'Erika peut illustrer ce glissement : la responsabilité de la société-mère avait été engagée du fait d'une carence dans l'application des règles de contrôle mises en œuvre qui avait pourtant été édictées par la société.

Ainsi, les codes de conduites ou plan de conformité mis en place par les entreprises et exigés par les autorités de régulation peuvent leur devenir opposables : leur existence

within this framework as soon as it controls its subsidiary's activity by virtue of "agency principles" (according to the FCPA (Foreign Corrupt Practices Act 1977) rules) or within a "relevant commercial organization" (according to the UK Bribery Act 2010).

Non-binding international standards

There has been no shortage of declaratory texts and documents devoid of legal effect and requesting better protection of human rights and the environment: the OECD Guiding Principles for Multinational Enterprises (1976, revised in 2011); the Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy; the United Nations Global Compact (2000); standards on the responsibility of transnational companies and other firms regarding human rights; the Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), etc.

For example, the Global Compact invites firms, on a voluntary basis, to adopt, support and apply 10 basic principles in the fields of human rights, labour, the environment and the fight against corruption. The firms undertake to produce an annual report on the concrete results of the actions they have implemented. In this way, by adopting the Global Compact, transnational groups are making a strong moral commitment, which, if violated, would have serious consequences for the reputation of the entire group. Therefore, this is no trivial commitment.

This example shows that non-binding standards can nonetheless exert an influence on firms, particularly in terms of the esteem in which they are held by their stakeholders.

Transformation of soft law into hard law

Fundamentally, soft law, through its codes of conduct, establishes rules intended to encourage corporate stakeholders to accept their responsibilities. Generally—at least in France—these codes are not accompanied by any specific sanctions, as any non-compliance with them is governed by the rules laid down by the applicable law (labour law or criminal law).

However, soft law can be transformed into hard law when the firm itself creates standards that it is required to enforce. The case of the Erika oil spill illustrates this change: the parent company's responsibility was incurred due to a failure to apply certain applicable inspection rules that the company itself had formally introduced.

This is how firms can be bound by the codes of conduct or compliance plans that they have implemented as required by the regulatory authorities: their

existence or absence are taken into account in the management of means of evidence (voluntary disclosures) and in the definition of sanctions.

Transnational groups operate in an increasingly complex legal and regulatory environment, which creates substantial operating constraints characterised by a lack of harmonisation of the applicable concepts—including at the European level—and of the notion of “group” and of “group interest” in particular. This forms a complex patchwork that makes the governance of transnational groups today a major challenge.

In addition, recent initiatives (vigilance obligation, compulsory implementation of compliance plans, etc.), either local (governed by a national law) or supranational (e.g. at the EU level), increase the constraints and obligations imposed upon firms. This overlapping of standards creates risks of imposing multiple sanctions for a single offence, which inevitably calls the principle of *non bis in idem* into question. In this context, we are increasingly witnessing the waning of soft law in favour of hard law, with the firm itself becoming a creator of standards to which it is bound.

Among this mass of rules, there are hardly any that promote flexibility in the management of transnational groups. They should, however, be capable of meeting the needs of firms by facilitating their growth and competitiveness, allowing for their secure and simplified management and, above all, reducing their costs.

It remains to be seen how these new rules will be implemented in practice. There may be a need to adopt best practice, which could herald the return to favour of soft law.

GOVERNANCE AND TAXATION: RECOGNITION OF TRANSNATIONAL GROUPS IMPELLED BY DEMAND FOR TRANSPARENCY

Under the supervision of Eric Quentin, with the assistance of Cyril Rolling, Jean-Charles Cambier and Sonia Messaoudi.

“Groups of companies are an elusive, fluctuating and diverse economic reality. Like Hydra, the law cannot grasp more than one head at a time.”

ou leur inexistence sont des facteurs pris en compte dans la gestion des modes de preuve (*voluntary disclosures*) et la détermination des sanctions.

Le groupe transnational évolue dans un environnement juridique et réglementaire qui se complexifie et crée des contraintes opératoires importantes caractérisées par une absence d’harmonisation des concepts applicables, y compris au nouveau européen, de la notion de groupe et d’intérêt de groupe en particulier. L’ensemble forme une véritable mosaïque qui implique que la gouvernance des groupes transnationaux soit aujourd’hui un enjeu majeur.

Par ailleurs, les initiatives récentes (devoir de vigilance, mise en œuvre obligatoire de plans de conformité, etc. ...), qu’elles soient locales (relevant d’un droit national) ou supranationales (par exemple à l’échelle de l’Union européenne) renforcent les contraintes et obligations à la charge des entreprises. Cet enchevêtrement de normes crée des risques de cumul de sanctions pour des mêmes faits remettant inévitablement en cause le principe *non bis in idem*.¹⁶ Dans ce contexte, on assiste de manière de plus en plus marquée à un effacement de la *soft law* au profit de la *hard law*, l’entreprise devenant elle-même créatrice de normes qui lui sont opposables.¹⁷

Face à cet amoncellement de règles, celles qui favorisent la souplesse dans la gestion des groupes transnationaux sont quasi-inexistantes. Elles devraient pourtant permettre de répondre aux besoins des entreprises : favoriser les effets sur leur croissance et leur compétitivité, permettre une gestion sûre et simplifiée et, *a fortiori* réduire leurs coûts.

Reste à savoir comment faire émerger ces nouvelles règles Il sera peut-être nécessaire de se tourner vers les bonnes pratiques qui pourraient redonner tout son sens à la *soft law*.

GOVERNANCE ET FISCALITE : UNE RECONNAISSANCE DES GROUPES TRANSNATIONAUX IMPULSEE PAR L’EXIGENCE DE TRANSPARENCE

Sous la direction d’Eric Quentin,* avec le concours de Cyril Rolling,** Jean-Charles Cambier*** et Sonia Messaoudi.****

« Réalité économique fuyante, fluctuante, diversifiée, les groupes de sociétés ressemblent à des hydres dont le droit ne semble pouvoir saisir qu’une tête à la fois. »¹⁸

* Associé Hoche Société d’Avocats.

** Etudiant en Droit et Finance (Mastère Spécialisé Droit et Management International) à ESCP Europe.

*** Etudiant en Droit et Finance (Mastère Spécialisé Droit et Management International) à ESCP Europe.

**** Avocate, chargée de mission au sein du KPMG Professorship in International Corporate Governance.

En effet, le droit ne reconnaît pas les groupes, seulement les entreprises qui en sont membres en tant que personnes morales autonomes. Pourtant, ces groupes constituent aujourd'hui des acteurs incontournables de l'économie mondiale et française. En 2008¹⁹ si, seulement 5 pour cent des sociétés françaises dépendent d'un groupe, ces derniers emploient près de 8.5 millions de personnes — soit 58 pour cent des salariés hors secteur financier — et représentent 67 pour cent des investissements hors apports.²⁰ Ces chiffres sont en constante progression.²¹

Les choix de structuration et de localisation de telles structures ne sont pas sans incidence fiscale sur la gouvernance des groupes transnationaux. En effet, l'aspect fiscal est même l'un des facteurs déterminants du lieu d'implantation d'une entité économique. Connu sous le terme de « *treaty shopping* », la pratique consiste à dissocier le choix du lieu d'implantation de la réalité de l'activité économique de ladite entité en cherchant à bénéficier d'avantages fiscaux permettant, *in fine*, de réduire leur taux d'imposition réel globale (par réduction de l'assiette ou du taux).

Toutefois, la crise économique mondiale a conduit les Etats à faire de la promotion de la transparence financière la réponse adéquate pour combattre l'opacité financière et l'instabilité économique. Quelles sont les implications fiscales de ce constat sur les groupes ?

Une fois la reconnaissance du « groupe » en droit fiscal établi, nous constatons que les nouveaux enjeux de la gouvernance des groupes transnationaux en matière fiscale se cristallisent autour de la lutte contre l'optimisation fiscale.

La reconnaissance du groupe en droit fiscal

En droit français, le groupe n'a pas de personnalité morale propre et ne peut être, en lui-même, un sujet de droit. Le groupe existe ainsi principalement comme relation de fait, celle résultant de liens entre différentes sociétés liées les unes aux autres par des intérêts communs, ou du moins convergents. Cette relation entre sociétés peut s'exprimer, notamment, par des liens capitalistiques ou la mise en commun de moyens matériels ou financiers.

De cette relation de fait, le droit tire nécessairement les conséquences qui y sont attachées ; et le droit fiscal est un champ particulièrement propice à la prise en compte de ces liens entre sociétés liées, tant la politique fiscale est empreinte de réalisme²² budgétaire.

Si le principe reste bel et bien celui d'une imposition personnelle de chacune des entités à raison des bénéfices qu'elle réalise individuellement — puisque seule celle-ci bénéficie de la personnalité morale — le droit fiscal a toujours proposé des régimes spéciaux dérogatoires qui

The law does not recognise groups, only the companies that are members of groups, as autonomous legal entities. However, groups are now an essential part of global and French economics. In 2008, although only 5 per cent of French companies belonged to a group, these companies employed almost 8.5 million people, representing 58 per cent of employees (excluding the financial sector), and represented 67 per cent of investments (excluding contributions). These figures are constantly increasing.

The structural and localisation choices made by such groups are not without fiscal repercussions on transnational group governance. Indeed, tax matters are even one of the defining factors in an economic entity's location. In a practise known as "treaty shopping", the choice of location is dissociated from the company's real economic activity in order to take advantage of tax benefits, allowing the company to reduce its overall tax rate (by reducing the tax base or tax rate).

However, the global economic crisis has meant that states now make financial transparency their favoured response in tackling financial opacity and economic instability. What are the fiscal implications of this on groups?

Once recognition of the "group" by tax law has been established, we will see that the new challenges in terms of tax for transnational group governance centre around the fight against tax optimisation.

Recognising the group in tax law

In French law, the group does not have its own legal status and cannot, in itself, be subject to law. Thus, the group exists primarily as a de facto relationship, resulting from links between different companies that are connected by common, or at least converging, interests. This relationship between companies may be expressed in particular by capital links or by pooling material or financial means.

From this de facto relationship, the law necessarily considers the associated consequences; and tax law is particularly prone to taking the connections between these "linked" companies into account, as tax policy is a reflection of the reality of the budget.

