



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

MASTER 2 DROIT COMPARÉ DES AFFAIRES
DIRIGÉ PAR MADAME LE PROFESSEUR MARIE GORÉ
2020-2021

**Une culture éthique des affaires contre la
corruption transnationale : enjeux de la *compliance***

Etude de droit comparé : États-Unis / France

Colombe Monsaingeon

Sous la direction de Monsieur le Professeur Laurent Convert



Séjour de recherche effectué à l'Université de Columbia

On ne badine pas avec la compliance ...
Marie-Anne Frison-Roche

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je souhaite témoigner ma reconnaissance.

Je tiens à remercier mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Laurent Convert, pour sa disponibilité et ses judicieux conseils.

J'exprime ensuite ma gratitude à Madame le Professeur Marie Goré et aux Professeurs de l'Institut de Droit Comparé de l'Université Paris II Panthéon Assas, pour l'enrichissante expérience, tant humaine qu'académique, que fut le Master 2 Droit Comparé des Affaires.

Je remercie enfin, ma famille et mes amis pour leur présence, leurs multiples et nécessaires encouragements durant ces cinq années de droit.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	P.4.
SOMMAIRE.....	P.5.
LISTE DES ABREVIATIONS.....	P.7.
INTRODUCTION.....	P.8

Première partie : Un encadrement plus strict aux États-Unis qu'en France.....	P.12.
--	--------------

<u>Titre I : Une pluralité de sources législatives et réglementaires.....</u>	<u>P.13.</u>
---	--------------

Chapitre 1 : Naissance et histoire du FCPA.....	P.13.
---	-------

Section I : Champ d'application et interprétation.....	P.16.
--	-------

Section II : Les autorités de poursuites américaines : le DOJ & la SEC.....	P.21.
---	-------

Chapitre 2 : Naissance et histoire de la loi Sapin 2.....	P.24.
---	-------

Section I : Champ d'application et interprétation.....	P.25.
--	-------

Section II : Les autorités compétentes en France : le PNF & l'AFA.....	P.28.
--	-------

<u>Titre II : De la sanction à la prévention.....</u>	<u>P.33.</u>
---	--------------

Chapitre 1 : Une alternative envisageable.....	P.33.
--	-------

Section I : Des sanctions de nature différente.....	P.33.
---	-------

Section II : La justice négociée, un concept atypique mais influent.....	P.40.
--	-------

Chapitre 2 : Le programme de mise en conformité au cœur de la lutte contre la corruption transnationale.....	P.48.
--	-------

Section I : Une diversité de méthodes garantissant un combat effectif.....	P.49.
--	-------

Section II : La perception de la loi Sapin 2 à l'étranger.....	P.53.
Deuxième partie : Une prise en compte variable de la réglementation par les sociétés.....	P.55
<u>Titre I : Réception des lois anticorruption par les entreprises.....</u>	<u>P.55.</u>
Chapitre 1 : La loi Sapin 2 entre contrainte et opportunité.....	P.55.
Section I : L'émergence d'une profession, le <i>compliance officer</i> : évolution, missions, responsabilités.....	P.56.
Section II : Témoignage de divers professionnels quant à ces réglementations.....	P.61.
Chapitre 2 : L'instrumentalisation de l'arsenal juridique en matière de corruption.P.64.	
Section I : Une législation anticorruption outrepassant l'unique préoccupation morale.....	P.65
Section II : Une nouvelle géopolitique de la norme.....	P.70.
<u>Titre II : Vers un droit européen de la <i>compliance</i>.....</u>	<u>P.75.</u>
Chapitre 1 : Un devoir d'achèvement du modèle français de <i>compliance</i> en matière de lutte contre la corruption.....	P.75.
Section I : Améliorer le modèle français de <i>compliance</i>	P.75.
Section II : Des approfondissements de rigueur en vue d'achever le modèle français.....	P.78
Chapitre 2 : La construction d'un modèle européen de <i>compliance</i> en matière de lutte contre la corruption.....	P.80.
Section I : Une harmonisation du droit européen en matière de lutte contre la corruption transnationale.....	P.81.
Section II : Une coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale.....	P.83.
CONCLUSION.....	P.86.
BIBLIOGRAPHIE.....	P.88.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AFA :	Agence française anticorruption
CFR :	Code of Federal Regulation
CJIP :	Convention Judiciaire d'Intérêt Public
CRPC :	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
DPA :	Deferred Prosecution Agreement
FCPA :	Foreign Corrupt Practices Act
FIFA :	Fédération internationale de football association
GRECO :	Groupe d'États contre la corruption
HATVP :	Haute autorité pour la transparence de la vie publique
NPA :	Non Prosecution Agreement
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économique
PNF :	Parquet national financier
RSE :	Responsabilité sociétale des entreprises
SCPC :	Service central de prévention de la corruption
SEC :	Securities and Exchange Commission
USC :	United States Code
USSG :	United States Federal Sentencing Guidelines

INTRODUCTION

L'échec du procès pénal à réprimer la corruption internationale et plus largement la délinquance économique et financière des entreprises mondialisées est un constat connu.¹ En droit français, l'infraction de corruption active d'agent public étranger a été introduite par une loi du 30 juin 2000, adoptée dans le cadre de la ratification de la convention de l'OCDE « sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » de 1997. À la suite de dénonciations émanant d'organisations internationales et non gouvernementales, des conditions favorables à l'application extraterritoriale de certaines lois étrangères comme le *Foreign Corrupt Practices Act* américain ont été créées à l'égard des entreprises françaises. Parmi elles, nous pouvons citer Airbus, Alcatel-Lucent, Technip, Total, Alstom pour ne mentionner que ces entreprises. Toutes ont été sanctionnées par les autorités judiciaires américaines.

La corruption quelle qu'en soit sa forme, a un impact catastrophique sur les sociétés. Elle sape les institutions démocratiques, ralentit le développement économique, contribue à l'instabilité gouvernementale en favorisant la méfiance des populations. Christine Lagarde précise que : « d'une manière plus générale, la corruption endémique peut fissurer les fondements d'une économie saine en dépréciant les normes sociales et en sapant les vertus civiques. Quand les riches ne paient pas leurs impôts, c'est l'ensemble du système qui perd en légitimité. Lorsque la tricherie est récompensée, lorsqu'il apparaît que les règles du jeu ne sont pas les mêmes pour les nantis, la confiance cède le pas au cynisme et la cohésion sociale se fragmente. » Ce fléau impacte ainsi, la sphère économique mais aussi sociale, juridique, politique. Selon le Fonds Monétaire International, le coût des pots-de-vin versés chaque année dans le monde s'élève à 2 000 milliards de dollars, cela représente près de 2% du PIB mondial.²

La corruption toute entière m'intéresse mais j'ai décidé d'axer mon sujet sur la corruption transnationale estimant qu'elle est plus pertinente à l'étude comparative entre le droit français

¹ Voir en particulier, faisant ce constat : Garapon, Servan-Schreiber, Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée, PUF, 2013.

² Figaro : Trois chiffres édifiants démontrent que la corruption gangrène le monde. Hayat Gazzane. Publié le 9 décembre 2017.

et le droit aux États-Unis. Outre les moyens classiques de répression de la corruption transnationale, parfois insuffisants, la conformité et tout ce qu'elle implique, constitue un instrument nouveau dans le paysage juridique français en matière de lutte contre la corruption. En effet, c'est depuis l'entrée en vigueur en 2016 de la Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2 qu'une véritable prise de conscience est apparue. Toutes les entreprises n'ont pas attendu 2016 pour insuffler une culture éthique dans leurs équipes mais depuis cette loi, un programme de mise en conformité s'impose à certaines entreprises entrant dans le champ d'application. Ce qui est très intéressant avec cette législation c'est d'une part son contenu et les nouveautés apportées mais aussi le contexte dans lequel elle a émergé. Il a longtemps été reproché à la France, de ne pas réprimer la corruption, pire, de la cautionner. Raison pour laquelle, certains pays étrangers, principalement les Etats-Unis, se sont octroyés le droit de condamner les entreprises françaises, européennes de façon plus générale, faute de législation dissuasive et répressive en la matière.

Cette lutte contre la corruption, outre son aspect moral, a été au fil du temps, instrumentalisée. À écouter les Etats-Unis qui se sont imposés comme les gendarmes du monde, s'ils se sont mêlés à des affaires de corruption transnationale effectuées sur le sol européen, c'est parce que les pays concernés ne réprimaient pas ces agissements. Sous couvert d'une absence de répression, les Etats-Unis ont légitimé leurs interventions, interventions rendues d'autant plus possibles, que le FCPA nous l'étudierons, est un texte extrêmement sévère du fait de son caractère extraterritorial. C'est donc pour retrouver sa souveraineté nationale que la France a légiféré en incluant un programme de mise en conformité pour certaines entreprises, la possibilité de conclure une convention judiciaire d'intérêt public, mécanisme qui a été inspiré du système américain.

Le mot *compliance*, d'origine anglo-saxonne, se traduit littéralement en français par le terme « conformité ». La notion est née aux Etats-Unis, à l'occasion de la crise financière de 1929, laquelle a fait émerger l'idée qu'il faille mettre en place des mesures d'autocontrôle et de contrôle pour protéger le système bancaire international. Si la *compliance* a ainsi été longtemps cantonnée au monde bancaire et financier, elle a gagné aujourd'hui tous les secteurs de l'activité économique. Le Droit de la concurrence précisément, a pleinement intégré ce concept, notamment dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la protection des données personnelles et des droits humains, ou

encore la lutte contre la corruption. Cette notion ne se borne pas à l'application du droit en vigueur, il s'agit d'un faisceau de comportements, d'actions et de procédures tournés, de manière convergente, vers la mise en œuvre de normes socialement utiles et, bien souvent, fondamentales.³ Sylvie Kandé de Beaupuy, *chief compliance officer* chez Airbus, a évoqué l'importance de différencier le « *nice to have* » du « *must have*. »

Le directeur juridique Aurélien Hamelle précise que « la *compliance* en tant que domaine d'activité est née de l'application des règles « anti » : anti-blanchiment et anti-corruption au premier chef. C'est donc un corps de règles ou de bonnes pratiques qu'il convient de suivre pour éviter de commettre une illégalité grave, le plus souvent de nature pénale ou susceptible de générer un risque très significatif. (Sanctions pénales ou dommages-intérêts élevés). »⁴ Ce dernier ajoute à cet égard que ce sont dégagés quelques critères permettant de mieux appréhender la *compliance* : « existence de règles supranationales d'application extraterritoriale, fixation de normes détaillées de comportement visant à éviter la survenance d'une violation, sanctions d'une sévérité telles qu'elles sont significatives pour la réputation et les résultats financiers des entreprises ». ⁵

La *compliance* est au cœur des préoccupations parce que son instrumentalisation à des fins de domination économique lui confère une nouvelle dimension stratégique. Outre les enjeux de puissance et de compétitivité, elle ne se résume pas non plus à un respect strict de la loi. En effet, comme l'explique Daniel Tricot, le président du Cercle de la Compliance, c'est tout un volet tenant à la protection de l'image de la marque, d'une entreprise qui est abordé. À cela Anne Piot d'Abzac, *chief risk officer* du groupe pharmaceutique Ipsen ajoute que « la crédibilité, la réputation, les sanctions financières exemplaires, la perte de confiance des employés ou des investisseurs, la perte d'attractivité pour les jeunes diplômés ou talents en général » sont des enjeux majeurs de la *compliance*, raison pour laquelle toute entreprise quel que soit sa taille, a intérêt à instaurer un programme global d'éthique et de conformité.

Ce mémoire de recherche vise d'abord, à étudier les deux principales législations en matière de corruption transnationale aux Etats-Unis et en France. Il met par ailleurs en lumière,

³ Jacques Mestre, *Revue Lamy Droit civil*, n°181, 1^{er} mai 2020 : *Compliance*.

⁴ Aurélien Hamelle, *Un exemple de bonnes pratiques en matière de compliance*, RLDA 2017/25, n°6189.

⁵ *Ibid.*

l'instrumentalisation générale de cette lutte inhérente à la guerre économique menée par les Etats-Unis. Enfin, ce mémoire a vocation à expliquer l'intérêt de la *compliance*, utilisée comme moyen de prévention et de répression.

PARTIE I : Un encadrement plus strict aux US qu'en France en matière de corruption transnationale

Définition de la corruption dans le code pénal français. Dans le cadre de ce mémoire de recherche, il s'agira d'évoquer les législations et réglementations françaises et américaines, bien que l'Angleterre notamment, ait eu une place centrale dans la lutte contre la corruption transnationale. L'article 433-1 du Code Pénal français dispose que la corruption active est le fait par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui, soit pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat. L'article 432-11 dudit Code définit la corruption passive comme le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, présents ou avantages pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, mission ou mandat.⁶ Par conséquent, est réprimée la corruption commise par la personne corrompue ou par celle qui corrompt.

Cette infraction présente un paradoxe selon le professeur Bruno Oppetit, d'un côté la corruption est unanimement réprouvée et de l'autre, elle est universellement répandue. Il s'agit là d'un véritable fléau dont le coût dans la zone européenne, est estimé à 120 milliards d'euros par an.

Il conviendra d'étudier les réglementations aux États-Unis puis celles en France.

⁶ Code pénal français.

Titre I : Sources législatives et réglementaires

Avant d'étudier les enjeux de la conformité et les difficultés rencontrées dans la pratique par les professionnels, il est nécessaire d'identifier les législations anti-corruption aux Etats-Unis et en France, ainsi que le contexte dans lequel elles ont émergé.

Chapitre 1 : Naissance et histoire du Foreign Corrupt Practices Act

Naissance et histoire du FCPA. En 1977, le Congrès des États-Unis adopte le *Foreign Corrupt Practices Act* il s'agira d'un évènement juridique considérable. En effet, pour la première fois, une législation nationale incrimine la corruption active d'agents publics étrangers. C'est, de la part du législateur fédéral, une vraie manifestation d'universalisme : l'entreprise américaine n'est plus autorisée à distinguer l'espace national, où elle est tenue à de stricts standards éthiques et juridiques, et un étranger plus ou moins barbare où « c'est comme ça que ça fonctionne ». ⁷ C'est aussi de manière plus pragmatique, le constat, fait dans la foulée du Watergate, que les circuits et mécanismes de la corruption nationale et transnationale sont très perméables l'un à l'autre et qu'il est indispensable de lutter de front contre les deux phénomènes. ⁸ En effet, comme pour la plupart des nouvelles lois, le FCPA n'est pas apparu de nulle part, ce sont des évènements réels et des raisons politiques qui ont motivé le Congrès américain à la promulguer.

L'affaire du Watergate. Cette affaire débute la nuit du 17 août 1972 lorsque deux cambrioleurs sont pris en flagrant délit d'effraction dans les bâtiments Watergate à Washington D.C siège du Parti démocrate américain. L'historien Ken Hughes de l'Université de Virginie explique « qu'ils ont été envoyés pour chercher des documents compromettant, raison pour laquelle ils ont tenté d'installer du matériel d'écoute dans les locaux et ont photographié des documents confidentiels des démocrates ». Le journaliste Bob Woodward démontrera par la suite que l'un d'entre eux avait travaillé pour la *Central Intelligence Agency*, l'une des agences de renseignement les plus connues des Etats-Unis.