While the principle is indeed individual taxation of each entity according to the profits they make individually, as only the individual company is a legal entity, tax law has always proposed special dispensary schemes that allow for considering the notion of a group.

This presents as the tax consolidation scheme and processing intra-group operations.

Fiscal particularity: the tax consolidation system

The consolidation system allows the results of all of the parent company's subsidiaries to be integrated in the head of the group, whether they be profits or losses. However, companies are only eligible for tax consolidation if the parent company owns more than 95 per cent of the capital of the subsidiaries it wishes to integrate.

Under this hypothesis, and by applying the provisions of art.223A and following the French General Tax Code, the parent company becomes solely responsible for paying corporate tax on the whole group's results. To do this, an option must be performed. This is in effect for five years, renewable by tacit agreement.

As a result, the notion of the group is specifically recognised in the perimeter of tax consolidation, into which all of the entities making up the group are integrated.

Acknowledgement of the group through processing intra-group operations

Tax consolidation is not the only evidence of the acknowledgement of groups as an economic reality. The dividends transferred from a daughter company to its parent company are exempt from company tax, with the exception of a 5 per cent share for costs and fees. As of 1 January 2016, this share has been reduced to 1 per cent, if the group is under the tax consolidation scheme and in certain other particular circumstances (dividends received by a company that is a member of the fiscal group, from European subsidiaries that could have been integrated, had they been French).

This so-called "parent-daughter" scheme can be justified by the acknowledgement of the double economic taxation that the group would be subject to in the case of full taxation. Indeed, by considering the group as one entity, the flow of dividends from the daughter company to the parent company would already have been taxed in the daughter's hands and simply could not have been taxed again in the parent company's hands.

By refusing to acknowledge this single legal entity (excluding cases of tax consolidation for paying company tax and the associated payments) the legislator has, however, remained realistic by acknowledging the existence of this double economic taxation.

However, this tax scheme is only optional, and the parent company must own stakes in the subsidiaries to the value of at least 5 per cent of their capital (5 per cent of the voting rights and 5 per cent of finance laws), stakes that must be kept for at least two years.

laissent transparaître une inclinaison pour la considération de la notion de groupe.

Cela se traduit par le régime de l'intégration fiscale et le traitement des opérations intra-groupe.

La particularité fiscale : le régime de l'intégration fiscale

Le régime de l'intégration permet d'intégrer l'ensemble des résultats des filiales détenues par la société-mère, à la tête de groupe au niveau de cette dernière, que ces résultats soient bénéficiaires ou déficitaires. Toutefois, les sociétés ne sont éligibles à l'intégration fiscale que si la société-mère détient au moins 95 pour cent du capital des filiales qu'elle souhaite intégrer.

Dans cette hypothèse, et en application des dispositions des arts 223 A et suivants du Code général des impôts, la société-mère se constitue seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe. Pour ce faire, une option doit être exercée. Celle-ci produit ses effets pour une durée de cinq ans tacitement renouvelable et peut être dénoncée tous les ans.²³

Par conséquent, la notion de groupe est spécifiquement reconnue par le périmètre d'intégration fiscale dans lequel sont intégrées toutes les entités constituant le groupe.²⁴

La prise en compte du groupe à travers le traitement des opérations intra-groupe

L'intégration fiscale n'est pas la seule expression de la prise en compte de la réalité économique des groupes. Ainsi, les remontées de dividendes d'une société fille vers sa mère bénéficient d'une exonération à l'impôt sur les sociétés²⁵ à l'exception d'une quote-part de 5 pour cent pour frais et charges. Depuis le 1er janvier 2016, cette quote-part est réduite à 1 pour cent, si le groupe est placé sous le régime de l'intégration fiscale.

Ce régime dit « mère-filles » trouve sa justification dans la prise en compte de la double imposition économique que subirait le groupe en cas de taxation intégrale. En effet, à considérer le groupe comme une entité unique, le flux que constitue la remontée de dividendes de la fille vers la mère aurait déjà été taxé entre les mains de la fille et ne saurait être taxé entre les mains de la mère.

Se refusant à cette reconnaissance d'une entité juridique unique (hors cas d'intégration fiscale) le législateur a su toutefois faire preuve de réalisme en reconnaissant l'existence de cette double imposition économique.

Cependant, ce régime fiscal ne s'applique que sur option, la mention de cette option sur la liasse fiscale suffisant à bénéficier des dites dispositions. La société-mère doit détenir des titres de participation dans les filiales représentant au moins 5 pour cent du capital de celles-ci (5 pour cent des

droits de vote et 5 pour cent des droits financiers), titres devant être conservés pendant au moins deux ans.

Mais ne nous y méprenons pas. Ces régimes fiscaux n'entraînent pas pour autant une reconnaissance juridique du groupe de sociétés qui reste sans personnalité propre. Ils sont une traduction de la prise en compte de l'existence de relations particulières entre sociétés liées. Toutefois, l'exigence toujours plus accrue de transparence conduit à une prise en compte juridique et fiscal de ces groupes transnationaux.

Les groupes transnationaux au cœur de la lutte contre l'optimisation fiscale

L'optimisation fiscale et légale est au centre de la gouvernance des groupes transnationaux. Monsieur Pascal Saint-Amans, directeur du centre de politique et d'administration fiscale de l'OCDE²⁶ vulgarise ainsi la problématique fiscale majeure contemporaine :

« Les entreprises cherchent par des montages juridiques légaux à exploiter les défaillances du système fiscal. Aujourd'hui, les multinationales ne localisent plus leurs profits là où elles exercent leurs activités, mais dans les paradis fiscaux et les pays où les taux d'imposition sont les plus avantageux. »²⁷

Ainsi, les groupes sont soumis, chaque année davantage, à des obligations motivées par une exigence de transparence dans un but de lutte contre l'optimisation fiscale.

Les obligations de déclaration et de tenue documentaire préexistantes

En vertu de l'art.L.10 du Livre des procédures fiscales, l'administration peut « demander aux contribuables tous renseignements, justifications ou éclaircissements relatifs aux déclarations souscrites ou aux actes déposés », au cours d'une vérification de comptabilité.

Les groupes transnationaux sont intrinsèquement concernés par ces obligations de déclaration du fait de la densité de leurs flux et des opérations intra-groupe : aides intra-groupe, prestations fournies par l'une des sociétés aux autres sociétés du groupe, opérations financières ou courantes, éventuelle mise à disposition de biens d'une société au profit d'une autre, etc... .

Le prix attaché à chacune de ces opérations est appelé prix de transfert, soit selon l'OCDE, « les prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées ». ²⁸ La doctrine de l'administration fiscale française adhère à cette définition en considérant que les prix de transfert sont « les prix des transactions entre entreprises d'un même groupe et établies dans des Etats

But let us not be mistaken. These tax schemes do not actually bring about legal recognition of groups of companies, which remain without status as an entity. The schemes result from acknowledging the existence of special relationships between related companies. However, the ever-growing expectation for transparency leads to legal and fiscal acknowledgement of these transnational groups.

Transnational groups at the heart of the fight against tax optimisation

Legal tax optimisation is central to transnational group governance. Pascal Saint-Amans, Director of the Centre for Tax Policy and Administration at the OECD, popularises the major contemporary fiscal question as follows:

“Companies use legal frameworks to take advantage of weaknesses in the tax system. Multinational companies no longer hold their profits in the same place as they carry out their activity, but in tax havens and in countries where tax rates are the most attractive.”

In this way, each year groups are subject to more and more obligations driven by expectations of transparency in order to tackle tax optimisation.

Declaration and documentation obligations

In virtue of art.L10 of the French Tax Procedures Guide, the administration may “ask taxpayers for any information, justification, or clarification in relation to their subscribed declarations or documents filed”, during verification of accounting.

Transnational groups are intrinsically concerned by these declaration obligations due to the density of flows and their intra-group operations: intra-group assistance, services provided by one company to the other companies in the group, financial or everyday operations, possible use of one company's assets by another company, etc.

The price attached to each of these operations is called the transfer price, which according to the OECD, is “the costs at which a company transfers physical assets, or intangible assets, or provides services to associated companies”. The French tax administration's doctrine adheres to this definition, considering that transfer prices are “the price of transactions between companies of a same group and established in different States: assuming intra-group transactions and a border-crossing”. These transfer prices must be

established in accordance with the “arm’s length” principle: they must correspond to the costs that would have been fixed had the service in question been carried out with an outsider, rather than with connected companies.

To ensure that this principle is respected, and to avoid any irregular profit transferrals, French companies are under pressure in making their declarations. Companies meeting certain conditions regarding their turnover must keep constant and up-to-date documentation allowing them to justify their transfer costs. This obligation is the result of the provisions of art.L13 AA of the French Tax Procedures Guide.

If a company does not exceed the turnover thresholds beyond which they would be subject to documenting transfer costs, it can nonetheless be subject to a request for information and documentation by the administration. This happens when the tax administration questions the operations carried out by the company and considers that it could have given itself up to a profit transfer, as in art.57 of the French General Tax Code.

Reporting obligations to identify transfer prices

Aware as it was of the aggressive tax optimisation that could result from certain practices, the OECD instigated serious research into the matter, entitled the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) action plan.

The BEPS action plan aims to tackle artificial localisation of profits based on the diversity of state tax systems.

The first consequence of the BEPS plan is revising French legislation to create an obligation for annual declarations of transfer prices, independent of the existing obligation for a “simplified” transfer price declaration.

The “Country by Country Reporting” envisaged by the French legislator under art.121 of the French Finance Act of 2016 (French General Tax Code, art.223 quinquies C), contains general information on the group but also specific information about the company. We find the main file/local file typology recommended by the BEPS plan, thus adapting internal law to the OECD’s work.

The BEPS action plan is not only designed to renovate national documentation obligations. Action 13 of the plan presents the principle of “Country by Country Reporting” (CBCR), that is, companies practising transfer prices make declarations of a certain amount of information to the national administration of each of the involved states. This is a new obligation for documentation, in addition to those previously mentioned.

différents : ils supposent des transactions intra-groupe et le passage d’une frontière ». ²⁹ Ces prix de transfert doivent être établis conformément au principe de « pleine concurrence » : ils doivent correspondre au prix qui aurait été fixé si la prestation dont il est question avait été réalisée avec des tiers, et non entre entreprises liées.