Au-delà du scandale politique, le Watergate permet à la justice américaine de mettre à jour un système national et international de financements occultes de campagnes électorales et

⁷ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.13

⁸ *Ibid.*

notamment de la campagne présidentielle de Richard Nixon en 1973, d'achat de postes d'ambassadeurs et de corruption d'agents publics étrangers. Le journal américain *Washington Post* affirme qu'un chèque de 25 000 dollars prévu pour le financement de la campagne présidentielle de Richard Nixon a été encaissé sur le compte d'un des cambrioleurs. À la suite de cette révélation, le Congrès américain ordonne un audit du Parti républicain conduit par le *General Accounting Office* (GAO), lequel aboutit à la découverte d'une caisse noire contenant plus d'une centaine de milliers de dollars de fonds apparemment blanchis au Mexique. Le ministère de la Justice américaine, le *Department of Justice* ainsi que le régulateur boursier, la *Securities and Exchange Commission* mènent alors une enquête profonde durant trois années, aboutissant à la découverte d'un système de financement politique occulte et de corruption d'agents publics étrangers impliquant plus de 400 entreprises américaines.

Cette découverte est le résultat de nombreux travaux effectués par le bureau du procureur spécial du Watergate d'une part, et des travaux de suivi et les enquêtes connexes de la SEC.⁹ Le rapport de ladite Commission au sujet des paiements et pratiques illégales des entreprises énonce : En 1973, à la suite des travaux du Bureau du Procureur spécial du Watergate, plusieurs sociétés et cadres supérieurs ont été accusés d'avoir utilisés des fonds d'entreprise pour des contributions politiques internes illégales. Ces activités peuvent avoir une importance pour les investisseurs publics dont la non-divulgence peut entraîner la violation de lois fédérales relatives aux valeurs mobilières, boursières. L'enquête a révélé que de telles violations étaient effectives. En effet, le personnel a découvert des falsifications de documents financiers d'entreprise, destinées à déguiser ou dissimuler la source et l'utilisation de fonds d'entreprise détournés à des fins illégales, ainsi que l'existence de « caisses noires » secrètes, versées en dehors du système financier interne de l'entreprise. Ces fonds secrets ont été utilisés à des fins diverses dont des paiements étrangers douteux ou illégaux.¹⁰ De telles pratiques font planer un doute quant à l'intégrité et la fiabilité des registres et des livres comptables des entreprises, fondement même du système de divulgation établi par les lois fédérales sur les valeurs boursières. Par conséquent, ce rapport de la SEC n'avait pas pour objectif de déterminer l'illégalité de tels paiements nationaux et étrangers au regard du droit américain mais de déterminer s'ils devaient être divulgués aux investisseurs.

⁹ Mike Koehler, *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act*, p.932.

¹⁰ Rapport de la SEC sur les paiements et pratiques douteuses et illégales des entreprises.

Commission du sénateur Church. Parallèlement au travail de la SEC, le Comité du sénateur Church a aussi contribué à la mise en lumière de paiements douteux d'entreprises étrangères. En mai 1975, ledit sénateur a révélé que des contributions politiques illégales aux États-Unis avaient été versées par des entreprises américaines. Plus récemment la SEC a révélé que plusieurs sociétés multinationales avaient omis de déclarer à leurs actionnaires des millions de dollars de paiements *offshores*, violant ainsi les lois américaines sur l'investissement boursier. Il a été décidé à l'unanimité d'ouvrir une enquête et d'effectuer des auditions publiques dans la mesure où la préoccupation n'est pas tant la moralité privée ou publique mais il s'agit là d'une question majeure de politique étrangère pour les États-Unis.¹¹ Le sénateur Church a, à cette occasion, déclaré : « qu'il n'était pas possible de fermer les yeux sur ce problème. Il ne suffit plus de soupirer et de dire que c'est ainsi que les affaires se font. Il est temps de traiter la question pour ce qu'elle est, un grave problème de politique étrangère. »

Scandale de Lockheed. La Commission du sénateur Church a tenu des audiences concernant la société Lockheed, laquelle a fait l'objet d'investigations concernant des paiements douteux effectués directement ou indirectement à des fonctionnaires de gouvernements étrangers ou de partis politiques étrangers dans un but commercial. Il lui a été précisément reproché d'avoir versé de l'argent au premier ministre japonais Tanaka, au prince Bernhard (inspecteur général des forces armées néerlandaises) et à des partis politiques italiens. C'est au cours de l'année 1976 que la Commission Church parvint à établir que certains cadres de Lockheed ont effectivement versé des commissions à des représentants de gouvernements pour décrocher des contrats de vente d'avions militaires. A l'issue de l'enquête, Lockheed a versé 38 000 000 dollars en pots-de-vin.¹² Cette affaire a particulièrement inquiété le Congrès car durant la période de ces versements (entre la fin des années 1950 et le début des années 1970), la société Lockheed a bénéficié d'un prêt de 250 millions de dollars garanti par le gouvernement fédéral, afin d'éviter sa faillite. Un article du Washington Post déclare : « Il aurait été assez malheureux qu'une société américaine soit impliquée dans ce genre de transaction, mais la société Lockheed n'est pas considérée dans d'autres pays, comme une société américaine comme les autres. C'est la plus grande entreprise de défense américaine et elle doit son existence à des prêts garantis par le

¹¹ Déclaration du sénateur Frank Church, Les sociétés multinationales et la politique étrangères des États-Unis.

¹² Frank Browning et John Gerassi, *Histoire criminelle des États-Unis*, 2015, p.536.

gouvernement fédéral. Elle est considérée à l'étranger comme un bras du gouvernement américain. Ses méfaits ont donc causé un préjudice tant à ce pays qu'à sa réputation. »¹³

L'opinion publique américaine réalise alors à quel point il existe de liens étroits entre financement occulte des partis politiques, corruption nationale, corruption d'agents publics étrangers et crime organisé. Toutefois, au moment des faits, la corruption d'agents publics étrangers n'est pas interdite et incriminée par la législation américaine alors que ses conséquences sont désastreuses tant pour l'image du pays que pour ses relations diplomatiques et économiques à l'étranger. La SEC a donc encouragé le Congrès à légiférer en la matière et c'est ainsi que le *Foreign Corrupt Practices Act* a été promulgué le 19 décembre 1977 par le Président Jimmy Carter.¹⁴

Section I : champs d'application et interprétation du *Foreign Corrupt Practices Act*

Afin de comprendre la portée d'une loi il est en premier lieu essentiel d'en définir le champ d'application pour en déterminer les contours. Cette question présente ici un intérêt particulier en ce que le FCPA a fait l'objet d'une réforme en 1998, entraînant une extension de son champ d'application territorial. En effet, le nouvel amendement a ajouté une troisième catégorie d'acteurs, susceptible de se voir sanctionnée par cette législation américaine, qu'il conviendra d'étudier après l'étude du champ d'application originaire, résultant du texte de 1977.

Champ d'application *ratione personae*. À l'origine en 1977, le FCPA prévoyait que seules deux catégories de personnes physiques ou morales étaient soumises à cette loi et pouvaient ainsi être considérées comme des auteurs. Parmi elles, les entreprises cotées aux Etats-Unis appelées les émetteurs, les « *issuers* » d'une part, et les entreprises, citoyens ou résidents américains, d'autre part, dits les « *domestic concerns* ». Il y avait donc déjà, une potentielle extraterritorialité qui se dégageait de ce texte d'origine.

Les émetteurs ont en premier lieu été cités car susceptibles de commettre l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Le US Code pose une interdiction à tout émetteur ayant une catégorie de titres enregistrées en conformité avec la section 781 du présent titre ou qui est dans l'obligation de soumettre des rapports ainsi qu'à tout dirigeant, administrateur, employé ou représentant d'un tel émetteur ou à tout actionnaire de ce dernier agissant pour

¹³ The Washington Post, daily edition, 14 Septembre 1976.

¹⁴ Chapitre 15 du Code de la législation fédérale américaine, le *US Code* (USC).

son compte,¹⁵ qu'ils soient ressortissants américains ou étrangers. Par conséquent, dans ce premier cercle d'acteurs, sont concernées les entreprises cotées sur un marché boursier américain et celles qui, sans être cotées, sont tenues à certaines obligations déclaratives en vertu de la législation boursière américaine, le FCPA s'appliquera alors quels que soient la nationalité, la forme sociale ou le lieu de l'incorporation ou du siège social de l'entreprise.

Le deuxième cercle est constitué des entités nationales, ces dernières sont définies par le US Code comme « tout individu, qu'il soit citoyen ressortissant ou résident des Etats-Unis ; et toute société, partenariat, organisation, société par actions, *trust*, organisation dénuée de personnalité morale, ou entreprise individuelle soumis aux lois des Etats-Unis ou de tout Etat, territoire, possession ou Commonwealth des Etats-Unis, ou dont le lieu principal d'activité se situe aux Etats-Unis ». Comme pour les émetteurs, tout dirigeant, administrateur, employé, représentant et actionnaire agissant au nom d'une entité nationale peut se voir appliquer, les dispositions du FCPA.

Enfin, le troisième et dernier cercle, catégorie résiduelle résultant de l'amendement de 1998 comprend toute personne autre qu'un émetteur ou qu'une entreprise nationale agissant sur le territoire américain. Sont donc visées les entreprises étrangères non cotées aux Etats-Unis et les ressortissants étrangers non-résidents aux Etats-Unis.

Le FCPA a donc été révisé en 1998 et a étendu sa portée internationale en posant un principe d'application extraterritorial pour les deux premières catégories d'auteurs et en créant une troisième catégorie destinée spécifiquement à saisir les sociétés étrangères.¹⁶ La réforme a d'abord précisé que pour les sociétés de droit américain, les ressortissants américains et les sociétés cotées aux Etats-Unis, l'infraction est également constituée par le fait de commettre tout acte frauduleux en dehors des Etats-Unis.¹⁷ Dès lors, par le biais de cette compétence dite « alternative » il est possible pour les autorités de poursuite américaines d'investiguer et d'examiner la conduite mondiale de tous ces acteurs. De plus, cette réforme a créé une troisième catégorie d'auteur. En effet, est concernée toute autre personne physique ou morale qui, alors qu'elle se trouve sur le territoire des Etats-Unis, agit frauduleusement.

¹⁵ 15 USC 78dd-1 (a).

¹⁶ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.24

¹⁷ Chapitre 15 du Code de la législation fédérale américaine, le *US Code* (USC).

Ainsi, alors même qu'une société n'est ni américaine, ni cotée aux Etats-Unis, un principe de rattachement territorial de l'acte de corruption subsiste. En effet, les autorités de poursuite américaines retiennent une interprétation extensive de la notion « *while in the territory of the US* ». Si la majorité des lois américaines ayant une portée extraterritoriale requièrent que l'acte entrant dans le champ de la loi ait un impact direct et substantiel sur les Etats-Unis et ses citoyens,¹⁸ de nombreuses poursuites judiciaires ont déjà été initiées alors que le lien avec le territoire américain était ténu. Par exemple, un étranger qui se rend aux Etats-Unis pour avoir un rendez-vous permettant de réaliser un acte de corruption transnationale à l'étranger, entre dans le champ des dispositions législatives.¹⁹ Toutefois, dans certaines situations, cette interprétation extensive du lien de rattachement avec les Etats-Unis est limitée. Il en a été ainsi dans la décision *US v. Hoskins* en 2015, le juge a accepté, en partie, la requête en irrecevabilité de l'accusé en statuant qu'en tant qu'étranger ne résidant pas aux Etats-Unis, il ne pouvait pas être soumis aux dispositions du FCPA puisque les faits qui lui étaient reprochés n'avaient pas eu lieu aux Etats-Unis. En revanche, il pouvait être reconnu coupable de complicité.²⁰

S'il est souvent pertinent de distinguer champ d'application *ratione personae* et *ratione loci*, au regard du FCPA, il semblerait que les deux soient imbriqués. En effet, la définition de chacun des auteurs permet de conditionner l'application de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers à un certain lien entre l'entreprise ou l'individu objet des poursuites et les Etats-Unis : lien avec le marché boursier américain, statut personnel de national ou de résidant américain ou enfin commission d'un acte de corruption sur le territoire des Etats-Unis.²¹

Les cas particuliers du complice et de l'association frauduleuse. Comme toute infraction pénale, la corruption d'agents publics étrangers peut donner lieu à complicité. À l'instar du droit français, le droit fédéral américain punit le complice au même titre que l'auteur principal : « Est punissable comme auteur principal quiconque commet une infraction

¹⁸ Note du service économique régional des Etats-Unis, 26 avril 2016, relative à « *l'extraterritorialité dans la législation américaine anti-corruption* ».

¹⁹ Department of Justice et Securities and Exchange Commission, *A resource Guide to the US FCPA*, 14 novembre 2012, p.12.

²⁰ Charles Trottmann, Emmanuelle d'Achon, Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale. Juin 2016. Rapport Inspection Générale des Finances.

²¹ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.37

envers les Etats-Unis ou contribue à sa commission par aide, encouragement, conseil, ordre, incitation ou commande. Est punissable comme auteur principal quiconque, de manière délibérée, cause un acte qui, s'il avait été commis directement par lui ou par autrui constituerait une infraction envers les Etats-Unis ». Si cette notion de complicité (*aiding and abetting*) est très large puisqu'elle couvre toutes les hypothèses dans lesquelles une personne contribue à la réalisation d'un acte délictueux, tout en prenant garde de ne pas le commettre directement²², elle ne constitue pas une infraction autonome, le complice ne saurait donc être puni sans qu'un auteur principal ne soit reconnu coupable, il en est ainsi en droit français également.²³

L'association frauduleuse quant à elle, appelée infraction de « *conspiracy* » en anglais, est en revanche, autonome. Dans le cadre du FCPA, une telle adhésion est incriminée dès lors qu'elle poursuit une finalité illicite : la réalisation de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Au-delà de l'existence d'une entente en vue d'une fin illicite, les conditions de l'association frauduleuse sont peu nombreuses : la participation personnelle à l'entente, la connaissance de la fin illicite et la réalisation d'un acte positif par l'un des associés. Cet acte n'a pas besoin d'être lui-même de nature illicite, et la preuve de ces conditions peut résulter des circonstances.²⁴

Champ d'application *ratione materiae*. Le FCPA ne vise que les actes de corruption, effectués dans un contexte commercial, autrement dit, qui s'inscrivent dans le cadre de la vie des affaires. Ce critère de la nature économique est vérifié par le *business purpose test*, et les autorités de poursuite américaines retiennent une interprétation extensive de ce dernier. Des actes relatifs à des objets aussi divers que les règles et formalités douanières et fiscales, les procédures policière, arbitrales ou judiciaires ou des autorisations administratives de tout ordre sont considérés comme entrant dans le champ d'application du FCPA.²⁵ Tout acte de corruption à des fins personnelles ne saurait donc être soumis à ladite loi fédérale. L'obtention d'un permis de construire afin de faire construire une résidence secondaire à l'étranger par exemple, ne pourrait être qualifiée de corruption et incriminée par le texte. Par ailleurs, seule

²² *Ibid.*

²³ Cass. Crim, 20 février 2008, *Bull.crim.2008* pourvoi n° 07-82.977 : affaire de corruption d'agent public français.