Afin d’assurer le respect de ce principe, et d’éviter tout transfert irrégulier de bénéfices, il pèse sur les entreprises françaises des obligations de déclaration. Les entreprises remplissant certaines conditions relatives à leur chiffre d’affaires³⁰ doivent ainsi tenir une documentation qui leur permet de justifier leurs prix de transfert. Cette obligation résulte des dispositions de l’art.L.13 AA du Livre de procédures fiscales.

Si une entreprise ne dépasse pas les seuils de chiffre d’affaires à partir desquels elle serait soumise à l’obligation de tenue de documentation de prix de transfert, elle peut tout de même faire l’objet d’une demande d’informations et de documents émise par l’administration.³¹ Cela se produit lorsque l’administration fiscale s’interroge sur les opérations réalisées par l’entreprise et considère que cette dernière aurait pu s’adonner à un transfert de bénéfices au sens de l’art.57 du Code général des impôts.

Les obligations de reporting pour identifier les prix de transfert

Consciente de l’optimisation fiscale agressive qui peut résulter de certaines pratiques, l’OCDE³² a initié une réflexion approfondie connue sous le nom de « plan Beps » (*Base Erosion and Profit Shifting*).³³

Le plan d’actions Beps a pour but de lutter contre la localisation artificielle des profits fondée sur la diversité des systèmes fiscaux étatiques.

La première conséquence du plan Beps est la révision de la législation française en créant une obligation de dépôt annuel d’une déclaration relative aux prix de transfert.³⁴

La déclaration, telle qu’envisagée par le législateur français, comporte des informations générales sur le groupe mais également des informations spécifiques concernant l’entreprise. On retrouve finalement la typologie fichier principal/fichier local préconisée par le plan Beps, traduisant ainsi l’adaptation du droit interne aux travaux menés par l’OCDE.

Le plan d’actions Beps ne se contente pas d’envisager une rénovation des obligations documentaires nationales. En effet, l’action 13 du plan pose ainsi le principe du « *Country By Country Reporting* » (CBCR), c’est-à-dire de la déclaration, par les entreprises pratiquant des prix de transfert, d’un certain nombre d’informations auprès des administrations nationales de chacun des Etats concernés

par les opérations réalisées. Il s'agit donc là d'une obligation documentaire nouvelle qui s'ajoute à celles précédemment évoquées.

Cette documentation doit contenir « des informations agrégées pour chacune des juridictions fiscales concernées »³⁵ et ces informations concernent toutes les opérations de répartition, au sein du groupe, des bénéfices et des impôts finalement dus. Il est également prévu un *reporting* portant sur tous les éléments pouvant mettre en exergue la localisation des activités du groupe dans les différentes juridictions fiscales concernées, ainsi qu'une liste d'informations financières concernant chacune des entités concernées par les flux considérés. Cette déclaration doit être établie au plus tard un an après le dernier jour de l'exercice fiscal de la société-mère du groupe transnational.

Cette démarche s'inscrit nécessairement dans l'objectif de transparence érigé comme objectif prioritaire du plan d'actions. Il s'agit en effet d'obtenir des groupes multinationaux, des informations cruciales dans l'appréciation des risques liés aux prix de transfert, sur la base desquelles les Etats pourront plus facilement évaluer le risque d'érosion de la base d'imposition des entités exerçant sur leur sol.

Ainsi,

« le reporting pays par pays a pour objet de donner aux administrations fiscales de tous les pays dans lesquels interviennent les multinationales une vision globale de la planification fiscale de ces entreprises. »³⁶

L'OCDE précise toutefois que ces informations

« ne doivent pas être utilisées par les administrations fiscales pour proposer des ajustements de prix de transfert fondés sur une méthode de répartition globale des bénéfices selon une formule préétablie. »

La logique est la suivante : les données économiques et financières recueillies sont des instruments d'appréciation et d'évaluation des risques, et non un levier sur lequel s'appuyer à des fins de redressement fiscal puisqu'elles ne permettent en aucun cas d'obtenir des informations sur les transactions effectivement réalisées par les groupes.

L'OCDE fournit un modèle de déclaration fiscale en annexe de son rapport. L'objectif est ici de tendre vers une certaine cohérence. Si les Etats s'alignent sur ce modèle, et demandent tous un *reporting* dans les mêmes formes, cela ne pourra qu'améliorer l'efficacité du traitement des données ainsi recueillies, tout en permettant, du côté des contribuables, de ne pas substantiellement augmenter les coûts d'élaboration des déclarations.

This documentation must include "integrated information for each of the tax jurisdictions involved" and this information concerns all profit and tax distribution operations within the group. There will also be a report on all of the elements that could underline the localisation of the group's activity in the various tax jurisdictions, as well as a list of financial information about each of the entities involved in the flows being studied. This declaration must be made one year after the final day of the financial year for the transnational group's parent company, at the latest.

This procedure is part of the shift towards transparency, which is a high-priority goal of the action plan. It involves gaining crucial information from multinational groups on the evaluation of risks involved in transfer prices, on the base of which states will more easily be able to estimate the risk of erosion of the tax base of entities active in their country.

In this way,

"Country by Country Reporting aims to give tax administrations in all of the countries where multinational groups operate an overall view of these companies' financial planning."

Nevertheless, the OECD specifies that this information

"should not be used by tax administrations to suggest adjustments in transfer prices based on an income allocation formula."

The logic is as follows: the economic and financial data collected is a tool for risk estimation and evaluation, and not to be used as leverage for tax adjustment, as it does not give information on the transactions actually carried out by the groups.

The OECD provides a model for tax declaration as an appendix to their report. The goal here is towards a certain coherency. If states come together in this model, and all ask for a report in the same format, the processing of the data received can only improve in effectiveness, without substantially increasing the costs for taxpayers associated with declarations.

These new obligations are part of a current trend towards a growing demand for transparency. In 2006, the EU decreed a code of good conduct with regards to documenting transfer prices. The resulting provisions largely inspired art.L13 AA of the French Tax Procedures Guide mentioned earlier. Incidentally, the Commission stated that this code promotes a “common template for declaration”.

Country by Country Reporting could thus be an initial step towards the “automatic exchange of information between tax authorities as a new world standard” that the G8 members hope for.

As regards managing transparency, the US and the UK are often mentioned. These states impose that arrangements leading to tax optimisation be revealed. In the US, Boards must declare tax optimisation schemes that have allowed their client to make a tax saving above a certain threshold ranging from \$50,000 to \$200,000 depending on the operation. Failing this, the Board risks paying a fine. In the UK, a tax optimisation scheme must be declared if the resulting tax saving is one of its primary advantages, that is, when it seems obvious that the arrangement was made in order to reduce tax payments. This approach is dealt with in the BEPS Plan, with Action 12 aimed at “requiring taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements”.

The issue is the subject of work showing the extent of this current challenge. On 28 January 2016, the Council of the European Union adopted the Anti-Tax Avoidance Package (ATAP) including a set of measures relating to corporate taxation. It includes the idea of a new limit to the deductibility of financial obligations, a general anti-avoidance clause (GAAR). The Commission suggested creating a “code of conduct”, a Council work group in which all Member States would be represented, in particular to look at whether the French tax scheme applying to patent fees (application of a reduced corporate tax rate of 15 per cent instead of the common law rate) should be considered as fiscally prejudicial.

Transnational groups are a particularly interesting subject of study in terms of tax law both because of the challenges involved and the diverse nature of the relationships involved. There can be no doubt that the work to be done, both on a national and an international scale, will be focussed on this question for many years. However, we can legitimately wonder if behind this matter of transparency lies a mistrust by public

Ces obligations nouvelles s’inscrivent dans une tendance actuelle marquée par une exigence grandissante de transparence. En 2006, l’Union européenne a édicté un code de bonne conduite³⁷ en matière de documentation de prix de transfert. Les dispositions qui en ressortent ont grandement inspiré l’art.L.13 AA du LPF précédemment étudié. La Commission a d’ailleurs rappelé que ce code promeut un « modèle commun de documentation ».³⁸

Le reporting pays par pays pourrait ainsi être un premier pas vers un « échange automatique d’informations entre les autorités fiscales érigé en nouveau standard mondial »³⁹ que le G8 appelle de ses vœux.

En matière de gestion de la transparence, les Etats-Unis et le Royaume Uni sont souvent cités. En effet, ces Etats imposent la révélation des montages permettant une optimisation fiscale.⁴⁰ Outre-Atlantique, les schémas d’optimisation fiscale doivent être déclarés par les conseils lorsque ceux-ci ont permis à leur client de réaliser une économie d’impôt au-delà d’un certain seuil variant de 200.000 \$ à 50.000 \$ selon l’opération réalisée.⁴¹ A défaut, le conseil s’expose au paiement d’une amende.⁴² Outre-Manche, un schéma d’optimisation doit être déclaré si l’économie d’impôt qui en résulte est l’un de ses principaux avantages, c’est-à-dire lorsqu’il semble évident que le montage a été élaboré aux fins de minorer l’impôt. Cette approche est d’ailleurs reprise dans le plan, l’action 12 visant à « obliger les contribuables à faire connaître leurs dispositifs de planification fiscale agressive ».

Le sujet reste l’objet de travaux illustrant la mesure de l’enjeu actuel qu’il représente. Le 28 janvier 2016, la Commission européenne a ainsi publié l’*Anti-Tax Avoidance Package* (ATAP) contenant un ensemble de propositions relatives à la fiscalité des entreprises destinées à faire l’objet, soit de propositions de directives européennes, soit de recommandations qui pourraient avoir une portée politique contraignante. On y retrouve l’idée d’une nouvelle limitation à la déductibilité des charges financières⁴³ ou la mise en place d’un « Code de conduite », groupe de travail du Conseil au sein duquel tous les Etats membres sont représentés, qui devrait examiner si le régime fiscal français applicable aux redevances de brevet (application d’un taux d’impôt sur les sociétés réduit de 15,50 pour cent au lieu du taux de droit commun) ne doit pas être jugé comme fiscalement dommageable.

Les groupes transnationaux constituent un sujet d’étude particulièrement digne d’intérêt en droit fiscal de par ses enjeux et la diversité des relations en présence. Nul doute que les travaux, mis en œuvre tant à l’échelle nationale qu’internationale, seront axés autour de cette problématique pendant de nombreuses années. Toutefois, l’on peut légitimement se demander si derrière ce souci de

transparence érigé en principe, ne se cache pas une réelle défiance des pouvoirs publics et institutionnels envers les firmes multinationales dont les incidences seraient contre-productives.

ETHIQUE ET CONFORMITE : DE NOUVELLES EXIGENCES AU CŒUR DE LA GOUVERNANCE

Sous la direction de Bernard Field,* avec le concours de Malia Hamadache** et Jean-Baptiste Deprez.***

La multiplication des affaires, notamment Enron en 2001 et BNP Paribas en 2015 parmi bien d'autres, a permis de sensibiliser les groupes transnationaux à l'exigence de conformité.⁴⁴

La conformité ou « *compliance* » selon la terminologie anglaise, peut se définir comme un ensemble de règles et de mécanismes permettant, d'une part d'identifier de façon anticipée des risques pouvant entraîner des dommages graves et, d'autre part, de s'assurer que les décisions ou les comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et employés, sont conformes à un corps de règles externes et/ou internes.⁴⁵ En d'autres termes, la conformité a pour objectif de permettre à l'entreprise de prévenir et de détecter la violation des règles qui lui sont applicables par un ensemble d'actions coordonnées.⁴⁶

L'application des procédures et mécanismes de conformité doit se faire tant au niveau national qu'international. En effet,

« la taille des entreprises, les lieux de production et de commercialisation diversifiés par le phénomène de la mondialisation, leurs secteurs d'activités sont, entre autres, autant d'éléments essentiels à prendre en compte. »⁴⁷

La conformité s'entend aussi bien de la conformité à la loi (c'est-à-dire à la norme externe) qu'à la *soft law*, c'est-à-dire à des codes de conduite, chartes éthiques ou règles de *process* internes.⁴⁸

Si le phénomène de développement des mécanismes de conformité concerne un ensemble de règles et de domaines très variés, la « *compliance* » en matière de corruption revêt une importance particulière pour les groupes transnationaux. En outre, le développement de l'éthique constitue un enjeu crucial pour les groupes. En effet, non seulement la conformité apparaît de plus en plus comme le prolongement de l'éthique dans l'entreprise, mais il faut

authorities and institutions the impact of which would have counterproductive repercussions.

ETHICS AND COMPLIANCE: NEW CORE GOVERNANCE REQUIREMENTS

Under the direction of Bernard Field, with the assistance of Malia Hamadache and Jean-Baptiste Deprez.

A growing number of scandals, in particular Enron in 2001 and BNP Paribas in 2015 among many others, have raised transnational groups' awareness of compliance requirements.

Compliance can be defined as a set of rules and mechanisms making it possible, on the one hand, to identify at an early stage risks that could result in serious damage, and, on the other hand, to ensure that the decisions or behaviour of the firm, its managers and employees are in accordance with a body of external and/or internal rules. In other words, the purpose of compliance is to allow the firm to prevent and detect the violation of the rules that are applicable to it by a set of co-ordinated actions.

The application of compliance procedures and mechanisms must take place at both the national and international levels:

"The size of firms, the production and marketing locations diversified by the phenomenon of globalization and their sectors of activity are, among other things, all essential aspects to be taken into account."

Compliance shall be understood as both compliance with the law (i.e. the external norm) and with soft law, i.e. codes of conduct, ethics charters and internal process rules.

While the phenomenon of the development of compliance mechanisms concerns a set of highly varied rules and fields, compliance with regard to corruption is especially stressed in the presence of transnational groups. Moreover, the development of ethics constitutes a crucial issue for the groups.

* Avocat, membre de la Commission des sanctions de l'AMF, ancien Secrétaire Général de Saint-Gobain.

** Etudiante en Droit et Finance (Mastère Spécialisé Droit et Management International) à ESCP Europe.

*** Etudiant en Droit et Finance (Mastère Spécialisé Droit et Management International) à ESCP Europe.

Compliance with regard to corruption: a crucial issue for transnational groups

Compliance with regard to corruption is ensured partly by putting in place numerous compliance programmes applicable to anti-corruption, and partly by the very prevention of this phenomenon. However, it appears essential for groups to proceed by a risk-based approach and training of line personnel.

Compliance programmes applicable to the fight against corruption

Corruption is a reality that affects the global economy, notably because of its substantial cost. For a long time, this reality was often considered as an "existing evil which had to be coped with". Today, the fight against corruption has been considerably strengthened, notably via numerous programmes of compliance with anti-corruption rules at the international level. This is the case for the United Nations (UN) and the Council of Europe. It is also the case for the OECD, with the Good Practice Guide for internal controls, deontology and compliance appended to the Anti-Corruption Convention.

Compliance through the prevention of corruption

As with Alstar and Total, a growing number of companies are convicted for acts of corruption that occur beyond the borders of their head office, due in particular to the extraterritorial application of very stringent anti-corruption legislation, modelled on the US legislation (Foreign Corrupt Practices Act, 1977), British legislation (UK Bribery Act 2010), or again international conventions such as the OECD Convention. Accordingly, it seems indispensable for a transnational group to be informed of the anti-corruption legislation of the countries in which its subsidiaries are located or have operations, and on any agreements ratified by the latter.

In this respect, the UK, via the Bribery Act 2010, makes the failure to prevent corruption an indictable offence. The guidelines issued on 30 March 2011 by the British Ministry of Justice specified the application of this legislation. For example, under this new offence, called a corporate offence, a firm is liable for acts of corruption (active/passive) unless said legal entity can demonstrate that it had established and applied "adequate procedures", designed to prevent such acts. Unless it can provide such evidence, the legal entity is liable to an unlimited fine (s.7 of the Bribery Act 2010). This establishes an automatic objective liability not requiring evidence of a fault committed by the legal entity.

également constater que le risque de réputation est en passe de devenir l'un des risques majeurs de l'entreprise.

La « compliance » en matière de corruption : un enjeu crucial pour les groupes transnationaux

La « compliance » en matière de corruption est assurée, d'une part, par la mise en place de nombreux programmes de conformité applicable à la lutte contre la corruption et, d'autre part, par la prévention même de ce phénomène. Cependant, il apparaît indispensable pour les groupes d'opérer par une approche par les risques et une formation des opérationnels.

Programmes de conformité applicable à la lutte contre la corruption

La corruption est une réalité qui affecte l'économie mondiale notamment par son coût considérable. Pendant longtemps, cette réalité n'était souvent considérée que comme un « mal existant avec lequel il fallait composer »⁴⁹. Aujourd'hui, la lutte contre la corruption se renforce considérablement au travers notamment de nombreux programmes de conformité aux règles anti-corruption à l'échelle internationale. C'est le cas de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et du Conseil de l'Europe.⁵⁰ C'est également celui de l'OCDE avec le Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité annexé à la Convention anti-corruption.⁵¹

La « compliance » par la prévention de la corruption

A l'instar d'Alstom et Total, de plus en plus de sociétés sont condamnées pour des faits de corruption qui se produisent hors des frontières de leur siège en raison notamment de l'application extraterritoriale de législations de lutte contre la corruption très sévères, à l'instar des législations américaine (*Foreign Corrupt Practices Act, 1977*), britannique (*UK Bribery Act 2010*) ou encore de conventions internationales comme la Convention OCDE. Ainsi, il apparaît indispensable pour un groupe transnational de se renseigner sur les législations anti-corruption des pays dans lesquels ses filiales sont implantées ou ont une activité, ainsi que sur les conventions éventuellement ratifiées par ces derniers.

A cet égard, le Royaume Uni et sa loi anti-corruption *UK Bribery Act 2010*, érige en délit le défaut de prévention de la corruption.⁵² Les lignes directrices émises le 30 mars 2011 par le ministère de la Justice britannique sont venues préciser l'application de ce texte. Ainsi, en application de ce nouveau délit, dit *corporate offence*, une entreprise est responsable d'actes de corruption (active/passive), sauf pour cette personne morale à démontrer qu'elle avait mis en place et fait fonctionner des « procédures adéquates » conçues pour prévenir de tels actes. A défaut de rapporter une telle preuve, la personne morale s'expose à une

amende illimitée (s.7 du *Bribery Act* 2010).⁵³ Est ainsi instaurée une responsabilité objective automatique ne nécessitant pas la preuve d'une faute commise par la personne morale.

Les entreprises étrangères, et notamment françaises, sont soumises à cette législation dès lors qu'elles ont une relation commerciale,⁵⁴ même partielle, avec le Royaume Uni ou qu'elles sont partenaires de sociétés soumises au *UK Bribery Act* 2010. Leur responsabilité pénale est engagée si l'un de leurs préposés ou une « personne associée » commet un acte de corruption. Par conséquent, elles doivent s'assurer que leurs partenaires soumis au *UK Bribery Act* 2010 respectent bien les obligations de prévention prévues par ce texte.⁵⁵

L'efficacité de ces dispositions de lutte contre la corruption a été illustrée récemment par les premières sanctions à l'encontre d'entreprises. Ainsi, pour mettre un terme à des poursuites engagées à leur encontre de ce chef, la société Brand-Rex a conclu un accord transactionnel avec les autorités écossaises en septembre 2015 tandis qu'en novembre 2015, Standard Bank faisait l'objet d'une procédure de justice négociée (*deferred prosecution agreement*). Enfin, le 19 février 2016, Sweet Group était condamné à payer une amende de 2,25 millions de livres après une procédure de plaider-coupable.⁵⁶

Concernant ce sujet, le droit français a été vivement critiqué. En effet, le dispositif prévu par les arts 435-1 et suivants du code pénal a été jugé insuffisant par de nombreuses instances à l'instar de l'OCDE, ou encore de la Commission européenne, en raison du nombre limité d'infractions poursuivies et de l'absence d'obligation de prévention de délits de corruption.⁵⁷

Afin de mettre la France au niveau des standards internationaux, de nombreuses propositions ont été faites pour renforcer le dispositif. Le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dit « Sapin II », adopté en conseil des ministres le 30 mars 2016, a pour ambition de doter la France d'une législation permettant de mieux prévenir et réprimer les atteintes à la probité. Soumis à la procédure accélérée (une seule lecture dans chaque Chambre), le projet de loi Sapin II a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, le 14 juin 2016, par une large majorité (304 pour, 199 contre).⁵⁸

Un chapitre entier du projet est consacré à la création de l'Agence française anticorruption, définie comme

« un service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, ayant pour missions de prévenir les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale

Foreign firms, and notably French firms, are subject to this legislation whenever they have a commercial relationship ("conduct business" in the text), even partial, with the UK or when they are partners of companies subject to the UK Bribery Act 2010. Their criminal liability is involved if one of their employees or an "associated person" commits an act of corruption. Accordingly, they must ensure that their partners subject to the UK Bribery Act 2010 suitably comply with the prevention obligations provided for by this legislation.