²⁴ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.48.

²⁵ Department of Justice et Securities and Exchange Commission, *A resource Guide to the US FCPA*, 14 novembre 2012, p.25.

la corruption active est incriminée de sorte que l'agent public étranger impliqué ne pourrait être poursuivi par ce texte. Ainsi, les agents publics au sens strict c'est à dire, tout représentant ou employé d'une autorité publique étrangère, ou de tout service, toute entité du secteur public ou d'une organisation internationale publique, ou toute personne agissant dans l'exercice de ses fonctions dans l'intérêt ou au nom de l'une de ces autorités citées, bénéficiant de la corruption, ne saurait être incriminé pour ladite infraction.

L'acte de corruption est de nature unilatérale et n'est apprécié que du seul point de vue du corrupteur, le bénéficiaire de l'infraction n'a donc pas à être nécessairement identifié. Cet acte est soit un paiement soit un don effectué en connaissance de sa destination frauduleuse, en vue d'obtenir de la part d'un agent public étranger, un avantage indu dans la vie des affaires.²⁶ Le US Code dispose précisément « qu'il est interdit d'utiliser le courrier postal ou tout moyen ou instrument du commerce entre Etats frauduleusement, en vue d'effectuer le paiement d'une somme d'argent ou un don quel que soit sa valeur, ou encore une proposition, promesse ou enfin autoriser un tel paiement ou un tel don ». Le paiement peut donc porter sur toute somme d'argent, sans qu'un seuil minimal ne soit requis. Le don quant à lui, est un avantage procuré en nature qui doit pour autant, avoir une valeur. Il peut s'agir d'objets divers, de voyages ou de divertissements, les autorités américaines optent pour une interprétation plutôt extensive. Par exemple, elles ont pu considérer que de simples formalités annexes à des dons de choses de valeur, en l'espèce un courrier électronique auquel était joint une pièce comptable relative aux frais de promotion et de publicité, contribuaient à constituer l'infraction.²⁷ Un seuil minimal de valeur n'étant pas non plus requis dans l'hypothèse du don, les entreprises doivent donc faire preuve de prudence dans leurs pratiques des cadeaux d'usage ou d'affaires, d'invitations au restaurant ou de séminaires, à l'égard de clients qui pourraient être qualifiés d'agent public.

Outre l'acte de corruption, l'avantage indu constitue la seconde composante nécessaire à la qualification de corruption puisqu'il caractérise l'élément intentionnel. Le texte du FCPA énonce que « le paiement ou le don doit être fait aux fins d'influencer tout acte ou décision dudit agent public dans l'exercice de ses fonctions, d'inciter ledit agent à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte en violation de ses obligations juridiques ou de bénéficier de

²⁶ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.54

²⁷ *US v. Syncor Taiwan, Inc* No.02-cr-01244. L'interprétation extensive est fondée sur la mention de « toute autre action en vue du paiement de toute somme d'argent ou du don de doute chose de valeur » contenue dans le FCPA 78dd-3.

tout avantage indu, ou inciter ledit agent public à exercer son influence auprès d'une autorité publique étrangère pour affecter ou influencer l'un quelconque des actes ou décisions d'une autorité ». De plus, le paiement ou le don doit être fait avec une intention frauduleuse. La simple volonté de corrompre un agent public, en ayant recours au financement ou au don destiné audit agent, permet de caractériser l'infraction, et ce, quel que soit l'état d'esprit de l'agent. Par ailleurs, peu importe que cette intention soit formalisée ou communiquée à l'agent public. En matière d'interprétation de cet élément intentionnel, les autorités américaines ont tendance à opter pour une appréciation large de la notion comme l'illustre une affaire de 1991 dans laquelle, la cour d'appel du Huitième Circuit confirmait une décision de première instance qui énonçait que l'intention frauduleuse était caractérisée dès lors que l'acte de corruption visait soit un résultat illicite, soit un résultat licite mais à l'aide de moyens ou de méthodes illicites.²⁸ Pour autant, la cour d'appel du Cinquième Circuit a donné une définition plus restrictive de l'intention frauduleuse : de manière consciente et malhonnête, avec l'intention spécifique d'atteindre un but illicite en influençant en sa faveur l'action d'un agent public étranger.²⁹ Enfin, il est important de préciser que l'élément intentionnel ne suppose pas nécessairement que la personne ayant commis l'acte frauduleux soit au courant qu'elle viole précisément le FCPA au moment des faits mais seulement qu'elle recherche un avantage indu.³⁰

Afin d'assurer le respect et l'effectivité du FCPA, deux organes sont conjointement chargés de la mise en œuvre des poursuites.

Section II : Les autorités de poursuite américaines, le *Department of Justice* et la *Securities and Exchange Commission*

Formation et compétence du *Department of Justice*. Le DOJ est le Ministère de la Justice fédérale américaine, seule entité en charge de faire appliquer la loi pénale et civile en matière de corruption transnationale ainsi qu'en matière de manquement aux obligations de transparence et d'éthique des entreprises. Ainsi, sur le plan pénal, il est le seul à être compétent sur les trois catégories de personnes soumises aux dispositions du FCPA et sur le plan civil, il peut poursuivre les personnes physiques et morales étrangères, et les entreprises

²⁸ *US v. Liebo*. 8th Circ. 1991.

²⁹ *US v. Kay*. 5th Circ. 2008.

³⁰ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.58

de droit national. Son responsable, l'*US Attorney General*, est nommé par le président des Etats-Unis, puis sa nomination doit être confirmée par un vote à la majorité simple du Congrès, il peut être démis de ses fonctions à tout moment. Il existe au sein du DOJ, la Fraud Section de la Division Criminelle, spécialisée dans les affaires complexes de criminalité d'affaires au niveau fédéral, elle est chargée de centraliser les affaires de violation du FCPA.³¹

Formation et compétence de la *Securities and Exchange Commission*. La SEC quant à elle, est l'organisme fédéral américain de réglementation et de contrôle des marchés financiers. Sa mission première consiste ainsi à protéger les investisseurs et de s'assurer de l'intégrité et de l'efficacité des marchés réglementés. En matière de corruption transnationale, elle ne peut engager que des poursuites civiles ou administratives, et non pas pénales. Elle a cependant, une compétence exclusive en matière d'action civile à l'encontre des émetteurs, entreprises faisant l'objet d'une surveillance et d'un suivi de sa part.³² Dirigée par un conseil composé de cinq commissaires (*commissioners*) nommés par le Président des Etats-Unis pour un mandat de cinq ans non renouvelable, il ne peut y avoir plus de trois commissaires affiliés au même parti politique pour des raisons de neutralité et d'indépendance. En 2010, la SEC ayant à cœur d'ériger la lutte contre la corruption d'agents étrangers au rang de ses priorités, crée une section spécialisée en matière de FCPA. Celle-ci a pour objectif une meilleure coopération avec le DOJ en fournissant de meilleurs moyens pour analyser les nombreuses plaintes alléguant des faits de corruption commis à l'étranger.

Critères d'appréciation pour engager des poursuites. Le DOJ et la SEC ne sauraient décider d'engager des poursuites, sans prendre en considération un certain nombre de critères. Outre les principes du code fédéral de procédure pénale américain, « *Principles of Federal Prosecution* » respectés par le DOJ pour les poursuites envers les personnes physiques notamment, il existe un guide d'application du FCPA énonçant une liste de facteurs qu'il peut être pertinent de prendre en compte dans le cadre d'une éventuelle procédure judiciaire à l'encontre de personnes morales. Parmi eux : la nature et la sévérité de l'infraction commise, la complexité du mécanisme de corruption et du jeu des acteurs impliqués, le

³¹ Charles Trottmann, Emmanuelle d'Achon, Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale. Juin 2016. Rapport Inspection Générale des Finances.

³² Charles Trottmann, Emmanuelle d'Achon, Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale. Juin 2016. Rapport Inspection Générale des Finances.

nombre de complices supposément impliqués, le passé de l'entreprise en matière de corruption transnationale, le degré de volonté des dirigeants à coopérer, à révéler les faits à charge et à communiquer ses documents, s'assurer de la non disproportion d'une telle procédure par rapport à l'infraction commise compte tenu du potentiel désavantage que cela ferait peser sur les investisseurs et actionnaires, l'existence ou non d'un programme de *compliance*³³ préalable à la commission de l'infraction et selon le degré de sérieux de celui-ci. Avant toute ouverture des poursuites judiciaires, les autorités de poursuite apprécient le degré de coopération de l'entreprise en amont et l'auto-dénonciation des personnes concernées. Si ces éléments ne permettent pas en tant que tels, d'abandonner toutes poursuites pénales, ils peuvent toutefois, diminuer significativement les peines infligées.³⁴ Les différentes caractéristiques et originalités de la justice transactionnelle seront étudiées ultérieurement.

Après plusieurs années de mise en application du FCPA, les autorités de poursuite américaines pointent du doigt, l'absence de répression de la corruption d'agents publics étrangers dans les autres pays, ce travail de moralisation de la vie des affaires internationales ne peut émaner que des Etats-Unis. C'est dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques qu'une évolution est apparue. En effet, est créé en 1989, un « Groupe *ad hoc* sur les paiements illicites », ancêtre de l'actuel « Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales », puis est signée la Convention de l'OCDE en 1997.³⁵

Convention de l'OCDE contre la corruption active transnationale. Cet avènement marque le début des efforts d'harmonisation de la lutte contre la corruption. En effet, la Convention de l'OCDE impose aux Etats parties, de réprimer la corruption active d'agents publics étrangers dans les transactions internationales. Elle s'est fortement inspirée du FCPA notamment dans la délimitation de son champ d'application. En effet, seule la corruption active d'agents publics étrangers en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international est incriminée. Aussi, la conception extensive de la compétence territoriale est reprise, chaque partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire, cette compétence territoriale devant être

³³ La notion de *compliance* sera étudiée ultérieurement.

³⁴ US Attorney Manual, title 9 : Criminal, §§9-27.230 : Initiating and Declining Charges.

³⁵ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.16

interprétée largement. Si cette Convention constitue aujourd'hui, l'instrument juridique international de référence en la matière et jouit d'un succès incontestable, la France en tant qu'Etat partie, a fait l'objet d'une évaluation périodique. Fin 2012, un rapport d'évaluation a été adopté, jugeant les efforts de la France insuffisants, les autorités politiques et judiciaires françaises insuffisamment actives et la législation devant être renforcée pour converger vers les standards internationaux, notamment les dispositifs extraterritoriaux prévus par le FCPA.³⁶

Ce sont donc les trop nombreuses approximations et la nécessité de respecter davantage les normes internationales qui ont conduit la France à réagir et légiférer en la matière.

C'est ainsi que le 12 décembre 2016, la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 » est promulguée.

Chapitre 2 : La Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

Première approche de la corruption en droit français. Le législateur français avait déjà légiféré au sujet de la corruption. En effet, la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin I, avait pour objectifs d'éclaircir les comptes des partis politiques, réglementer les prestations de publicité et les activités immobilières, elle créait également le Service central de prévention de la corruption dont les missions se concentraient principalement sur la diffusion d'informations.³⁷ Cette loi Sapin I a été un premier pas vers la répression de la corruption en France, pays souvent au cœur des critiques en la matière, considéré comme laxiste.

Si plus de vingt ans séparent la loi Sapin de 1993 et la loi Sapin 2 de 2016, la filiation est réelle, le SCPC est transformé en une Agence française anti-corruption dotée de pouvoirs de sanctions, et la loi Sapin 2 s'attaque à la corruption dans les affaires internationales, sanctionnée jusqu'à lors, qu'en matière d'affaires locales.

³⁶ Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption.

³⁷ Wikipédia : Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Contexte de la loi Sapin 2. Ladite loi s'inscrit dans un contexte d'aggravation du phénomène de corruption transnationale, favorisé par la mondialisation des échanges. Alors que ce fléau ne fait que se répandre, l'OCDE reproche au système français de répression d'être insatisfaisant en la matière et la France se devait donc de redoubler d'efforts. En effet, si la France a transposé sans trop attendre, la Convention OCDE, elle peine à prononcer des condamnations pour corruption d'agents publics étrangers. Ainsi, à partir de 2010, le DOJ et la SEC ont enquêté et ont sanctionné des multinationales françaises sur le fondement du FCPA, en leur infligeant notamment, des amendes extrêmement lourdes, incomparables avec les montants prononcés par le droit pénal des affaires français. La question de l'atteinte à la souveraineté pénale française s'est alors légitimement posée. La loi Sapin 2 est ainsi née de cette prise de conscience salutaire : l'insuffisance de la réponse pénale française laisse le champ libre à des autorités étrangères plus efficaces et, loin de protéger les entreprises françaises, les expose encore davantage.³⁸

Défaillance du système français illustrée par l'affaire Total. Au terme d'une longue et fastidieuse enquête coordonnée par les autorités de poursuite américaines et françaises, des faits de corruption en Iran datant de 1997 sont reprochés à la multinationale. Total accepte alors, dans le cadre d'un accord transactionnel conclu en 2013,³⁹ de plaider coupable, de verser une amende transactionnelle de 398 millions d'euros aux autorités américaines et de consolider son programme de conformité anti-corruption sous le contrôle d'un moniteur indépendant nommé par le DOJ. Ce dernier se félicite d'annoncer « la première enquête coordonnée des autorités françaises et américaines dans un cas majeur de corruption d'agents publics étrangers ».⁴⁰ Cependant, du côté français, il n'y a eu aucun accord transactionnel, aucun jugement, aucune condamnation, si Total a été renvoyé en correctionnelle en 2014,⁴¹ il est difficile de déterminer ce qui lui reste à juger dans la mesure où les faits ont été reconnus et la sanction américaine a été acceptée et exécutée. Cet exemple montre ainsi à quel point le dispositif français n'est pas adapté et doit faire l'objet de réformes tant dans son organisation judiciaire que dans sa procédure pénale.

³⁸ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.19

³⁹ Deferred Prosecution Agreement du 29 mai 2013. Accords transactionnels seront étudiés ultérieurement. <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/9392013529103746998524.pdf>

⁴⁰ DOJ, French Oil and Gas Company, *Total SA Charged in the US and France in Connection with an International Bribery Scheme*, communiqué de presse 23 mai 2013.

⁴¹ *Total renvoyé en correctionnelle pour corruption en Iran*, <https://www.lemonde.fr>

L'enjeu sous-jacent est celui de la souveraineté. Toutes ces problématiques ont conduit la France à légiférer en matière de corruption d'agent public étranger afin de contrer le FCPA et les autorités américaines qui, du fait de l'extraterritorialité de leur loi, peuvent aisément investiguer et condamner des entreprises françaises.

Section I : Champ d'application et interprétation de la loi Sapin 2

Champ d'application *ratione materiae*. Comme le FCPA américain, la loi Sapin 2 condamne la corruption transnationale active, définie par l'OCDE comme « le fait d'offrir un avantage indu pécuniaire ou autre à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché dans le commerce international. » Toutefois, une différence majeure distingue ces deux lois, la loi française incrimine la corruption transnationale passive contrairement au FCPA. L'article 435-9 du Code pénal définit cette infraction comme « le fait, par quiconque, de céder sans droit, directement ou indirectement, à tout agent public d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale publique ou par le personnel judiciaire étranger et international, pour lui-même ou pour autrui, des offres, promesses, dons, présents ou des avantages quelconques pour que cette personne accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. » Ainsi, tant les actes du corrupteur et du corrompu peuvent être incriminés. Par ailleurs, un autre élément différencie la loi française de la loi américaine. La loi française ne se cantonne pas à la répression de la corruption publique (impliquant un agent public) mais s'étend à la corruption privée c'est-à-dire entre deux acteurs privés. Le FCPA étudié précédemment, ne réprime que la corruption active dans la vie des affaires internationales.

Outre la condamnation de cette infraction, la loi Sapin 2 a introduit dans le dispositif légal anticorruption français, un volet de prévention destiné à réduire le risque de corruption dans les entreprises. En effet selon l'article 17 de ladite loi, les entreprises françaises et les dirigeants d'entreprises de plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaire supérieur à 100 millions d'euros ont pour obligation de mettre en place un programme de *compliance* anticorruption. La loi étend également l'obligation aux groupes de sociétés (pour l'ensemble des filiales françaises ou étrangères) dont la maison mère a son siège social en France et qui possèdent plus de 500 salariés et un chiffre d'affaire consolidé, de plus de 100 millions d'euros.

Champ d'application *ratione personae*. Les personnes morales comme physiques peuvent être condamnées, similitude des lois à cet égard. Toutefois, la responsabilité de l'entreprise ne va pas être engagée dans les mêmes conditions. En droit français, seule la faute d'un organe ou d'un représentant peut engager pénalement l'entreprise. Toutefois, le dirigeant peut transférer cette responsabilité à d'autres personnes dans l'entreprise au moyen d'une délégation de pouvoir. Ainsi, la responsabilité pénale de la société est également engagée lorsqu'un délégué de pouvoir ou un subdélégué, a commis une infraction pour le compte de son entreprise. Aux Etats-Unis, la responsabilité pénale de l'entreprise pour des faits de corruption peut être engagée plus fréquemment qu'en France comme nous l'avons étudié. Dès lors qu'un fait de corruption a été commis par un de ses collaborateurs, de ses dirigeants, de ses actionnaires mais aussi par un agent ou un intermédiaire, agissant pour son compte, cela peut entraîner la responsabilité pénale de la personne morale.

Dans le cadre de l'étude de la corruption transnationale, il est essentiel de définir la notion d'agent public étranger. Ladite corruption représente le risque le plus élevé dans la nomenclature des risques de corruption, du fait de la forte probabilité d'advenir (notamment dû à l'existence d'une corruption endémique dans l'administration de nombreux pays où sont présentes les entreprises françaises) et du fait de la sévérité des conséquences que sa réalisation entraîne (Poursuite pénale, exclusion des marchés publics, atteinte à la réputation etc)⁴². En France, la définition d'agent public étranger est relativement restrictive dans la mesure où ne sont considérés comme tel, seulement la « personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » selon la convention de l'OCDE. Alors que le DOJ américain adopte comme nous l'avons vu, une définition large de la notion, les salariés, dirigeants ou représentants d'une entreprise détenue ou contrôlée par un Etat étranger doivent être considérés comme des agents publics étrangers.

Champ d'application *ratione loci*. La loi Sapin 2 a supprimé le monopole du ministère public français pour poursuivre les faits de corruption d'agent public étranger commis entièrement à l'étranger et la condition de plainte de la victime ou de dénonciation par l'autorité étrangère. Par ailleurs, la juridiction pénale française peut désormais poursuivre, pour des délits de corruption commis à l'étranger, non seulement les personnes de nationalité

⁴² Dispositif anticorruption de la loi Sapin II, *Transparency International France*.

française ou ayant leur résidence habituelle en France, mais aussi tout individu ou toute entreprise suspecté d'avoir corrompu un agent public étranger dès lors que cet individu ou entreprise « exerce tout ou partie de son activité économique sur le territoire français ».⁴³ Ainsi, une entreprise étrangère qui a une activité commerciale en France pourra être poursuivie par la justice française pour un fait de corruption transnationale commis à l'étranger. Cette formule est ambiguë, il n'est pas précisé quelle proportion d'activité économique sur le territoire français peut déclencher l'applicabilité de la loi française, ni si l'infraction commise à l'étranger doit, pour être poursuivie en France, avoir été en relation directe avec l'activité économique sur le territoire français. Pour autant, nous l'avons vu, les éléments de rattachement aux juridictions et lois américaines sont nombreux et parfois très ténus. Par exemple, l'utilisation d'un serveur web se situant sur le territoire américain, un virement bancaire en dollar, un transit dans un aéroport américain, l'utilisation d'un *iPhone* sont autant d'éléments de l'infraction permettant aux autorités américaines de poursuivre des faits de corruption. Cette appréciation extensive de l'extraterritorialité peut être discutée, toujours est-il que le législateur français n'a pas eu le choix que de riposter aux autorités de poursuite américaines qui ne se privaient pas pour condamner des entreprises françaises, contraintes de verser des sommes exorbitantes au Trésor américain.

Section II : Les autorités compétentes, le Parquet National Financier et l'Agence Française Anticorruption

Formation du Parquet National Financier. La décision de créer un Procureur de la République financier s'inscrit dans une politique publique globale de transparence démocratique et de lutte contre toutes les formes de fraudes et d'atteintes à la probité.⁴⁴ La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a ainsi instauré ce parquet, regroupant des magistrats, des greffiers, des assistants spécialisés, des juristes, nommés par le ministre de la Justice et placés sous son autorité.

Missions du Parquet National Financier. Comme tout Procureur, il exerce l'action publique et requière l'application de la loi, il reçoit les plaintes et dénonciations, dirige les services de police ou de gendarmerie pour engager les enquêtes préliminaires, diligente les

⁴³ Nouveaux articles 435-6-2 et 435-11-2 du Code pénal.

⁴⁴ Site Internet du Ministère de la Justice, Parquet National Financier.

actes nécessaires comme les perquisitions, auditions, examens techniques ou scientifiques.⁴⁵ Au terme de l'enquête, soit la procédure est classée, soit il peut ouvrir une information judiciaire ou renvoyer à l'audience. Cependant, à la différence des parquets « locaux » exerçant sur un ressort défini, le PNF bénéficie d'une compétence nationale concurrente : il peut diriger des enquêtes sur l'ensemble du territoire français et même à l'international. Les affaires complexes relevant de la délinquance économique et financière et les affaires sensibles sont ses marques de fabrique.⁴⁶ Parmi elles, trois types d'infractions entrent dans le champ de compétence du PNF, les atteintes à la probité (corruption, trafic d'influence, favoritisme, détournement de fonds publics, prise illégale d'intérêt), les atteintes aux finances publiques (fraude fiscale aggravée, blanchiment, escroquerie à la TVA) et les atteintes au bon fonctionnement des marchés financiers (délit d'initié, manipulation de cours ou d'indice, diffusion d'information fausses ou trompeuses). En matière de corruption, le PNF n'a pas le monopole, l'Agence Française Anticorruption occupe une place importante au sein de la machine judiciaire française.

Formation de l'Agence Française Anticorruption. L'AFA, créée par la loi du 9 décembre 2016, est une autorité à compétence nationale placée auprès du ministre de la Justice et du ministre chargé du budget. Sa mission générale consiste à aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées, à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.⁴⁷ Dirigée par un magistrat nommé par le Président de la République pour une durée de six ans non renouvelables, ce dernier est secondé par un directeur adjoint, un secrétariat général, une sous-direction du conseil et du contrôle participant aux différentes missions. Elle se compose aussi d'un conseil stratégique et d'une commission des sanctions.

Missions de l'Agence Française Anticorruption. Ses missions sont doubles, d'une part elle exerce des fonctions de conseil et d'assistance consistant à centraliser et diffuser des informations afin de prévenir et détecter les atteintes à la probité, élaborer des recommandations en vue d'aider les personnes morales de droit public et privé à éviter de telles atteintes, préparer un plan national pluri-annuel de lutte contre les atteintes à la probité

⁴⁵ *Au fait c'est quoi le pnf?* Le Figaro, 1^{er} mars 2021 Gildas des Roseaux.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Site officiel AFA. <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr>

et un rapport d'activité annuel public. D'autre part, l'AFA exerce des missions de contrôle. A ce titre, elle s'assure de la qualité et de l'efficacité des procédures mises en œuvre pour lutter contre les atteintes à la probité, ainsi que de l'exécution et du suivi des mesures judiciaires. Pour l'exercice de ces deux missions, le directeur de l'AFA bénéficie d'un statut d'indépendance qui lui fait interdiction de solliciter ou de recevoir d'une quelconque autorité administrative ou gouvernementale.⁴⁸

Enfin, ce dernier joue un véritable rôle en matière de sanction. En effet, en cas de constatation d'un manquement à la suite d'un contrôle, il communique le rapport de contrôle à la personne concernée et la met en demeure de présenter ses observations écrites dans un délai de deux mois. A son expiration, le directeur de l'AFA dispose d'une option : soit délivrer un avertissement, soit saisir la commission de sanction. Dans l'hypothèse où cette dernière serait saisie, elle peut soit, enjoindre à la société d'adapter les procédures de conformité internes selon les recommandations qu'elle leur adresse dans un délai fixé inférieur à trois ans, soit prononcer une sanction pécuniaire dans la limite de 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 million pour les personnes morales, soit ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage dans sa décision aux frais du condamné.

Observations de Charles Duchaine Directeur de l'AFA. À l'occasion d'une conférence organisée en juin 2018 par le Professeur Antoine Gaudemet, Monsieur Duchaine a apporté des précisions quant aux premières applications de la loi Sapin 2 sur le plan préventif. Il a notamment évoqué l'article 17 de ladite loi, énonçant l'obligation pour certaines entreprises, de mettre en œuvre un programme de conformité. « Si le législateur n'a pas prévu de sanction à l'encontre des personnes publiques en cas de méconnaissance de l'article 17, nous recommandons fortement l'établissement d'une cartographie des risques, d'un code de conduite, une évaluation des fournisseurs car nous considérons que la corruption est généralement, une relation fautive qui se noue entre deux personnes voire davantage, souvent une personne publique et une privée, il serait donc injuste et peu pertinent, que de faire reposer la charge de ces obligations nouvelles, sur les seules épaules de l'entreprise. Les pouvoirs publics ont su déléguer aux entreprises, le soin de s'autocontrôler et de s'auto-discipliner, il faut que les administrations publiques quelles qu'elles soient, donnent l'exemple de la même manière et dans la limite de nos pouvoirs, nous y veillons.

⁴⁸ Village de la Justice. L'Agence Française Anticorruption, Avi Bitton et Julie Palayer.

L'anticorruption est quelque chose qui doit concerner tout le monde, aussi bien les administrations de l'Etat que les collectivités, que les entreprises, que les particuliers ». ⁴⁹

Monsieur Duchaine a également précisé les avantages découlant des missions de contrôle qui lui sont accordées par la loi. « Concernant le contrôle, depuis le 17 octobre 2017, nous avons lancé au total, 32 contrôles. Dans un premier temps, il s'agissait de contrôles notifiés, d'abord sur pièce puis sur place. J'indique que la loi ne nous oblige à rien, nous ferons parfois l'inverse. Nous ferons aussi non pas des contrôles inopinés parce que je pense que ça ne sert à rien mais des contrôles éclairés. La loi nous a donné le pouvoir de procéder à des entretiens, réclamer des pièces, c'est très utile car cela nous permet de passer d'une conformité absolument artificielle comme je l'ai connu il y a longtemps dans des pays qui se prétendent vertueux, à une véritable conformité où on vérifie qu'au-delà de ces apparences parfois trompeuses, il y a une réalité dans la mise en œuvre de ces dispositifs et que ce n'est pas simplement du cosmétique. Nous n'entendons pas nous discréditer nous-mêmes en faisant des contrôles de façade et nous n'entendons pas exposer les entreprises en leur donnant une sorte de satisfécit sur quelque chose qui serait peu sérieux et qui pourrait les exposer à des poursuites ou reproches, en France ou à l'étranger. »

Enfin, il a terminé son propos en évoquant la question de la corruption à l'échelle internationale. « Je pense que lutter contre la corruption en voulant rester sur le territoire national, c'est un peu comme vouloir mettre une moquette trop grande dans une pièce, sans vouloir la découper, c'est impossible. Aujourd'hui il n'y a plus d'affaires qui soient franco-françaises, on ne peut plus lutter contre la corruption sans s'intéresser à ce qu'il se passe à l'étranger, je crois qu'on est resté trop longtemps les bras ballants en regardant ce que faisait les autres et en se plaignant des résultats. Nous souhaitons et nous devons rentrer dans cette danse sinon les autres auront prétexte à le faire à notre place. Nous serons évalués par l'OCDE et par d'autres institutions dans les années qui viennent, et ce n'est pas simplement avec des lois et grands principes proclamés que l'on pourra justifier de notre engagement mais avec des exemples concrets, la loi et la création de l'AFA c'est bien, mais ça ne suffit pas, il faut des résultats, des dossiers.

C'est positif car cela va conduire les entreprises à considérer qu'il est peut-être finalement, plus intéressant d'aller voir son procureur préféré et payer son amende au trésor français plutôt que de verser des commissions au Trésor américain ou à je ne sais qui. J'espère que ces mesures inciteront certaines entreprises à solder leurs passifs corruptifs en s'adressant à nous

⁴⁹ Conférence Paris II, Charles Duchaine : Premières applications de la loi Sapin II sur le plan préventif. *Youtube*.

et au PNF afin de repartir sur de meilleures bases. Je pense qu'il est utile que nous puissions afficher des lignes directrices communes avec le PNF pour expliquer aux entreprises quels avantages elles pourraient retirer de ce type d'attitude. »⁵⁰

Le PNF et l'AFA sont amenés et encouragés à collaborer au vu de leurs objectifs communs, ils ont d'ailleurs signé un protocole de coopération le 28 mars 2018 afin de renforcer l'efficacité des dispositions de la loi Sapin 2. Cet accord a pour but une meilleure articulation des dispositifs de prévention et de sanctions des faits d'atteintes à la probité.⁵¹ Il prévoit notamment l'organisation de réunions périodiques d'échanges entre l'Agence et le Parquet sur le contexte des infractions de corruption, les nouveaux modes opératoires, le suivi des travaux des instances internationales ou encore les évolutions législatives susceptibles d'être préconisées en matière d'anticorruption.⁵² Il modélise aussi les relations nécessaires à la mise en œuvre par l'AFA, après homologation par le juge, des conventions d'intérêt public proposées par le PNF.