The effectiveness of these anti-corruption measures was illustrated recently by the first penalties against companies. For example, to put an end to the legal action taken against it on this ground, Brand-Rex signed a transactional agreement with the Scottish authorities in September 2015, while in November 2015, the Standard Bank was involved in a negotiated legal settlement (*deferred prosecution agreement*). Lastly, on 19 February 2016, Sweet Group was sentenced to pay a fine of £2.25 million following a plea bargain.

In this regard, French law has been strongly criticised. The system provided for by arts 435-1 et seq. of the Criminal Code (*Code pénal*) has been ruled inadequate by numerous authorities such as the OECD, or again the European Commission, due to the limited number of offences prosecuted and the absence of an obligation of prevention of offences of corruption.

In order to bring France up to the level of international standards, numerous proposals have been made to reinforce the system. The government Bill relating to transparency, anti-corruption and the modernisation of economic life, the so-called Sapin II law, adopted by the cabinet meeting of 30 March 2016, has the ambition of providing France with legislation making it possible to better prevent and punish offences against integrity. Via a fast-track procedure (a single reading in each Chamber), the Sapin II government Bill was passed on first reading by the French Parliament, on 14 June 2016, by a large majority (304 for, 199 against).

A whole section of the bill is devoted to the setting up of the French Anticorruption Agency, defined as

"a department having national competence, reporting to the Minister of Justice and the Minister of the Budget, having the task of preventing acts of corruption, influence peddling, extortion, illegal interest taking, embezzlement

of public funds and favouritism, and helping with their detection by the competent authorities and the persons faced with this.”

Accordingly, this would not be an independent administrative authority. This agency's Enforcement Committee would consist of six members: two members of the *Conseil d'État* nominated by the Vice-President of the *Conseil d'État*, two members of the *Cour de cassation* (Supreme Court of Appeal) nominated by its First President, and two senior members of the *Cour des comptes* (Government Audit Agency) nominated by its First President. The length of their non-renewable term of office would be five years.

The text will also create a new obligation of prevention of risks of corruption for firms with at least 500 employees and with annual revenues exceeding €100 million. In the event of a failure to comply with this obligation of prevention, firms' criminal liability would be involved. The text provides for the insertion in the Criminal Code of two new articles, art.434-43-1 providing for prison sentences and fines, and art.131-39-2 introducing the obligation of submitting to a programme to establish compliance.

The risk-based approach and training of line personnel

In order to establish compliance with the legislation of the countries in which an international group is established, the most effective solution would consist of a risk-based approach and suitable training of line personnel.

Accordingly, every firm should promote a risk-based approach and, depending on the country of establishment and its own business, should measure the risks of corruption. Regarding this, the classification of countries by Transparency International, a corruption perceptions index, is a useful tool for targeting these risks.

Moreover, it is essential to establish preventive measures by bespoke internal training based on concrete situations that the line personnel, in particular, could be faced with in their actual working life. These prevention programmes will aim to train the personnel and define the managers' role in adopting appropriate behaviour when faced with demands and learning how to react to a risk situation. It is also important to ensure internal information feedback regarding the risks faced in the field, in order to better understand and prevent them.

It is also essential to allow for the fact that in some countries local customs, gifts or acts “of hospitality”

d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, et d'aider à leur détection par les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées. »

Ainsi, il ne s'agirait pas d'une autorité administrative indépendante. La commission des sanctions de cette agence serait composée de six membres : deux conseillers d'État désignés par le vice-président du Conseil d'État, deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation et deux conseillers maîtres à la Cour des comptes désignés par le premier président de la Cour des comptes. Leur mandat, non renouvelable, serait de cinq ans.⁵⁹

Le texte créera en outre une nouvelle obligation de prévention contre les risques de corruption pour les entreprises d'au moins 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros. En cas de manquement à cette obligation de prévention, les entreprises engageraient leur responsabilité pénale. En effet, le texte prévoit l'insertion dans le code pénal de deux nouveaux articles, l'art.434-43-1 prévoyant des peines d'emprisonnement et d'amende, et l'art.131-39-2 instaurant l'obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité.

L'approche par les risques et la formation des opérationnels

Afin de se mettre en conformité avec les législations des pays dans lesquels un groupe international est implanté, la solution la plus efficace consisterait en une approche par les risques et une formation adéquate des opérationnels.

Ainsi, toute entreprise doit favoriser une approche par les risques et doit, en fonction du pays d'implantation et de l'activité qui est la sienne, mesurer les risques de corruption. A ce titre, le classement des pays par *Transparency International*, qui est un indice de perception de la corruption, est un outil utile pour cibler ces risques.⁶⁰

En outre, il est indispensable d'établir des mesures de prévention par une formation interne faite sur mesure et fondée sur des situations concrètes que les opérationnels, en particulier, seront susceptibles de rencontrer dans leur vie professionnelle réelle. Ces programmes de prévention auront pour but de former les équipes, définir le rôle des dirigeants pour adopter les bons comportements face à des sollicitations, apprendre à réagir par rapport à une situation à risque. Il est également important d'assurer une remontée des informations en interne s'agissant des risques rencontrés sur le terrain afin de mieux les appréhender et les prévenir.

Il faut également tenir compte du fait que dans certains pays, les coutumes locales, les cadeaux ou gestes

« d'hospitalité » font partie des pratiques courantes et ne relèvent pas systématiquement de la corruption.⁶¹ Toutefois, la mise en place par les groupes—au sein de leurs filiales ou succursales—de politiques claires et transparentes est primordiale afin d'éviter tout risque pénal.

Un contrôle attentif des agents, intermédiaires, représentants ou consultants s'avère également nécessaire pour juger de leur intégrité puisque le délit de corruption est caractérisé si l'acte délictueux est commis « directement ou indirectement ».

Enfin, un contrôle des flux financiers et la mise en place de procédures internes rigoureuses d'approbation constituent un outil accroissant l'efficacité de la prévention et par conséquent de la conformité aux législations locales.

L'éthique, l'autre enjeu crucial des groupes

Les codes d'éthique sont un phénomène relativement récent. Ainsi, en France, le premier code d'éthique date de 1996 « Principes de conduite des Affaires » de la société Danone.⁶²

On désigne sous les termes de « code de bonne conduite », « code d'éthique » ou « charte éthique », des documents présentés comme étant des outils de gestion de l'entreprise fédérant ses salariés autour de certaines valeurs et/ou leur fixant un certain nombre de règles de conduite à suivre dans l'exercice de leurs missions.⁶³

Une définition de ces documents figure dans le dictionnaire *Environnement* aux termes duquel

« la charte éthique est un ensemble d'engagements, de pratiques et de comportements choisis et adoptés par une entreprise ou une profession qui dépendent essentiellement des caractères participatifs de sa conception et de la régularité des contrôles. »⁶⁴

Les codes ou chartes éthiques ne sont plus propres aux entreprises cotées du CAC 40 mais sont désormais adoptés par nombre d'ETI⁶⁵ et de PME.⁶⁶ Ainsi, la plupart des entreprises disposent aujourd'hui de chartes affichant leurs principes d'action et les comportements attendus en interne comme en externe, allant du respect de l'environnement à la déontologie ou à la non-discrimination.

Bien que les motivations des entreprises à la mise en place de code éthique soient multiples, il existe des critères qui permettent d'évaluer leur valeur et efficacité au niveau d'un groupe. L'utilité de ces chartes éthiques ne doit toutefois pas supplanter la nécessaire protection des lanceurs d'alerte éthique.

are part of standard practice and cannot systematically be classified as corruption. However, it is of prime importance that groups establish clear and transparent policies in their subsidiaries and branch offices to avoid any criminal risk.

Careful monitoring of agents, intermediaries, representatives and consultants is also necessary to assess their integrity, because the offence of corruption is established whether the offending act is committed "directly or indirectly".

Lastly, control of financial flows and the establishment of strict internal approval procedures are tools to increase the efficiency of prevention and, as a consequence, compliance with local legislation.

Ethics, the other crucial issue for groups

Codes of ethics are a relatively recent phenomenon. In France, for example, the first code of ethics dates from 1996 ("Principles of business conduct" by Danone).

Codes of good conduct, codes of ethics and ethics charters are expressions referring to documents presented as corporate management tools uniting the firm's employees around certain values and/or fixing for them a number of rules of good conduct to be followed when performing their work.

A definition of these documents appears in the *Environment* dictionary, according to which

"the ethics charter is a set of commitments, practices and behaviours chosen and adopted by a company or an industry which depend basically on the participatory nature of its concept and the regularity of controls."

Ethics codes or charters are no longer specific to the listed companies of the CAC 40 but are now adopted by many small and medium-sized enterprises. For example, most firms now have charters posting their principles of action and the behaviour expected both internally and externally, ranging from environmental conservation to deontology or non-discrimination.

We shall see initially what the reasons are that drive firms to establish ethics codes or charters, then we shall consider the value and efficiency of these tools accentuated by the establishment of a group ethics charter. Finally, we shall stress the need for protection of ethics whistleblowers.

The firm's motives for drawing up a code of ethics

The firm's motives for drawing up a charter or code of ethics should be looked for in the specific functions fulfilled by these codes. They perform very precise roles going beyond the mere rewriting of excessively complex legislative and regulatory texts, and include the firm's promotion of values that it has defined itself, and safeguarding the firm's reputation.