L'un des concepts fondamentaux du FCPA comme de la loi Sapin 2, est celui de justice négociée, aussi appelée « accord transactionnel », dont les Etats-Unis sont naturellement, les précurseurs. Au terme d'investigations, d'enquêtes longues et fastidieuses, deux issues sont possibles, soit le prononcé de sanctions pénale ou civile, soit un accord transactionnel entre les autorités compétentes et la personne mise en cause, l'une abandonne ses poursuites, l'autre paye une amende dont le montant se chiffre généralement en millions d'euros ou dollars. Il s'agira d'étudier en détail, ces deux voies distinctes.

⁵⁰ Conférence Paris II, Charles Duchaine : Premières applications de la loi Sapin II sur le plan préventif. *Youtube*.

⁵¹ Site officiel Ministère de l'économie, des finances et de la relance. <https://www.economie.gouv.fr/node/37361>

⁵² *Ibid.*

Titre II : De la sanction à la prévention

Lorsqu'il existe des suspicions de faits de corruption à l'égard d'une entreprise, qu'il s'agisse des Etats-Unis ou de la France, un choix lui est offert entre la voie pénale « classique » fondée sur la répression, et une démarche collaborative.

Chapitre 1 : Une alternative envisageable

Avant d'étudier les différentes formes de transactions et leurs effets, il est intéressant de se questionner sur les conséquences encourues par des entreprises condamnées pour des faits de corruption.

Section I : Des sanctions de nature différente

Comme nous l'avons évoqué, le caractère extraterritorial du FCPA permet aux autorités américaines de poursuivre facilement, des entreprises non américaines, dès lorsque la condition de rattachement au territoire américain est remplie. Gare aux entreprises et personnes physiques qui violeraient cette loi fédérale de 1977, elles encourent de lourdes sanctions diverses et variées.

Violation du FCPA en matière de corruption : sanctions pénales. Chaque violation des dispositions de lutte contre la corruption prévue par le FCPA peut entraîner une amende pouvant s'élever jusqu'à 2 millions de dollars pour les personnes morales et jusqu'à 250 000 dollars pour les personnes physiques.⁵³ Ces dernières sont également sujettes à une peine pouvant atteindre cinq années d'emprisonnement. Toutefois, en vertu du *Alternatives Fines Act*, les juges peuvent imposer des sanctions financières plus élevées, jusqu'à deux fois le bénéfice ou la perte résultant des actes de corruption transnationale, à condition que les

⁵³ Chapitre 15 USC §78dd-2 (g) et §78dd-3 (e) (2) (A).

preuves matérielles soient suffisamment précises.⁵⁴ Le FCPA prévoit en outre, qu'une amende pénale imposée à une personne physique ne peut être acquittée directement ou indirectement par l'entreprise au nom duquel cette personne a agi. En matière de calcul des peines, le système américain connaît un particularisme intéressant à étudier, qui ne fait que renforcer sa sévérité : les *US Sentencing Guidelines*. C'est à compter du milieu des années 1980 que les magistrats américains se sont vus imposer ces lignes directrices, encadrant la capacité des juridictions à déterminer la peine.⁵⁵ En effet, le processus d'individualisation des peines en droit fédéral américain a été modifié par une importante réforme qui, en 1984, a mis fin aux peines indéterminées et a institué des lignes directrices précises pour la fixation du niveau de la peine, édictées par la *United States Sentencing Commission*.⁵⁶ L'ambition affichée était de supprimer les disparités dans les sanctions prononcées et permettre ainsi, une politique uniforme des peines applicables aux personnes physiques et morales, reconnues coupables de crimes et délits graves par les cours fédérales. Initialement, ces lignes directrices s'imposaient aux juges lors du prononcé des sentences, mais par l'arrêt *United States v. Booker* en 2005, la Cour Suprême a opéré un revirement en jugeant qu'elles ne revêtaient plus qu'une valeur consultative.⁵⁷ Toutefois, les juges sont toujours tenus d'en prendre connaissance pour calculer la peine correctement.

Les *guidelines* sont fondées sur un système à double entrée, renvoyant aux deux facteurs qui doivent principalement être pris en considération pour déterminer la peine : le niveau de gravité de l'acte accompli (particulièrement en considération des circonstances de la commission) et le passé pénal du délinquant. Il existe ainsi 43 niveaux de gravité en fonction d'une part, de la nature de l'infraction, et d'autre part, des facteurs d'aggravation ou de mitigation qui existaient au moment de la commission de l'acte.⁵⁸ Il existe par ailleurs six catégories de « passé pénal », fondées sur un système de points en fonction de la fréquence et de la gravité des infractions. Il en résulte quatre *Sentencing Zones*. Seuls les délinquants

⁵⁴ *Southern Union Co v. US*. Janvier 2012.

⁵⁵ Pluralisme culturel et politique criminelle. *Le sentencing anglo-américain, avenir de l'administration des peines en France ?* Olivier Cahn. p 257.

⁵⁶ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corrupcion*, p.122

⁵⁷ Néanmoins, les statistiques post Booker établissent que les condamnations excédant la peine prévue par les guidelines ont doublé. Cette restauration du pouvoir d'appréciation des juges a plutôt conduit à un relèvement du *quantum* des peines prononcées plutôt qu'à leur abaissement. US Sentencing Council, *Report on the Continuing Impact of United States v. Booker on Federal Sentencing*, dec. 2012.

⁵⁸ Pluralisme culturel et politique criminelle. *Le sentencing anglo-américain, avenir de l'administration des peines en France ?* Olivier Cahn. p 257.

entrant dans la zone A peuvent bénéficier d'une mesure de « probation » ; les condamnés en zone B peuvent bénéficier d'une semi-liberté, d'une mesure en milieu ouvert comme le placement sous surveillance électronique, ou d'une détention à domicile, et les condamnés en zone C ne peuvent bénéficier au mieux, que de mesures d'individualisation limitées par la condition qu'ils doivent purger au moins la moitié de leur peine, incarcérés.⁵⁹

Concernant la détermination des peines applicables aux organisations et en particulier aux entreprises, les USSG comportent depuis 1991, un huitième et dernier chapitre, il s'agit des *Organizational Guidelines*. Le juge est invité à prononcer l'amende infligée à l'entreprise, au sein d'une fourchette dont le minimum et maximum sont fixés en appliquant des multiplicateurs à une amende de base. La détermination de ces multiplicateurs varie en fonction d'un « score de culpabilité ». ⁶⁰ Sont ainsi intégrés au calcul de ce score, en positif ou en négatif selon le cas : l'implication ou la tolérance de l'entreprise vis à vis du comportement délictueux ; l'historique de l'entreprise en matière de condamnations ; la violation d'une injonction judiciaire ; des pratiques d'obstruction de la justice ; l'existence d'un programme efficace d'éthique et de conformité ; la coopération et la reconnaissance par l'entreprise de sa responsabilité.⁶¹

Violation du FCPA en matière de corruption : sanctions civiles et administratives. Les sanctions civiles peuvent être mises en œuvre aussi bien par le DOJ que par la SEC. Cette dernière, qui n'est pas compétente au pénal, dispose cependant, d'une puissante capacité de sanction administrative. L'infraction de corruption proprement dite prévue par le FCPA, qu'elle soit le fait de personnes morales ou personnes physiques, n'est punie en principe que de 10 000 dollars d'amende civile, dans le cadre d'actions engagées par le DOJ. Par ailleurs, la SEC peut prononcer, dans le cadre de son pouvoir d'injonction administrative, une amende civile dont les plafonds sont variables en fonction de la gravité de l'infraction et peuvent atteindre 100 000 dollars pour les personnes physiques et 500 000 dollars pour les personnes morales.⁶² Il se peut également que la restitution des profits illicites tirés de l'infraction, soit la seule mesure imposée à la société défenderesse. Par exemple, la société Key Energy Services Inc a accepté de coopérer et au regard de sa situation financière,

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.124

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.124

elle a ainsi dû verser cinq millions de dollars à la SEC au titre des restitutions mais n'a pas fait l'objet d'une amende civile.⁶³

Violation du FCPA en matière de corruption : sanctions accessoires. Les pénalités financières ne sont pas les seules conséquences, il existe des sanctions dites accessoires qui peuvent s'avérer plus dissuasives. En effet, elles ne sont pas insignifiantes, ni secondaires, mais elles jouent un rôle central dans la mise en œuvre de la loi américaine. Il en va ainsi de toutes les sanctions atteignant la capacité de l'entreprise à conduire ses affaires et peuvent menacer sa survie économique. Leurs répercussions sont telles que certains parlent de « sanctions drastiques »⁶⁴ ou de « peine de mort virtuelle »⁶⁵ même si, pour la plupart des cas, elles restent à l'état de simples menaces, dans la négociation opposant l'entreprise et le DOJ.

Parmi elles, l'exclusion des marchés publics américains dit « *debarment* ». Une telle exclusion fait l'objet d'un prononcé formel par des autorités indépendantes, mettant ainsi en place, un véritable système de « liste noire » particulièrement dissuasif.⁶⁶ La sanction est prononcée par la *Federal Acquisition Regulation*, cette décision d'exclusion est ainsi prise de manière discrétionnaire, ni par le DOJ, ni par la SEC mais par une autorité indépendante placée au sein de chaque agence mais dont les effets s'étendent à l'ensemble des marchés de l'administration fédérale.⁶⁷ La décision ne découle pas automatiquement de la condamnation, cela permet donc à une entreprise condamnée de conserver la possibilité d'échapper à l'exclusion en apportant la preuve de l'existence et du caractère suffisant d'un certain nombre de circonstances atténuantes. (Instauration d'un programme de conformité, divulgation volontaire des faits ou mise en œuvre de la procédure disciplinaire au sein de l'entreprise).⁶⁸ Cette mesure est donc extrêmement dissuasive mais peut s'avérer trop sévère voire parfois, inappropriée. En effet, outre le fait qu'elle puisse mettre en péril une société,

⁶³ SEC Cease-and-Desist Order, *Key Energy Services Inc.* 11 Août 2016.

⁶⁴ J.T O'Reilly, *Punishing Corporate Crimes : Legal Penalties for Criminal and Regulatory Violations*, Oxford University Press 2009 p.251.

⁶⁵ C.A Wray, R.K Hur « Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World : The Thompson Memo in Theory and Practice » *American Criminal Law Review* 2006 p.1097.

⁶⁶ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.126.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ 48 *Code of Federal Regulations* (CFR) § 9.406-1, 9.407-1 (b) (2).

concernant certains fournisseurs des collectivités publiques américaines, cette exclusion peut être considérée comme contraire aux intérêts publics.⁶⁹

Par ailleurs, il peut être interdit à une entreprise de solliciter des banques multilatérales de développement comme la Banque mondiale, particulièrement confrontées au risque de détournement des fonds prêtés et à la corruption. Cette interdiction pour une entité économique d'être financée par ces banques et de participer à leurs projets futurs est extrêmement dissuasive et peut être prononcée pour une durée déterminée ou indéterminée. Chaque banque de développement a sa propre politique en matière de radiation des entreprises ou personnes physiques condamnées pour corruption.⁷⁰

Une telle interdiction est d'autant plus préjudiciable qu'un accord d'exclusion mutuelle a été signé le 9 avril 2010 par cinq banques multilatérales de développement : la Banque mondiale, la Banque africaine de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque interaméricaine de développement. Aux termes de cet accord, toute exclusion prononcée par une banque signataire entraîne en principe une exclusion par les autres. Ont été également fixés, des principes de procédure collectifs, c'est donc un véritable droit commun répressif qui se met en place au sein de ces organisations internationales.⁷¹

En cas de violation du FCPA, la personne mise en cause s'expose également aux sanctions prévues par d'autres législations dans certains domaines régulés, en particulier celles prévues par *l'Arms Export Control Act* et son règlement d'application, *l'International Traffic in Arms Regulations*. Ces derniers prévoient la suspension, révocation ou refus d'une licence d'exportation d'armes si le candidat a été accusé ou reconnu coupable d'une telle violation.⁷²

En somme, celui qui enfreint les dispositions du FCPA en matière de lutte contre la corruption, s'expose à des sanctions extrêmement lourdes et préjudiciables. La loi française

⁶⁹ D.D. Stevenson, N.J. Wagoner, « FCPA Sanctions: Too Big to Debar ? », *Fordham Law Review*, 2011.

⁷⁰ Charles Trottmann, Emmanuelle d'Achon, Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale. Juin 2016. Rapport Inspection Générale des Finances.

⁷¹ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.126.

⁷² Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.126.

n'a ainsi pas eu le choix que de s'adapter et se calquer sur ce modèle américain afin de pouvoir également, réprimer la corruption. Avant la loi Sapin 2, le FCPA avait un quasi-monopole pour sanctionner la corruption transnationale, ainsi, toute personne physique ou morale, entrant dans son champ d'application pouvait faire l'objet d'investigation et beaucoup ont dû verser des millions de dollars au gouvernement américain. Parmi elles, des multinationales européennes, Siemens, Total, Alcatel-Lucent, Technip. C'est donc en réaction au système américain que la loi Sapin 2 a instauré des sanctions en cas de violation de ses dispositions.

Violation de la loi Sapin 2 en matière de corruption : sanctions administratives et civiles. Nous l'avons vu, l'AFA est dotée d'une commission des sanctions, qui, en cas de non-respect des dispositions prévues par la loi peut, après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses observations, infliger plusieurs mesures. Elle peut adresser un avertissement aux représentants de la société concernée, il s'agit là de la première mise en garde de l'AFA ; la commission des sanctions peut par la suite, décider d'enjoindre à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes selon les recommandations qu'elle leur adresse, dans un délai fixé qui ne peut excéder trois ans. Elle peut condamner la société et ses dirigeants au versement d'une amende ne pouvant excéder un million d'euros pour les personnes morales et 200 000 euros pour les personnes physiques, le montant est proportionné à la gravité du manquement et à la situation financière de la personne sanctionnée. Enfin, la commission des sanctions peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de la décision d'injonction ou de sanction pécuniaire. Les frais encourus, dont le montant ne peut excéder celui de l'amende encourue, sont supportés par la personne sanctionnée.

Sont exposées à de telles sanctions, les personnes manquant à leurs obligations car tenues de mettre en place les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, des faits de corruption. Ces mesures sont énoncées à l'article 17 de la loi sapin 2 : code de conduite, dispositif d'alerte interne, cartographie des risques, procédures d'évaluations de la situation des clients, procédures de contrôles comptables internes ou externes, dispositif de formation, régime disciplinaire, disposition de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre. Chacune de ces mesures sera expliquée et détaillée ultérieurement afin de mieux maîtriser leurs caractéristiques. Par ailleurs, il est pertinent de rappeler les personnes concernées par cette obligation légale : les présidents, directeurs généraux et gérants d'une société employant au moins 500 salariés (ou qui appartient à un

groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins 500 salariés) et dont le chiffre d'affaire est supérieur à 100 millions d'euros.

Sanctions liées à l'obligation de mise en place d'un recueil des signalements.

L'article 8 et suivants de la loi Sapin 2 énonce que les personnes morales de droit privé d'au moins cinquante salariés sont tenus de mettre en place des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres du personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels. En cas de révélation d'éléments confidentiels relatifs à un signalement, une peine pénale de deux ans d'emprisonnement et une amende de 30 000 euros sont encourues. En cas d'obstacle à la transmission d'un signalement à un supérieur hiérarchique, direct ou indirect, à l'employeur, à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels, l'individu encourt un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Enfin, en cas de procédure abusive ou dilatoire en diffamation à l'encontre d'un lanceur d'alerte, une amende civile de 30 000 euros est encourue.