Finally, major changes in companies' legal and operating environments should be emphasised. In particular:

- reputational risk is in the process of becoming one of the major corporate risks;
- compliance increasingly appears as the extension of ethics in the company;
- in multinational firms, the legal system increasingly has extraterritorial and transactional impacts;
- the firm is no longer accountable merely to the public authorities but also to its stakeholders;
- the reference system of corporate values and principles of action is increasingly incorporated in strategy, reporting, and the management and internal control system;
- ethics is an issue that commits executive managers and the Board of Directors.

Value and efficiency of ethics codes and charters

Codes of ethics are formalised commitments belonging to the field of soft law. The reality of these codes has been appreciated only recently. According to some, the code of ethics is merely a modern version of the internal rules or a mere internal lobbying tool. Accordingly, the question of the value of codes of ethics appears of fundamental importance to assess its usefulness.

The "profile" of the code could, according to Sylvianne Villaudière, founding manager of the Alliantis consultancy, influence the effectiveness of the ethics system. Although it seems difficult to give a single answer to this question, there is a certain consensus on the following aspects: a code that is too dense in terms of content may create a problem of incorporation for some of the players concerned; a code that is too synthetic or that covers only a few rules with which employees are supposed to comply has only a very slight impact; a code that is based solely or exclusively on legal standards does not say much about the firm's corporate values and conveys an approach that may

Les motivations de l'entreprise conduisant à la rédaction du code d'éthique

Les motivations de l'entreprise pour rédiger d'un code éthique sont à rechercher dans les fonctions spécifiques de ce dernier. En effet, il revêt des rôles bien précis au nombre desquels, au-delà de la réécriture simple des textes législatifs et réglementaires trop complexes, se trouvent la promotion par l'entreprise des valeurs qu'elle a elle-même définies aussi bien que la sauvegarde de la réputation de l'entreprise.⁶⁷

Enfin, il faut souligner les importantes évolutions de l'environnement juridique et opérationnel des sociétés et, en particulier⁶⁸ :

- le risque de réputation est en passe de devenir l'un des risques majeurs de l'entreprise ;
- la conformité apparaît de plus en plus comme le prolongement de l'éthique dans l'entreprise ;
- dans les entreprises multinationales, la justice a de plus en plus d'effets extraterritoriaux et transactionnels ;
- l'entreprise n'est plus seulement redevable vis-à-vis des pouvoirs publics mais aussi de ses parties prenantes ;
- le référentiel des valeurs et principes d'action de l'entreprise est de plus en plus souvent intégré à la stratégie, au *reporting*, au système de management et de contrôle interne ;
- l'éthique est une matière qui engage les dirigeants exécutifs et le Conseil d'administration.

Valeur et efficacité du code d'éthique

Les codes éthiques sont des engagements formalisés appartenant au domaine de la *soft law*. La réalité de ces codes n'a été appréciée que récemment. Pour certains, le code d'éthique ne serait qu'une version moderne du règlement intérieur ou un simple outil de pression interne. Ainsi, la question de la valeur des codes éthiques apparaît fondamentale pour juger de son utilité.

Le « profil » du code pourrait influencer l'effectivité du dispositif éthique. Même si une réponse unique à cette question paraît difficile, il existe un certain consensus sur les éléments suivants : un code trop dense en termes de contenu peut générer un problème d'intégration pour certains acteurs concernés ; un code trop synthétique ou qui ne couvre que quelques règles auxquelles les employés sont censés se conformer n'a qu'un très faible impact ; un code uniquement ou exclusivement basé sur les normes juridiques ne dit pas grand-chose des valeurs de l'entreprise

et véhicule un discours qui peut certes s'avérer cohérent dans une optique de *legal compliance*, mais n'a que peu de chance de satisfaire aux impératifs d'un dispositif d'*ethical compliance*.⁶⁹

Les codes d'éthique ne sont opposables que s'ils relèvent de la sphère du droit. Quatre facteurs paraissent déterminants à l'analyse de leur opposabilité : l'autorité des rédacteurs du code, la forme du code, le contenu du code et, enfin, le facteur temps.⁷⁰

Concernant les rédacteurs du code, l'autorité des codes d'éthique (et donc leur normativité) varie selon qu'ils émanent des organes sociaux⁷¹ qui incarnent la société et marquent leur engagement au service de l'éthique, ou seulement de la direction juridique.

S'agissant de la forme, tous les codes n'ont pas l'appellation de « codes ». Les noms donnés à ces outils reflètent cette hétérogénéité puisqu'ils sont appelés « charte éthique », « code éthique », « code d'éthique », « code de déontologie », « code de bonne conduite », ou encore « charte de valeurs », sans que cette liste ne puisse être considérée comme exhaustive. Le choix de l'intitulé de cet outil n'est pas neutre puisque l'appellation retenue reflète généralement en partie l'objectif poursuivi : un outil intitulé « charte éthique » aura généralement un contenu qui demeurera au niveau des grands principes plus ou moins incantatoires alors qu'un « code de conduite » contiendra des dispositions prescrivant des règles de conduite précises.⁷²

Concernant leur contenu, pour avoir une portée normative, les codes d'éthique doivent promouvoir des valeurs largement partagées dans le groupe et susciter l'adhésion. L'étude menée par l'Institut droit éthique patrimoine (IDEP) a montré que les valeurs mises en avant par les codes d'éthique des sociétés du CAC 40 sont celles dont l'intensité juridique est la plus marquée, à tel point que le respect de certaines d'entre elles est assuré par le droit positif lui-même⁷³ :

- l'intégrité, la confiance, le respect de l'être humain, la transparence ou la protection de l'environnement ;
- la responsabilité, la sécurité au travail, la lutte contre la corruption, les discriminations, le blanchiment d'argent, les exigences en matière de diversité ainsi que le principe de libre concurrence.

De plus, la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), qui bénéficie en France d'une consécration législative,⁷⁴ a un réel impact sur les codes d'éthique. En effet, la plupart des codes éthiques ne se contentent pas seulement de reprendre les principes RSE mais s'étendent à de nouveaux champs (dans la finance, la gestion, les ressources

admittedly prove coherent from a legal compliance perspective, but which has little chance of fulfilling the requirements of an ethical compliance system.

Codes of ethics are legally enforceable only if they come within the sphere of the law. Four factors seem decisive in analysing their enforceability: the authority of the writers of the code, the form of the code, the content of the code and, finally, time.

Regarding the writers of the code, the authority of codes of ethics (and hence their normativity) varies depending on whether they come from the statutory corporate bodies that incarnate the company and indicate their commitment to serving ethics, or merely from the Legal Department.

Regarding the form, not all the codes are called "codes". The names given to these tools reflect this heterogeneity, because they are called "ethics charter", "ethical code", "code of ethics", "code of good practice", "code of good conduct" or else "charter of values", and this list cannot be considered exhaustive. The choice of title for this tool is not neutral, because the name chosen generally partly reflects the objective pursued: a tool entitled "ethics charter" will generally have a content that will stay on the level of more or less incantatory grand principles; whereas a "code of conduct" will contain provisions stipulating precise rules of good conduct.

Regarding their content, to have a normative scope, codes of ethics should promote values that are largely shared in the group and arouse support. The study carried out by the *Institut Droit Ethique Patrimoine* (IDEP) has shown that the values highlighted by the codes of ethics of CAC 40 companies are those whose legal intensity is most pronounced, to such an extent that compliance with some of them is ensured by positive law itself:

- integrity, trust, respect for human beings, transparency and environmental protection;
- responsibility, safety at work, anti-corruption, discrimination, money laundering, requirements regarding diversity and the principle of free competition.

Moreover, Corporate Social Responsibility (CSR), which is enshrined in France by the legislation, has a real impact on codes of ethics. Most codes of ethics do not merely repeat the CSR principles but extend to new fields (in finance, administration, human resources, marketing and intellectual property). The fact of going beyond pure CSR confers on codes of ethics a

very special interest to the extent that they appear as a remedy for certain situations not easily grasped by law, such as conflicts of interests.

Regarding the time factor, we can make the assumption that the acquisition of a normative scope by a code implies a certain length of time, necessary for management to organise internal training courses and for the recipients of the code to know it and assimilate it.

The effectiveness of codes of ethics is highlighted by any obligations imposed on their recipients and the penalties associated with breaches of the code. Some codes of ethics impose obligations on their recipients. For example, by adding the code of ethics to the internal rules it is possible to implement the scale of penalties in case of breaches of the code. This requires information and consultation of the Works Council (opinion of the CHSWC (Commission on Health and Safety and Workers' Compensation), in matters coming within its competence; opinion of the Works Council or, failing that, the employee representatives; control by the labour authorities). Moreover, it must be posted in the workplace. To be legally enforceable, the code of ethics must be written in French and included in the employment contract. It is forbidden to apply financial penalties to employees. Some practitioners recommend considering a disciplinary measure, which could go as far as dismissal.

Finally, the establishment of an ethics charter at the group level can increase the efficiency of such a tool. At present a growing number of groups of companies are establishing group ethics charters. The establishment of such a tool at the group level allows broader dissemination of the firm's ethical values and reinforces group cohesion in this respect.

Whistleblowing: toward real protection for whistleblowers?

The creation of a status for "whistleblowers" is of American inspiration. The first legislation on whistleblowers is a law of 1778 enacted by the US Congress. But whistleblowers' real birth deed is the False Claim Act enacted in 1863 during the War of Secession and still applicable today. Then it was not until 1978 that the Civil Service Reform Act provided for the protection of whistleblowers, chiefly against the risk of reprisals by their employer, while the Whistleblowing Protection Act of 1989 extended this protection to the public sector.

Based on the US example, where the practice of whistleblowing corresponds to a genuine legal tradition, the whistleblowing system has established itself in

humaines, le marketing ou encore dans la propriété intellectuelle). Le fait de dépasser la RSE pure confère aux codes éthiques un intérêt tout particulier dans la mesure où ils apparaissent comme palliant certaines situations peu appréhendées par le droit à l'instar des conflits d'intérêts.