Sanctions pénales complémentaires de mise en conformité applicables en cas de faits de corruption. En vertu de l'article 131-39-2 du Code pénal consacré par l'article 17 de la loi Sapin 2, lorsque la loi le prévoit, le juge pénal peut, en sus des sanctions applicables aux faits de corruption, prononcer à l'encontre de ceux reconnus coupables de corruption, l'obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité pour assurer la mise en œuvre de diverses mesures de prévention et de détection de faits de corruption, sous le contrôle de l'AFA, pour une durée maximale de cinq ans. Le fait de ne pas se soumettre à cette peine de mise en conformité ou de ne pas prendre les mesures nécessaires est sanctionné par deux ans d'emprisonnement et 50 000 euros d'amende.

Attention, il convient de distinguer les sanctions applicables en cas de non-respect des obligations découlant de la loi Sapin 2 (évoquées ci-dessus) et les sanctions applicables en cas de faits de corruption. Pour rappel, la corruption dans le cadre national et dans le secteur public, est puni de dix ans d'emprisonnement et d'un million d'euros pouvant aller jusqu'au

double du produit de l'infraction pour une personne physique, et du quintuple de ladite amende, pour les personnes morales.⁷³

La corruption d'un agent public étranger ou international est précisément l'infraction qui nous intéresse et est puni de dix ans d'emprisonnement et d'un million d'euros pour les personnes physiques, et au quintuple de ladite amende, pour les personnes morales.⁷⁴

En somme, quel que soit la nature de la sanction, son fondement, son *quantum*, la personne mise en cause risque gros. L'ancien ministre de l'économie et des finances, Monsieur Sapin a véritablement entendu affirmer le volet prévention en matière de lutte anticorruption, raison pour laquelle, les accords transactionnels, monnaie courante aux Etats-Unis, ont été développés en France par le biais de la convention judiciaire d'intérêt public notamment.

Section II : La justice négociée, un concept atypique mais influent

Les précurseurs de cette coopération entre personnes mises en cause et autorités de poursuite sont naturellement les Etats-Unis. En effet, ces derniers ont déjà intégré dans leur système répressif, deux catégories de transactions : celles avec reconnaissance de culpabilité, appelée « *guilty plea* », et les accords sans reconnaissance, le « *deferred prosecution agreement* » et le « *non prosecution agreement* ».

Originalités. Ce dispositif de lutte bouleverse un certain nombre de représentations des rôles traditionnels de l'accusation et de la défense. Il témoigne surtout de l'émergence d'un nouveau paradigme, celui d'une justice empruntant des voies inédites : une justice sans juge, une justice sans prononcé de peine publique, sans garantie, de bout en bout négociée.⁷⁵ Dans cette hypothèse, la justice constitue une véritable menace, il s'agit de faire sentir à l'entreprise qu'en cas de mise en œuvre d'un règlement judiciaire, elle pourrait se trouver paralysée. Frédéric Gros l'explique très clairement : « cette menace du procès signifie beaucoup. L'entreprise voit agiter devant elle le spectre d'une condamnation au final si lourde

⁷³ Article 433-1 du code pénal pour les personnes physiques. Article 131-38 et 433-25 du code pénal pour les personnes morales. NB : peuvent s'ajouter des peines complémentaires, articles 131-26-2 dudit code pour les personnes physiques, articles 435-15 pour les personnes morales.

⁷⁴ Article 435 du code pénal pour les personnes physiques. Article 131-38 et 435-15 dudit code pour les personnes morales.

⁷⁵ *Coopérer contre soi-même*. Frédéric Gros. Deals de justice. Antoine Garapon 2013 p 174.

qu'elle pourrait équivaloir à sa ruine complète. Par ailleurs, ce n'est peut-être même pas l'issue périlleuse d'un procès qui inquiète mais son déroulé même. La justice est suspensive, elle impose son propre rythme, sa lenteur. L'entreprise verra sa marge de manœuvre immédiatement réduite puisqu'accepter d'être poursuivie devant des tribunaux américains, c'est entrer dans une temporalité incompatible avec la poursuite des affaires. Cette négativité absolue fait qu'il devient absolument préférable d'accepter un règlement à l'amiable même sous la forme d'un accord léonin. »

Le *plea bargaining* dans le système pénal américain. La constitutionnalité du *plea bargaining* a été établie par la Cour Suprême des Etats-Unis en 1970 dans l'arrêt *Brady v. US*, laquelle conclut que la procédure de plaider coupable est inhérente au droit pénal et à son administration. Elle a par ailleurs ajouté à l'occasion d'une affaire, que la justice pénale américaine aujourd'hui, consiste pour la plus grande part, en un ensemble de transactions et non en un ensemble de procès.⁷⁶ Le *plea bargaining* (ou *negotiated plea*) est un aveu de culpabilité précédé d'une négociation, que certains qualifient de « marchandage sur la peine ». Il s'agit d'une procédure de jugement simplifiée et accélérée qui permet d'éviter un procès sur la culpabilité par le biais d'une transaction. Cette procédure se schématise par un accord entre un procureur et un mis en cause par lequel l'intéressé renonce à l'exercice de prérogatives constitutionnelles et plaide coupable d'une infraction de moindre importance ou de l'une des multiples charges en échange de quelques concessions du procureur pouvant consister en une recommandation de peine clémente et/ou la réduction des charges quelle que soit la gravité de l'infraction.⁷⁷ Le procureur voit donc ses compétences augmentées puisqu'il dispose du pouvoir de sanction, soumis certes à l'homologation du juge, alors que le contrôle juridictionnel se réduit à un contrôle de légalité.⁷⁸

Le *plea bargaining* s'applique à toutes les infractions, c'est-à-dire aussi bien en matière de *felony* (infractions punissables d'un emprisonnement en général supérieur à un an ou de la peine de mort) que de *misdemeanor* (infractions punies d'une amende ou d'une peine inférieure à un an d'emprisonnement). Par ailleurs, il s'applique à toutes les personnes, qu'elles soient majeures ou mineures, et il n'y a aucune restriction s'agissant de la peine,

⁷⁶ *Lafler v. Cooper* n°10-209. 21 mars 2012.

⁷⁷ B. Garner, *Black's Law Dictionary*, West, 9th ed, 2009 « *plea bargaining* ».

⁷⁸ Marie-Sophie Baud, « *La manifestation de la vérité dans le procès pénal : une étude comparée entre la France et les Etats-Unis* ». Dalloz « *Les Cahiers de la Justice* » p. 715.

outre les peines obligatoires et les barèmes de peines (les *threere strikes laws* obligent le juge à prononcer des peines extrêmement sévères aux mis en cause venant de commettre leur troisième *felony*).⁷⁹ Au regard de son champ d'application extrêmement large et de ses modalités d'application, le *plea bargaining* peut être utilisé aisément et tel est le cas, puisqu'il concerne 90% des dossiers aux Etats-Unis, nonobstant plusieurs controverses, cette procédure est devenue le droit commun du traitement des affaires pénales sur le territoire américain.⁸⁰ Il faut bien comprendre toutefois, que le choix de cette procédure implique corrélativement, une renonciation au « *due of process of law* » autrement dit en français, à tout procédé juridique traduisant la volonté expresse ou tacite du mis en cause, de se dépouiller d'une prérogative, de l'abandonner ou de l'abdiquer, alors qu'il pourrait encore la faire valoir.⁸¹ Le professeur Milton Heumann a donné une définition très éloquente du *plea bargaining* : « C'est une procédure par le biais de laquelle un mis en cause renonce à son droit à un procès en bonne et due forme en contrepartie d'une réduction de charges et/ou de peines ». Par conséquent, cette renonciation doit être obligatoirement volontaire mais aussi consciente et intelligente. Cela suppose que le mis en cause soit en mesure de connaître l'ensemble de ses droits et qu'il comprenne les conséquences d'une telle renonciation. La question de l'intégrité du consentement de l'accusé concentre ainsi, toutes les attentions, c'est pourquoi la Cour Suprême américaine se montre très exigeante quant au contrôle de la volonté de l'accusé de recourir à une telle procédure.⁸²

Enfin, il faut préciser que le *plea bargaining* ne se confond pas nécessairement avec le *guilty plea*, lequel consiste en une reconnaissance formelle de culpabilité devant une juridiction. Il peut donc être spontané et libre c'est à dire sans négociation préalable même si en général, il est rare que cette stratégie de défense soit désintéressée.⁸³ Aux Etats-Unis, c'est en 1804 que la première affaire de *guilty plea* est répertoriée dans l'Etat du Massachusetts, il s'agissait de

⁷⁹ Babacar Niang « Qu'est-ce que le plea bargaining ? » Dalloz « *Les Cahiers de la Justice* » p. 95.

⁸⁰ C. Emilio, *Plea bargaining in the United States : a perversion of justice*. Revue internationale de droit pénal. 2012 p.109.

⁸¹ P. Frumer « *La renonciation aux droits et libertés - La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle* » 2001. p13.

⁸² *People v. Nunez*

⁸³ *US v. Bernard Madoff*, Southern District of New York. Mai 2009. Dans cette affaire, il était poursuivi pour onze chefs d'accusation, il a décidé de plaider coupable sans aucun accord, et a été condamné à 150 ans de réclusion criminelle.

l'affaire *Commonwealth v. Battis*.⁸⁴ C'est en 1841 que la première affaire de *plea bargaining* a quant à elle, eu lieu, à l'occasion de l'arrêt *Commonwealth v. Susan Boston*.⁸⁵

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans le système pénal français. En France, c'est la loi du 9 mars 2004 dite « Perben II » qui a institué la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, appelée « plaider coupable ». Il s'agit également d'une procédure de jugement simplifiée de délits mais qui se distingue du *plea bargaining* en ce qu'il ne s'agit pas d'une véritable négociation mais d'une proposition de peine, faite par le procureur au prévenu reconnaissant les faits, lequel peut soit l'accepter soit la refuser. En cas d'accord, la proposition est homologuée par le président du tribunal judiciaire. Le procureur ne peut requérir qu'une amende inférieure au maximum de l'amende encourue et lorsqu'est proposée une peine d'emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à un an ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue.⁸⁶ La CRPC suppose que la personne reconnaisse non seulement les faits qui lui sont reprochés mais aussi qu'elle accepte leur qualification pénale retenue par le parquet.

En 2019, près de 84 749 ordonnances d'homologation de CRPC ont été rendues par des juridictions pénales, ce nombre ne fait qu'augmenter.⁸⁷ Cette montée en puissance s'est accompagnée d'une extension de son champ d'application car initialement, le code de procédure pénale réservait la CRPC aux délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans. Depuis une loi du 13 décembre 2011, cette procédure s'applique à tous les délits, à l'exception de certains délits limitativement énumérés. Ainsi, le délit de corruption d'agents publics étrangers est susceptible de faire l'objet d'une CRPC.

Toutefois, la circulaire ministérielle reste à ce sujet, extrêmement prudente : « la procédure de la CRPC pourra notamment être utilisée pour la poursuite du délit de corruption à l'issue d'une enquête préliminaire ou d'une information judiciaire, mode de poursuite suggéré notamment par les instances internationales de lutte contre la corruption (GRECO, OCDE).

⁸⁴ 1 Mass. 72, 1 Will. 72 (1804)

⁸⁵ George Fischer, *Plea Bargaining's Triumph : A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University, 2003.

⁸⁶ Article 495-8 code de procédure pénale.

⁸⁷ Ministère de la justice/SG/SDSE, cadres du parquet, tableaux de bord des tribunaux pour enfants, fichier statistique Cassiopée (données 2019) ; rapport annuel de la Cour de cassation.

Au regard du caractère non public de la première phase de cette procédure, l'utilisation de la CRPC dans cette matière devra être strictement limitée aux dossiers les plus simples dans lesquels le pacte de corruption constitue un événement isolé. Le parquet ne devra en revanche pas y recourir lorsque la complexité des faits, la personnalité de leur auteur ou des motifs d'intérêts généraux justifieront une audience publique devant le tribunal correctionnel ».⁸⁸

Autre différence à préciser, contrairement au *plea bargaining*, la procédure de CRPC n'entraîne pas une renonciation au droit à un procès équitable mais une renonciation temporaire à l'exercice de prérogatives procédurales.⁸⁹ C'est le PNF qui s'est saisi de cet instrument pour la première fois, en concluant une telle transaction avec une banque, en janvier 2016 dans une affaire de blanchiment de fraude fiscale.⁹⁰

En somme, bien que le *plea bargaining* américain se différencie des conditions procédurales du plaider coupable français, la philosophie de l'accord est la même et l'un comme l'autre produit les effets d'une condamnation.⁹¹

La justice dite négociée comprend ainsi deux transactions de nature bien différente, la transaction avec reconnaissance de culpabilité (le *plea bargaining* américain et la CRPC française) expliquée ci-dessus, et la transaction sans reconnaissance de culpabilité. Cette dernière comprend le « *deferred prosecution agreement* » et le « *non prosecution agreement* » aux Etats-Unis. La France quant à elle, s'est petit à petit rapprochée de ce système en intégrant la convention judiciaire d'intérêt public, créée par la loi sapin 2.

Transaction sans reconnaissance de culpabilité : *deferred prosecution agreement*.

L'objectif de ladite transaction vise à faciliter la négociation avec l'entreprise et favoriser une résolution transactionnelle, comme son nom l'indique, ni reconnaissance, ni déclaration de culpabilité ne sont effectuées, bien qu'il y ait une reconnaissance des faits, nécessaires. Il existe aux Etats-Unis, deux instruments : le *deferred prosecution agreement* (DPA) et la *non prosecution agreement*. (NPA)

⁸⁸ Circulaire du 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles étendant les procédures d'ordonnance pénale et de CRPC.

⁸⁹ Babacar Niang « Qu'est-ce que le *plea bargaining* ? » Dalloz « *Les Cahiers de la Justice* » p. 92.

⁹⁰ « Fraude fiscale : la banque Reyl accepte une amende de 2,8 millions d'euros ». www.lemonde.fr

Deferred prosecution agreement. Son origine se trouve au sein du *Speedy Trial Act* de 1974 qui dispose que « les délais prévus par la loi sont suspendus durant la période pendant laquelle les poursuites ont été différées, sous réserve de la satisfaction de plusieurs conditions, dans le but de permettre au défenseur de démontrer sa bonne conduite. » Ce mécanisme a été introduit en 1997 dans les *US sentencing Guidelines Manual* permettant aux personnes morales et non plus aux seules personnes physiques comme prévu dans le *Speedy Trial Act*, de conclure un accord avec le DOJ ou la SEC afin de différer les poursuites en matière de corruption d'agents publics étrangers sur le fondement du FCPA.