S'agissant du facteur temps, on peut émettre l'hypothèse que l'acquisition d'une portée normative par un code suppose une certaine durée, nécessaire à la direction pour organiser des formations internes et aux destinataires du code pour le connaître et se l'approprier.⁷⁵

Les différentes obligations et les sanctions assorties aux manquements mettent en lumière l'utilité des codes éthiques. En effet, certains codes éthiques imposent de véritables obligations à leurs destinataires. Ainsi, l'adjonction du code d'éthique au règlement intérieur permet de mettre en œuvre le barème de sanctions en cas de violation du code. Elle nécessite l'information et la consultation du Comité d'entreprise (avis du CHSCT⁷⁶ dans les matières relevant de sa compétence ; avis du Comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel ; contrôle de l'administration du travail). Par ailleurs, il doit être affiché sur les lieux de travail. Pour être opposable, le code d'éthique doit être rédigé en français et inclus dans le contrat de travail. Les sanctions pécuniaires prises à l'encontre des salariés sont interdites. Certains praticiens préconisent d'envisager une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement.

Ainsi, la mise en place d'une charte éthique au niveau du groupe permet d'accroître l'efficacité d'un tel outil. Aujourd'hui de plus en plus de groupes de sociétés mettent en place des chartes éthiques de groupe. La mise en place d'un tel outil au niveau du groupe permet une diffusion plus importante des valeurs éthiques de l'entreprise et renforce la cohésion du groupe à cet égard.

L'alerte éthique : vers une véritable protection des lanceurs d'alerte ?

La création d'un statut pour les « lanceurs d'alerte » est d'inspiration américaine. En effet, le premier texte sur les lanceurs d'alerte est une loi de 1778 adoptée par le Congrès des États-Unis. Mais, le véritable acte de naissance des lanceurs d'alerte est le *False Claim Act* adopté en 1863 pendant la guerre de Sécession et toujours applicable à ce jour. Viendra ensuite le *Civil Service Reform Act* de 1978 qui prévoit une protection des lanceurs d'alerte principalement contre les risques de représailles de leur employeur, et le *Whistleblowing Protection Act* de 1989 qui étend cette protection au secteur public.⁷⁷

A partir de l'exemple américain, où la pratique de l'alerte éthique correspond à une véritable tradition juridique, le système d'alerte s'est imposé en Europe sur la base d'une

série de textes internationaux et européens relayés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), puis par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).⁷⁸

Certains grands groupes français se sont familiarisés avec les dispositifs d'alerte professionnelle du fait de la loi américaine du 30 juillet 2002 sur la réforme de la comptabilité des sociétés cotées et la protection des investisseurs dite « Loi Sarbanes-Oxley » (SOX). Insérés dans les programmes de conformité, ces dispositifs entendent contribuer à la responsabilité sociale de l'entreprise. Ainsi, le salarié a à sa disposition un numéro de téléphone, une adresse électronique ou un formulaire en ligne sur un site sécurisé.⁷⁹ Le traitement des alertes est entouré de garanties de confidentialité. Conformément à la délibération de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) du 30 janvier 2014 sur « une autorisation unique » permettant aux entreprises de se limiter à une déclaration de conformité de leur dispositif, l'identité de l'émetteur de l'alerte demeure confidentielle, mais celui-ci, sauf exception, doit tout de même s'identifier. Il est ici important de rappeler que la CNIL a étendu le champ d'application de l'autorisation unique, qui était limité à l'origine aux finalités de dénonciation de fraudes comptables et délits financiers conformément à la loi SOX.⁸⁰ Aujourd'hui l'autorisation unique concerne pratiquement toutes les finalités.

Le lanceur d'alerte est au cœur de l'actualité puisque le projet de loi dit « Sapin II » y consacre un chapitre entier. En effet, le chapitre II du titre I sur la corruption contient des dispositions nouvelles relatives au statut du lanceur d'alerte. L'article 6A du texte contient la définition du lanceur d'alerte :

« Un lanceur d'alerte est une personne qui révèle, dans l'intérêt général et de bonne foi, un crime ou un délit, un manquement grave à la loi ou au règlement, ou des faits présentant des risques ou des préjudices graves pour l'environnement ou pour la santé ou la sécurité publique, ou témoigne de tels agissements. »⁸¹

Plusieurs organisations, à l'instar de Transparency International, regrettent le caractère trop restrictif, à leurs yeux, de cette définition.⁸² Pourtant, il semble que cette définition regrouperait suffisamment d'hypothèses et nous pouvons saluer les justifications du Ministre⁸³ selon qui une définition plus large donnerait « lieu à des contentieux, source d'insécurité juridique ».

En outre, l'introduction d'un mécanisme de financement de la protection juridique des lanceurs d'alerte (art.6 du projet de loi) est l'autre point phare du texte.⁸⁴ En effet, le

Europe on the basis of a series of international and European texts backed up by legal decisions of the European Court of Human Rights (ECHR), and then by the Court of Justice of the European Union (CJEU).

Some large French groups have become familiar with business whistleblowing systems due to the US law of 30 July 2002 on accounting reform for listed companies and investor protection, the so-called Sarbanes-Oxley Act (SOX). These systems, included in compliance programmes, plan to contribute to CSR. Employees have at their disposal a phone number, an email address or an online form on a secure website. The treatment of whistleblowing is surrounded by guarantees of confidentiality. In accordance with the resolution of French data protection agency CNIL of 30 January 2014 on "a single authorization" allowing companies to merely make a declaration of conformity of their system, the identity of the whistleblower remains confidential, but, except in some cases, the whistleblower must nevertheless identify himself or herself. It is important to mention here that the CNIL has extended the scope of application of the single authorisation, which was originally limited to the purpose of denunciation of accounting fraud and financial offences in accordance with the SOX Act. The single authorisation now covers practically all purposes.

The whistleblower is topical news, because the so-called Sapin II government Bill devotes a whole section to the subject. Chapter II of Title I on corruption contains new provisions relating to whistleblower status. Article 6A of the text contains the definition of a whistleblower:

"A whistleblower is a person who reveals, in the public interest and in good faith, a crime or an offence, a serious violation of the law or regulations, or facts involving serious risks or harm for the environment or for public health or safety, or who is a witness of such behaviour."

Several organisations, such as Transparency International, regret that this definition is, in their opinion, excessively restrictive. However, it seems that this definition covers a sufficient number of possible cases, and we can pay tribute to the justifications of the minister, in whose opinion a broader definition would give "rise to disputes, and be a source of legal insecurity".

The introduction of a mechanism for financing the legal protection of whistleblowers (art.6 of the government Bill) is the other key point in the legislation. The

“Defender of Rights” would be responsible for whether or not to grant financial aid to the whistleblower.

Moreover, the government Bill provides for an obligation of establishing internal alert systems. Article 8 of the government Bill requires that all firms employing more than 500 employees and with annual revenues exceeding €100 million establish internal procedures to enable their personnel to report any violation.

Défenseur des droits serait chargé d'accorder ou non une aide financière au lanceur d'alerte.

Enfin, le projet de loi prévoit une obligation de mettre en place des dispositifs interne d'alerte. L'article 8 du projet de loi imposerait à toutes les entreprises employant plus de 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros d'instaurer des procédures internes pour permettre à leur personnel de signaler tout manquement.⁸⁵

Notes

1. C. Bartlett et S. Ghoshal, *Managing Across Borders: The Transnational Solution*, 2^{ème} édition (Harvard Business Review Press, 2002). Voir également G.S. Yip et G.T. M. Hult, *Total Global Strategy*, 3^{ème} édition (Pearson, 2011).

2. Article L.233-3 C. com. « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.-Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.-Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. »

Article L.233-4 C.com. : « Toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société. »

3. Règlement C.R.C. N°2004-01 du 4 mai 2004.

4. Article L.233-39 C.com. : « Une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10 %.

A défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement. Si les investissements réciproques sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire le sien, de telle sorte qu'il n'excède pas 10 % du capital de l'autre.

Lorsqu'une société est tenue d'aliéner les actions d'une autre société, l'aliénation est effectuée dans le délai fixé par décret en Conseil d'État. La société ne peut exercer les droits de vote attachés à ces actions. »

5. Article L.247-3 al. 1 C.com. : « Est puni d'une amende de 18 000 € le fait, pour les présidents, les administrateurs, les membres du directoire, les directeurs généraux ou les gérants de sociétés, de contrevenir aux dispositions des arts L. 233-29 à L. 233-31. »

6. Article L.511-5 C. mon. Fin. : « Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel.

Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement. »

7. Article L.511-7 Code mon. Fin.

8. Rapport annuel du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, 2008.

9. Cass. com., 13 novembre 2007, N°06-15.826 :

En matière de caution hypothécaire consentie par une filiale au profit de sa mère.

10. Cass, Crim., 6 avril 2016, N° 15-80.150 :

Pour rejeter le pourvoi contre l'arrêt infirmatif de relaxe des prévenus des faits d'abus de bien sociaux pour avoir perçu des commissions au travers d'une société de courtage dans laquelle ils étaient intéressés grâce à l'utilisation du portefeuille de contrats d'assurance d'une société de gestion de portefeuille, pour avoir transféré sans contrepartie ce portefeuille à la première et pour avoir utilisé par celle-ci le personnel et les moyens de la société de gestion, la Chambre criminelle de la Cour de cassation retient qu'ils avaient agi dans le cadre de la nouvelle organisation du groupe, répartissant les rôles entre la société de gestion de portefeuille des contrats d'assurance et la nouvelle société de courtage de sorte que le déséquilibre entre ces sociétés résultait de cette organisation et non de la volonté délibérée des prévenus.

11. Cass. Com., 15 octobre 1974, N°73-12.391 :

Pour casser l'arrêt d'appel, la Cour de cassation relève que la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en se bornant uniquement à affirmer l'identité de la personne des dirigeants sociaux, sans faire apparaître l'existence d'un lien de droit entre les parties à l'instance.