Les autorités de poursuite vont mettre en mouvement la procédure par le dépôt d'une plainte auprès du tribunal compétent mais requièrent en même temps du juge qu'il suspende les poursuites en considération des engagements pris par l'entreprise. Notamment, le paiement d'une amende conséquente, une coopération accrue avec le DOJ, l'admission de certains faits à l'origine des poursuites, l'obligation de ne pas publiquement les contredire ainsi que la mise en place au sein de l'entreprise d'un programme de conformité, la société s'engage naturellement à ne pas violer de loi fédérale sous peine de fin anticipée du DPA et de reprise des poursuites.⁹² A l'issue de la période fixée par le DPA, si le DOJ estime que la société a rempli ses engagements, il abandonne les charges et la société n'est donc pas considérée comme ayant été condamnée, en dépit de la reconnaissance des faits et de l'amende transactionnelle.⁹³

Par conséquent, la reconnaissance des faits (mais non de la culpabilité) et le programme de conformité constituent les deux piliers d'un DPA. C'est en 1993 que le premier DPA est conclu avec la société Armour of America pour un montant de 20 000 dollars, montant qui aujourd'hui paraît dérisoire. En effet depuis, l'entreprise Siemens par exemple, a dû payer 800 millions de dollars dans le cadre d'un DPA⁹⁴ et Total 398 millions de dollars.⁹⁵

Non prosecution agreement. Il permet au procureur de récompenser la coopération de certains témoins en les excluant du champ des poursuites.⁹⁶ Dès lors que le NPA est assorti de conditions tenant à la coopération mais aussi au paiement d'une amende, ou à certaines autres mesures de remédiation, le NPA se transforme en un procédé transactionnel de sanction

⁹² Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.113.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ US v Simenes Aktiengesellschaft, 2008.

⁹⁵ US v Total SA, 2013.

⁹⁶ Principles of Federal Prosecution, USAM §9-27.600.

et de probation très similaire au DPA. Toutefois, à sa différence, le NPA n'implique pas qu'un tribunal soit saisi, ainsi le procureur se réserve le droit d'engager des poursuites mais s'en abstient afin que l'entreprise satisfasse à ses engagements, lesquels sont généralement inspirés de ceux contenus des DPA. (Coopération accrue, paiement d'une amende conséquente, mise en place ou renforcement d'un programme de conformité, nomination éventuelle d'un moniteur indépendant).⁹⁷

Par exemple un NPA a été conclu en matière de FCPA avec la SEC le 22 avril 2013 avec la société Ralph Lauren lui permettant d'éviter des poursuites judiciaires. Aussi, le DOJ a conclu un NPA avec ladite société, laquelle s'est acquittée d'une amende de 882 000 dollars auprès du DOJ et d'une pénalité civile de 734 846 dollars auprès de la SEC compte tenu de faits effectués par sa filiale en Argentine entre 2005 et 2009, en relation avec le dédouanement de marchandises.

Le choix du DOJ de conclure un DPA plutôt qu'un NPA dépend de certains facteurs dont la gravité des faits, la qualité de la coopération de l'entreprise concernée mais aussi la solidité des preuves dont dispose le DOJ. Le NPA est perçu comme moins stigmatisant car il ne s'accompagne d'aucune poursuite, il est donc préféré par les entreprises défenderesses bien qu'il s'agisse de documents publics accessibles sur Internet et implique une reconnaissance des faits.⁹⁸

Convention judiciaire d'intérêt public. La loi Sapin 2 franchit une étape supplémentaire en matière de lutte anticorruption en créant une nouvelle forme de transaction, la convention judiciaire d'intérêt public. Cette procédure transactionnelle permet au procureur de la République de proposer à une personne morale mise en cause pour certains délits d'atteinte à la probité de souscrire à des engagements sous la forme d'une convention, avant toute mise en mouvement de l'action publique.⁹⁹ Directement inspirée des DPA américains, la CJIP n'implique aucune déclaration de culpabilité et n'a pas les effets d'un jugement de condamnation. C'est ainsi que cette nouvelle procédure a intégré le code de procédure pénale français à l'article 41-1-2, prévoyant la possibilité pour le procureur de proposer à une personne morale mise en cause pour un délit de corruption, de fraude fiscale ou de blanchiment, de conclure une CJIP imposant une ou plusieurs obligations telles que le

⁹⁷ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.115.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ M. Galli, Une justice pénale propre à la personne morale, RCS 2018. E. Vergès, La procédure pénale hybride, RCS 2017.

versement d'une amende d'intérêt public, la reconnaissance des faits, la soumission à un programme de conformité sous la surveillance de l'AFA, la réparation du préjudice de la victime dès lors qu'elle est identifiée. Ce n'est qu'après la validation par le président du tribunal judiciaire à l'issue d'une audience publique et contradictoire que la convention peut entrer en vigueur. Après validation de la convention, celle-ci est publiée sur le site Internet de l'AFA.

La CJIP est controversée, certains estiment qu'il s'agit « du socle d'une politique pénale innovante de prévention de la corruption »¹⁰⁰, d'autres évoquent « un drôle de cadeau pour les entreprises »¹⁰¹, toujours est-il qu'elle présente des avantages évidents tant pour les pouvoirs publics que pour les acteurs privés. En effet, elle permet de régler rapidement des affaires exigeant des enquêtes longues et complexes et fait éviter aux intéressés, une procédure pénale et neutralise les risques collatéraux qui résulteraient d'une condamnation, comme l'exclusion de l'accès aux marchés publics. L'introduction de la CJIP dans l'ordre juridique national aurait ainsi pour objectif de juguler cette asymétrie d'informations qui existe entre pouvoirs publics et acteurs privés.¹⁰² Dans cette perspective, il serait alors possible de voir dans la consolidation du droit pénal substantiel applicable aux délits de corruption le « bâton » que la loi Sapin 2 montre aux acteurs privés ; et dans la CJIP la « carotte » que ladite loi offre aux acteurs privés afin d'obtenir leur coopération pour la détection des faits de corruption, notamment internationale, qui les concernent ; et les induire dès lors à se convertir, de « criminels potentiels », en « gendarmes ».¹⁰³

Le 30 octobre 2017, le PNF a conclu la première CJIP en France, avec la HSBC Private bank SA laquelle a été homologuée par le tribunal de grande instance de Paris, le 14 novembre suivant. Il était reproché à la banque d'avoir fourni à ses clients français des outils de nature à dissimuler leurs avoirs (comptes non nominatifs, offre de transferts d'avoirs vers des sociétés *off shore*). Le montant de la dissimulation s'élève à 1,6 milliards d'euros sur la période 2006-

¹⁰⁰ A. Mignon Colombet, La justice négociée en France : un modèle en construction pour les entreprises, in Gaude- met (dir.), La compliance : un monde nouveau ? p. 65

¹⁰¹ F. Stasiak, Les apports de la Loi Sapin II en matière de lutte contre la corruption : drôle de cadeau pour les entreprises.

¹⁰² Luca d'Ambrosio, L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi sapin 2. Dalloz Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. p 21.

¹⁰³ Cette expression est empruntée à J. Arlen, Corporate Criminal Enforcement in the United States : Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops, New York University School of Law, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper no 17-09.

2009. Les faits ont été qualifiés de démarchage illicite et de blanchiment de fraude fiscale aggravé. La banque a accepté de transiger avec le PNF moyennant le versement de 300 millions d'euros, somme plus qu'exemplaire dans la mesure où juridiquement, l'amende ne peut dépasser 30% du chiffre d'affaire annuel, soit 157 millions en l'espèce. Cette sévérité s'explique en partie par la non-reconnaissance des faits par la banque et sa coopération minimale à l'enquête.

Bien que le *deferred prosecution agreement* américain et la convention judiciaire d'intérêt public française ont un fonctionnement similaire et poursuivent les mêmes objectifs, certaines différences subsistent. Parmi elles, leur champ d'application respectif, en effet si la conclusion d'un DPA est possible pour les personnes physiques et les personnes morales, seules les personnes morales dont l'effectif est de plus de 500 personnes et le chiffre d'affaire de plus de 100 millions d'euros peuvent procéder à une CJIP. Par ailleurs, si le DPA peut avoir lieu pour un grand nombre d'infractions et ce à la discrétion du DOJ, la CJIP ne se conçoit que pour certains délits limitativement énumérés dans le code pénal. Autre différence, si les deux mécanismes font naître une obligation de mettre en place un programme de *compliance* effectif, en cas de non-respect de cette obligation les conséquences diffèrent. Le DOJ ou la SEC peuvent poursuivre la personne morale pour les faits qui lui étaient reprochés alors qu'en France, dès lors que le juge a homologué la CJIP, l'action publique contre l'entreprise est éteinte. Ainsi aux Etats-Unis, l'action publique demeure tant que l'obligation de mise en conformité n'a pas été pleinement satisfaite.

Ce programme de conformité étant une mesure essentielle au cœur du FCPA et de la loi Sapin 2, mérite d'être expliqué.

Chapitre 2 : Le programme de mise en conformité au cœur de la lutte contre la corruption transnationale

Aux Etats-Unis, les *Sentencing Guidelines* dès 1991, prévoyaient la possibilité pour les entreprises, de mettre en place un programme de conformité ce qui aurait pour conséquence de faire « gagner » jusqu'à trois points dans le calcul du « score de culpabilité » si ledit programme était efficace au moment de l'infraction. Il permettait ainsi d'obtenir une réduction de peine mais uniquement si ce programme existait à la date des faits. C'est véritablement le DOJ qui a fait évoluer les choses en tenant compte dudit programme au moment des faits mais aussi lorsqu'il était introduit ou amélioré entre la date des faits et la

date du règlement transactionnel. Cette nuance incite par conséquent les entreprises, à améliorer leur système de conformité dès le début de l'affaire et ce sans attendre l'issue de l'enquête et des négociations avec les autorités. La seconde évolution majeure a consisté pour le DOJ et la SEC à conditionner le bénéfice d'une sanction minorée à la mise en place ou l'amélioration du programme de conformité après la date du règlement transactionnel. Sont concernées toutes les formes de transaction pénale déjà mentionnées : le *guilty plea*, le *deferred prosecution agreement* et le *non prosecution agreement*.

C'est une fois de plus en réaction à la législation américaine que le législateur français a introduit dans la loi Sapin 2, un programme de mise en conformité afin d'assurer une meilleure articulation de la sanction et de la prévention.

Section I : Une diversité de méthodes garantissant un combat effectif

Dix piliers d'un programme de conformité efficace aux Etats-Unis. En 2010 le DOJ et la SEC ont conjointement publié le *FCPA Guide* dans lequel ils ont énoncé les dix piliers d'un programme de conformité efficace. Ledit programme doit comporter un code de conduite et de procédures de conformité, il doit par ailleurs démontrer l'engagement réel en prévoyant une politique anti-corruption dont l'énoncé doit être très claire. Aussi, un département de conformité doit assurer le contrôle et l'autonomie, analyser l'ensemble des risques, mettre en place des mesures disciplinaires et assurer la formation des employés en la matière. Toutes les parties tierces doivent faire l'objet de *due diligence*, il en va de même pour toutes les opérations de fusion acquisition. Enfin, le DOJ et la SEC prévoient un dispositif d'alerte confidentielle, d'enquêtes internes afin de déceler la corruption de l'intérieur plus facilement. Enfin, ce programme de mise en conformité doit sans cesse évoluer, faire l'objet d'améliorations, raison pour laquelle des audits et des révisions périodiques doivent être effectués. Pour chacun des piliers les autorités américaines ont pris le soin de détailler et expliquer afin d'aider les entreprises dans leur démarche et les encourager. Elles ont par ailleurs ajouté que la mise en place d'un tel programme supposait une réelle bonne foi des entreprises, de ses dirigeants et employés. Ainsi, le programme relevant simplement de la bureaucratie ou de la cosmétique¹⁰⁴ ne sera naturellement pas considéré comme répondant aux attentes du DOJ et de la SEC.

¹⁰⁴ FCPA Guide : *check-the-box* pour bureaucratie et *window-dressing* pour cosmétique.

La France s'est profondément inspirée de ces piliers et a proposé à l'occasion de la loi Sapin 2, les huit piliers indispensables et attendus par les autorités françaises. Si l'objectif est commun à savoir la lutte contre la corruption transnationale et les mesures presque similaires, certaines mesures divergent sensiblement comme le dispositif d'alerte et son lanceur, notion qui sera développée.

Huit piliers d'un programme de conformité efficace en France. La loi Sapin 2 instaure l'obligation d'un plan de prévention de la corruption pour les sociétés françaises employant au moins 500 salariés et dont le chiffre d'affaire annuel est supérieur à 100 millions d'euros. Ce plan comprend comme aux Etats-Unis, un code de conduite définissant et illustrant les différents comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption, il doit être intégré au règlement intérieur de l'entreprise et fait l'objet de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du code du travail. Ce code peut prendre diverses formes telles que des fiches, un manuel, une formation disponible sur l'intranet de l'entreprise, mais doit énoncer les règles éthiques de l'entreprise, les orientations générales, les normes comportementales, les pratiques commerciales, les actions disciplinaires, la définition des responsabilités etc. En somme, ce code a un impact direct sur les relations commerciales, son élaboration implique donc une réflexion approfondie et doit exposer l'ensemble des valeurs, principes et bonnes pratiques de la société. En cas de violation, un régime disciplinaire sanctionnant les salariés est naturellement prévu.

La loi Sapin 2 a aussi prévu une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption. Cette cartographie est intimement liée aux secteurs d'activités et aux zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité.

Autre similitude, la nécessité de mettre en place des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques. Ces procédures impliquent la collecte d'informations auprès des tiers au moyen de questionnaires standardisés, l'analyse de ces éléments et l'élaboration de nouvelles mesures de lutte contre les pratiques à proscrire.

Pour assurer une prévention optimale, le législateur français a également prévu la mise en place d'un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption.

La loi Sapin 2 a par ailleurs ajouté la nécessité de mettre en place des procédures de contrôles comptables interne ou externe, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés à masquer des faits de corruption. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la société, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L.823-9 du code de commerce. Ce contrôle comptable peut s'apparenter à plusieurs choses comme l'élaboration de documents de transaction standardisés, la mise en place de procédures nécessitant l'accord d'un responsable pour les transactions importantes, le verrouillage du système financier etc. Le DOJ et la SEC n'ont pas évoqué explicitement cette notion de contrôle comptable à proprement parler, bien qu'elle soit incluse dans les audits. Par ailleurs le FCPA prévoit la répression d'infractions comptables et financières, entendues plus largement que la corruption transnationale.

Afin que toutes ces mesures soient efficaces, un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des moyens mis en œuvre doit être prévu, il s'agit de s'assurer que le plan de prévention est optimal et effectif.

Enfin, un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société. Cette dernière mesure mérite un développement en ce qu'elle doit être bien comprise.

Caractéristiques du dispositif d'alerte anticorruption. L'article 17 de la loi Sapin 2 énonce l'obligation de mettre un tel dispositif dans les grandes organisations de plus de 500 salariés dès lors qu'il y a des doutes ou l'existence d'une situation contraire au code de conduite anticorruption. Le signalement ne peut émaner que des salariés de l'entreprise. Ainsi, ce dispositif ne doit donc pas être confondu avec le lanceur d'alerte mentionné au chapitre 2 de la loi Sapin 2 qui concerne toutes les organisations de plus de 50 salariés, ayant vocation à s'appliquer à la dénonciation d'un large éventail de faits (pas exclusivement la corruption) et est ouvert aux salariés et collaborateurs occasionnels et extérieurs.