12. V. Cass. Com., 13 janvier 2009, N°07-17.141 et Cass. Com. 6 mai 1991, N°89-18-969.

13. Cass. ass. plén., 9 octobre 2006, N°06-11.056.
14. Le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) est une loi fédérale américaine de 1977 relative à la lutte contre la corruption. Il a été complété et renforcé par l'*International Anti-Bribery Act* en 1998.
15. L'*UK Bribery Act 2010* (UKBA) est une loi britannique relative à la répression et la prévention de la corruption.
16. Décision N°2015-462 QPC du 18 mars 2015.
17. Cass. crim., 25 septembre 2012, N°10-82.938 :
Dans l'« Affaire ERIKA », la responsabilité de la société mère a été engagée du fait d'une carence dans l'application des règles de contrôle interne que la société avait volontairement mis en place. La Cour de cassation attribue donc, à cette occasion, un caractère contraignant aux normes créées par l'entreprise elle-même.
18. M.-A. Moreau, « La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée » (1992) 53 *Travail et Emploi* 58.
19. Date de la dernière parution de statistiques sur ces données.
20. INSEE, « Tableau de l'économie française », édition 2011 citant INSEE, « Images économiques des entreprises et des groupes au 1er janvier 2008, Résultats » (avril 2010) 42 *Economie*.
21. INSEE, « Images économiques des entreprises et des groupes au 1er janvier 2007, Résultats » (avril 2009) 42, *Economie* : Au 1er janvier 2007, les sociétés relevant de groupes employaient 57% des salariés hors secteur financier, et représentaient 62% des investissements hors apports.
22. Le but fondamental de toute forme de démarche probatoire—et pour ce qui nous concerne, la preuve de l'existence ou non de la notion de groupe—est d'atteindre une vérité la plus proche possible de la réalité. Cependant, la vérité juridique n'est pas nécessairement et strictement conforme à la réalité (Ph. Malaurie et P. Morvan, *Droit civil - introduction générale*, n°177) ; la recherche permanente d'efficacité par le grand percepteur étatique a cependant amené le législateur à établir une vérité fiscale assez proche de la réalité économique.
23. Pour plus de précisions sur le régime de l'intégration fiscale, voir les arts 223 A à U du Code général des impôts (CGI) ainsi que, pour la doctrine de l'administration fiscale : BOI-IS-GPE-20160302.
24. Sous réserve du respect de l'intérêt social des sociétés à l'intérieur dudit périmètre.
25. Articles 145 et 216 du CGI.
26. P. Saint-Amans est l'un des principaux experts intervenant dans le plan d'action Beps. Il a rejoint l'OCDE en 2007 après avoir rempli des fonctions à la Direction française de la législation fiscale puis à la Direction générale des finances publiques.
27. L'Express, entretien au sujet de l'affaire Swissleaks : « Le secret bancaire est condamné », 20 février 2015.
28. OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, édition 2010.
29. Doctrine administrative, BOI-BIC-BASE-80-1.
30. Une entreprise n'est soumise à cette obligation de dépôt que dans les hypothèses suivantes : CA annuel HT ou actif brut supérieur ou égal à 400 millions d'euros ; détention de plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une entité juridique remplissant la première condition ; avoir plus de la moitié du capital ou des droits de vote détenus à la clôture de l'exercice par une entité juridique remplissant la première condition ; ou appartenir à un groupe intégré fiscalement comprenant au moins une personne morale satisfaisant l'une des conditions précédentes.
31. Sur le fondement de l'article L.13 B du Livre des procédures fiscales.
32. L'Organisation de coopération et de développement économiques est une organisation internationale d'études économiques. Forte de ses 34 pays membres, elle vise à formuler des propositions qui seront ensuite reprises dans la législation desdits pays, avant, éventuellement, de se propager plus largement.
33. Erosion de la base imposable et transfert de bénéfices.
34. Article 223 quinquies B du CGI, issu de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. Une entité n'est soumise à cette obligation de dépôt que dans les hypothèses suivantes : CA annuel HT ou actif brut supérieur ou égal à 400 millions d'euros ; détention de plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une entité juridique remplissant la première condition ; avoir plus de la moitié du capital ou des droits de vote détenus à la clôture de l'exercice par une entité juridique remplissant la première condition ; ou appartenir à un groupe intégré fiscalement comprenant au moins une personne morale satisfaisant l'une des conditions précédentes.
35. OCDE (2014), *Instructions relatives à la documentation des prix de transfert et aux déclarations fiscales pays par pays, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, éditions OCDE p.20.
36. P. Saint-Amans, « Où en est-on du plan d'action Beps ? », interviewé dans *Feuilleton Rapide Fiscal / Social* 3/15, Editions Francis Lefebvre.
37. Union européenne, *Code de conduite relatif à la documentation des prix de transfert pour les entreprises associées au sein de l'UE* (EU TPD), n° 2006/C 176/01, 27 juin 2006.
38. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité Économique et Social européen a propos du forum; sur les prix de transfert dans l'Union de la période de juillet 2012 à janvier 2014, COM (2014) 315 finale, 4 juin 2014, p.4 : « un standard de documentation commune ».
39. G8, Lough Erne (2013), p.1.
40. De nombreux rapports de l'Assemblée nationale et du Sénat rappellent ces dispositions étrangères afin d'évoquer la possibilité d'adopter une démarche similaire en France. L'OCDE fait de même.

41. International Revenue Code, section 6111.
42. International Revenue Code, section 6707.
43. L'excédent des intérêts versés sur les intérêts perçus ne pourrait désormais plus être déduit fiscalement qu'à hauteur de 30 % de l'EBITDA de l'entreprise.
44. M. Koehler De Montblanc et P. Faitot, « Exigence de conformité » [2012] *Revue Lamy de la Concurrence*.
45. Koehler De Montblanc et Faitot, « Exigence de conformité » [2012] *Revue Lamy de la Concurrence*.
46. E. Breen, « La peine de mise en conformité dans le projet de loi Sapin II : l'habit est beau, mais il a été mis à l'envers » (6 juin 2016) 23 *La Semaine Juridique, Edition Générale* 651.
47. Koehler De Montblanc et Faitot, « Exigence de conformité » [2012] *Revue Lamy de la Concurrence*.
48. Koehler De Montblanc et Faitot, « Exigence de conformité » [2012] *Revue Lamy de la Concurrence*.
49. P.-Ph. Boutron-Marmion, « Les risques liés à la corruption » [2011] *Revue Lamy Droit des Affaires*.
50. Code modèle de conduite pour les agents publics, Annexe à la recommandation n°R (2000) 10 du Comité des ministres aux Etats membres sur les codes de conduite pour les agents publics.
51. Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents annexes, entrée en vigueur le 15 février 1999, annexe II : Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité.
52. « *failure to prevent failure* ».
53. E. Caradec, « 3 questions UK Bribery Act : les sociétés françaises sont-elles aussi concernées ? » (14 avril 2016) 15 *La Semaine Juridique Entreprise & Affaires* 318.
54. Qu'elles « conduisent des affaires » selon le texte.
55. Boutron-Marmion, « Les risques liés à la corruption » [2011] *Revue Lamy Droit des Affaires*.
56. Caradec, « 3 questions UK Bribery Act : les sociétés françaises sont-elles aussi concernées ? » (14 avril 2016) 15 *La Semaine Juridique Entreprise & Affaires* 318.
57. Caradec, « 3 questions UK Bribery Act : les sociétés françaises sont-elles aussi concernées ? » (14 avril 2016) 15 *La Semaine Juridique Entreprise & Affaires* 318.
58. Le texte définitif devrait être adopté en septembre ou en octobre.
59. O. Hielle, « Les principales mesures du projet de loi SAPIN II » (16 juin 2016) *Dalloz Actualités*.
60. « *Transparency International* » est une ONGI d'origine allemande ayant pour principale vocation la lutte contre la corruption des gouvernements et institutions gouvernementales mondiaux.
61. Boutron-Marmion, « Les risques liés à la corruption » [2011] *Revue Lamy Droit des Affaires*.
62. « Principes de conduite des Affaires » de la société Danone : http://www.danone.com/fileadmin/user_upload/Investisseurs/Gouvernance/FR/Statuts_et_principes_de_bonne_conduite_des_affaires/DANONE_PRINCIPES_DE_CONDUITE_DES_AFFAIRES_DE_DANONE.pdf.
63. Boutron-Marmion, « Les risques liés à la corruption » [2011] *Revue Lamy Droit des Affaires*.
64. C. Mercier Havsteen, « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises » (juillet 2014) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise*, entretien 4.
65. Entreprise de taille intermédiaire.
66. Petite et moyenne entreprise.
67. Mercier Havsteen, « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises » (juillet 2014) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise*, entretien 4.
68. Mercier Havsteen, « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises » (juillet 2014) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise*, entretien 4.
69. Mercier Havsteen, « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises » (juillet 2014) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise*, entretien 4.
70. Mercier Havsteen, « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises » (juillet 2014) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise*, entretien 4.
71. Conseil d'administration, Conseil de surveillance, par exemple.
72. Boutron-Marmion, « Les risques liés à la corruption » [2011] *Revue Lamy Droit des Affaires*.
73. Mercier Havsteen, « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises » (juillet 2014) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise*, entretien 4.
74. Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 et arrêt du 13 mars 2013.
75. Mercier Havsteen, « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises » (juillet 2014) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise*, entretien 4.
76. Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail.
77. N. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte- Une innovation française venue d'Outre-Atlantique » (15 octobre 2015) 42 *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 1492.
78. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte- Une innovation française venue d'Outre-Atlantique » (15 octobre 2015) 42 *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 1492.

79. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte- Une innovation française venue d'Outre-Atlantique » (15 octobre 2015) 42 *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 1492.
80. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte - Une innovation française venue d'Outre-Atlantique » (15 octobre 2015) 42 *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 1492.
81. Hielle, « Les principales mesures du projet de loi Sapin II » (16 juin 2016) *Dalloz Actualités*.
82. Selon l'ONG cette définition « risque ainsi de ne pas couvrir tous les cas de figure pour lesquels un signalement pourrait être effectué ».
83. Michel Sapin.
84. N. Lenoir et A. Jaquin, « Les lanceurs d'alerte dans le projet de loi SAPIN II » (7 avril 2016) 14 *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* ac.291.
85. Lenoir et Jaquin, « Les lanceurs d'alerte dans le projet de loi SAPIN II » (7 avril 2016) 14 *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* ac.291.