Le dispositif d'alerte anticorruption doit être étudié avec son lanceur. Si aucune autorité ne délivre le statut de lanceur d'alerte, des critères cumulatifs permettent de l'identifier et lui appliquer un régime protecteur. Il doit s'agir naturellement d'un salarié qui révèle ou signale de manière désintéressée et de bonne foi, un comportement ou une situation contraire au code de conduite dont elle a eu personnellement connaissance. Par ailleurs, le signalement doit obligatoirement avoir été effectué en respectant la procédure de signalement définie par la loi,

ainsi, les faits, informations ou documents couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre avocat et son client, sont exclus du régime de l'alerte. Ce dispositif d'alerte interne de l'organisation précise plusieurs éléments : le rôle du supérieur hiérarchique qui doit informer sans délai la réception de l'alerte et informer du délai de traitement ; le référent désigné pour recueillir les alertes doit informer son auteur de la clôture de la procédure. Aussi, la confidentialité de l'auteur, des faits et des personnes visées doit être assurée et implique la destruction des éléments du dossier en l'absence de suite. Enfin, une politique de traitement des signalements anonymes doit être garantie.¹⁰⁵

Le lanceur d'alerte et son régime de protection. Le lanceur d'alerte bénéficie d'un régime protecteur notamment une irresponsabilité pénale pour les secrets protégés par la loi sauf les trois exceptions mentionnées, une stricte garantie de confidentialité que doit offrir la procédure graduée, une autorité indépendante qui veille à leur protection et à la défense de leurs droits, une protection contre toutes représailles notamment par l'employeur mais aussi des sanctions civiles et pénales en cas de divulgation de leur identité.

Le lanceur d'alerte existe également aux Etats-Unis comme nous l'avons évoqué, la SEC a instauré un programme dans lequel il récompense les personnes qui signalent et fournissent volontairement des renseignements originaux, opportuns et crédibles sur des activités criminelles. La récompense est rétribuée sur le montant total de la pénalité payée par le contrevenant à la SEC, elle peut varier de 10% à 30% des sommes collectées lorsque les pénalités appliquées sont supérieures à un million de dollars.¹⁰⁶ En vertu de la loi, la SEC protège la confidentialité des lanceurs d'alerte, ces derniers déposent leurs plaintes anonymement et sont protégés contre toutes représailles en vertu de la loi Dodd-Frank. Par conséquent, la différence majeure entre le système français et américain est la rémunération du lanceur d'alerte. Cette question est fortement controversée, certains y voient une forme d'encouragement à la délation. Monsieur Duchaine, directeur de l'AFA s'est exprimé sur ce point à l'occasion d'une conférence à Assas : « Un certain nombre de gens viennent nous voir et cherchent à savoir ce que cela va leur apporter, s'ils voient que cela ne va leur apporter que des ennuis, généralement ils gardent leur alerte pour eux, peut-être d'ailleurs la donneront ils aux américains car eux payent, c'est une question qui à mon avis, doit se poser. »

¹⁰⁵ Agence française anticorruption : Le dispositif d'alerte interne anticorruption Septembre 2018.

¹⁰⁶ Whistleblower Program, US Securities and Exchange Commission, 2018 Annual report to Congress

En 2018, la SEC a offert des récompenses à hauteur de 50 millions de dollars en mars et 39 millions en septembre. En 2019, à hauteur de 60 millions de dollars pour huit lanceurs d'alerte. Chacun d'entre eux ont volontairement fourni des « informations originales » qui ont soit engendré l'ouverture d'une enquête, soit largement permis une action de mise en application de la loi. En 2020 ce sont 114 millions de dollars de récompense qui ont été annoncés fin octobre.¹⁰⁷ Ces montants exorbitants peuvent finir de convaincre de l'intérêt de telles politiques de protection des lanceurs d'alerte pour la France. Ces chiffres sont la preuve mathématique qu'une prise en charge financière encourage les initiatives d'alerte et la preuve factuelle que protéger un lanceur d'alerte favorise le recouvrement exponentiel de deniers publics.¹⁰⁸

De 2012 jusqu'à 2019, le nombre de signalements d'alerte reçus par la SEC a augmenté de près de 74%. Par ailleurs, depuis le début du programme des lanceurs d'alerte, la SEC a aussi reçu des signalements d'individus provenant de cent vingt-trois pays étrangers et le plus grand nombre de signalements reçus par l'OWB¹⁰⁹ en 2019 provenaient de la France, du Canada, de l'Allemagne et du Royaume-Unis, sans doute pour l'efficacité de son système comparé aux autres législations nationales. La France perd des dizaines de cas d'alertes tous les ans, des rentrées en conséquence, faute d'une protection effective.¹¹⁰

Si les programmes de conformité américains et français comportent les mêmes mesures à quelques différences près, nous pouvons constater à quel point la question de la rémunération des lanceurs d'alerte emporte beaucoup d'enjeux. Il serait sûrement judicieux de transposer le régime américain en la matière afin d'assurer une meilleure efficacité et effectivité, du dispositif français. Il est cependant normal que la législation française en matière de corruption fasse l'objet d'ajustements puisqu'elle est quelque peu récente comparée au FCPA. Il est d'ailleurs intéressant de se demander quelle est la vision de la loi Sapin 2 à l'étranger et se demander si finalement, la France a regagné en crédibilité internationale en matière de lutte contre la corruption grâce à cette loi.

Section II : La perception de la loi Sapin 2 à l'étranger

¹⁰⁷ « Le lanceur d'alerte n'est pas un délateur. » Pierre Farge. P.88.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Oracle Warehouse Builder.

¹¹⁰ « Le lanceur d'alerte n'est pas un délateur. » Pierre Farge. P.89.

Vision du professeur Manacorda, enseignant à Naples. A l'occasion d'une conférence organisée par le professeur Antoine Gaudemet à Assas, Monsieur Manacorda, enseignant à l'Université de Naples s'est exprimé sur la perception de la loi Sapin 2 à l'étranger : « À mon sens, cette loi est à la fois un objet mystérieux et fascinant du point de vue du professeur que je suis et un objet menaçant du point de vue des entreprises étrangères qui souhaiteraient s'implanter dans les marchés français. Objet mystérieux car la *compliance* joue sur trois dimensions dans cette loi. D'abord en tant qu'obligation emportant un certain nombre de conséquences, c'est le premier élément qui frappe l'observateur étranger, elle joue en tant que sanction avec les peines qui peuvent être infligées à l'encontre des personnes morales, et enfin en tant qu'injonction. Il semblerait finalement qu'il y ait une certaine transfiguration à la française de la *compliance* puisque la conformité en tant que telle est un mouvement qui suppose une coopération et une autodiscipline des entreprises. Le défaut de conformité engendre une sanction à la fois sur le plan administratif et pénal. »

Réponse du Ministre Monsieur Sapin. Ce dernier a précisé que : « le caractère menaçant est exact et voulu, c'est une volonté du législateur d'étendre jusqu'à un certain point l'extraterritorialité pour ne pas se trouver dans une situation de faiblesse compte tenu de l'inventivité de ceux qui ont délibérément décidé d'utiliser la corruption comme un moyen de regagner des marchés et garantir toute l'indépendance au parquet et magistrats afin qu'ils puissent mettre en œuvre cette extraterritorialité. Malheureusement c'est souvent insatisfaisant, au fond il faudrait une directive européenne qui permettrait aux italiens par exemple, d'être menacés tout autant par les autorités italiennes que françaises, cela permettrait également, une coopération entre ces deux autorités. »

Opinion personnelle. Selon moi, l'adoption de la loi Sapin 2 avait pour principal objectif de réaffirmer la souveraineté française en matière de lutte contre la corruption transnationale, et montrer que la France ne ferme nullement les yeux sur ce phénomène. Si cette loi peut effrayer et menacer nos voisins européens comme l'atteste le professeur Manacorda, je doute que cette loi bouleverse profondément les entreprises américaines, suffisamment inquiétées par leur propre législation, réputée pour leur sévérité exemplaire. Après avoir étudié les subtilités des législations américaines et françaises, il est intéressant de connaître leur impact dans la pratique au sein des entreprises.

DEUXIEME PARTIE : Une prise en compte variable de la réglementation par les sociétés

Comme évoqué, les entreprises françaises sont confrontées aux existences du FCPA mais aussi à toutes les spécificités de la procédure pénale américaine telles que l'échelle des sanctions, les techniques d'enquête, la prime à la coopération ou la tendance au règlement transactionnel.¹¹¹ La loi Sapin 2, en insérant une nouvelle forme de transaction pénale dans le droit français, contribue à un certain rapprochement. Depuis plusieurs années, on assiste à un phénomène paradoxal mais réel : de nombreuses entreprises françaises demandent davantage d'efficacité et de sévérité de la part de la justice pénale française afin de ne pas être laissées seules face à la dure mécanique d'un système judiciaire américain qui pourrait en outre, être tenté par le *French Bashing*.¹¹² L'émergence de la loi Sapin 2 a entraîné une évolution importante dans l'organisation interne des entreprises qui n'ont pas eu le choix que de s'y conformer.

Titre I : Réception des lois anticorruption par les entreprises

Si la plupart des entreprises n'ont pas attendu 2016 pour faire pénétrer les questions de moralité au sein des équipes, la loi Sapin 2 les a tout de même contraint à ne pas se contenter d'une politique éthique de façade qui n'aurait aucune résonance, aucun impact réel. Il est donc très intéressant d'analyser comment les entreprises se sont organisées pour être conforme avec la législation et les conséquences qu'une telle loi a engendré.

Chapitre 1 : La loi Sapin 2 entre contrainte et opportunité

¹¹¹ Emmanuel Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p.96.

¹¹² *Ibid.*

Grâce à plusieurs témoignages de professionnels, j'ai pu connaître leurs avis sur cette loi et sur ce qu'elle implique. La première chose qu'elle a engendré est le développement d'une profession qui va devenir de plus en plus indispensable dans les structures : le responsable de la *compliance* autrement dit, le *compliance officer*.

Section I : L'émergence d'une profession, le *compliance officer* : évolution, missions, responsabilités

Une perception nouvelle du *compliance officer*. Apparue au tout début des années 2000, la fonction conformité a rapidement été considérée comme obstacle au développement du business, la mal-aimée des fonctions supports. Mais la pression réglementaire de ces dix dernières années a mis en lumière cette fonction, considérée aujourd'hui comme un nouvel allié précieux. Ce sont en premier lieu les banques qui l'ont compris : afin d'assurer une parfaite maîtrise des risques réglementaires, elles doivent intégrer cette fonction dans les processus de décisions stratégiques.¹¹³

Une évolution sociologique. La fonction a longtemps été occupée par un cadre supérieur dévoué corps et âme, parfois à ses dépens, aux dirigeants de l'entreprise. Cela a bien évolué, la fonction s'est rajeunie et diversifiée dans ses origines académiques en même temps qu'elle se professionnalisait et se généralisait à un grand nombre d'entreprises.¹¹⁴ En effet, le responsable de la conformité chargé de faire des formations en interne et de participer à des conférences pour montrer à l'extérieur que l'entreprise est engagée dans une politique de *compliance* et d'éthique, politique souvent de vitrine ou de façade, a bien changé. La plupart des grandes entreprises ont un directeur de la *compliance* professionnel de la gestion des risques avec une formation et une expérience de la fraude et du contrôle interne.¹¹⁵

Missions des *compliance officers*. Souvent rattaché à la Direction Générale, il est le spécialiste de la gestion des risques d'une organisation quelle qu'elle soit : entreprise, association, établissement bancaire... Ses principales missions consistent à mettre en œuvre

¹¹³ Bankobserver : Découvrez le nouveau visage du *compliance officer*.

¹¹⁴ Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice. La revue du département intelligence et sécurité économiques. L'entreprise face au nouveau contexte réglementaire : des enjeux de puissance et de compétitivité. Décembre 2018.

¹¹⁵ *Ibid.*

les règles de déontologie et de contrôle interne, veiller à ce que l'entreprise soit en conformité avec toutes les réglementations en vigueur sur le plan local et international, mener des audits juridiques, techniques, comptables, organisationnels. Il doit aussi établir et documenter les procédures et méthodologies concernant les activités de l'entreprise et former les salariés à la bonne compréhension et application des procédures. Ce qui doit absolument être considéré comme prioritaire, est la diffusion d'une culture éthique pour assurer l'effectivité des procédures, des politiques internes, des *guides line*. Par ailleurs, si les missions restent similaires, le domaine d'intervention de la fonction s'élargit au fur et à mesure que les normes deviennent de plus en plus précises et complexes. Obligation d'enregistrer les conversations téléphoniques, obligation toujours plus étendue de *reportings*, gestion des conflits d'intérêts, fourniture de preuves afin d'atteindre le niveau de conformité exigé par de multiples régulateurs. Autant de procédés qui ont conduit à l'apparition d'expertises sectorielles.

Apparition des expertises sectorielles. La multiplication des réglementations a rendu la profession de plus en plus complexe, impliquant une connaissance accrue des législations. De ce fait, les *compliance officer* se spécialisent de plus en plus, faisant d'eux des experts dans une réglementation précise. Parmi les *compliance officer* expert, on peut citer les Data Protection Officers (DPO), les Responsables Conformité et Contrôle Interne (RCSI), les responsables de la sécurité financière, les responsables de la conformité dans les établissements bancaires, les responsables de l'Export Control et des sanctions économiques. Chacune de ces expertises faisant appel à une connaissance poussée du business, des *process* internes de l'entreprise, d'un corpus juridique et réglementaire spécifique et d'une connaissance des autorités de contrôle spécialisées et de leurs pratiques.¹¹⁶ La question principale inhérente à la fonction de *compliance officer*, est celle de sa responsabilité.

Le *compliance officer* : funambule ou chef d'orchestre ? Qu'il soit juriste, contrôleur interne ou responsable de l'audit, le responsable de la conformité est un funambule de la norme autant qu'un chef d'orchestre car il doit adapter la loi aux métiers et les métiers à la fin afin d'orchestrer la conformité de l'entreprise, sans l'alourdir.¹¹⁷ Il incarne l'exemplarité

¹¹⁶ Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice. La revue du département intelligence et sécurité économiques. L'entreprise face au nouveau contexte réglementaire : des enjeux de puissance et de compétitivité. Décembre 2018.

¹¹⁷ Revue Lamy droit des affaires n°143, 1^{er} décembre 2018. « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le *compliance officer* ? »

de la direction en étant parfois, un salarié de la structure c'est pourquoi il est essentiel de déterminer le régime légal de sa responsabilité.

Aux Etats-Unis, un *compliance officer* de l'entreprise américaine MoneyGram poursuivi dans le cadre du programme anti blanchiment de l'entreprise, a accepté de payer une amende de 250 000 dollars et a été interdit d'exercer dans tout type d'entreprise réalisant des transferts d'argent pendant trois ans. En effet, les autorités ont relevé qu'il n'effectuait pas les diligences nécessaires concernant des agents dont il suspectait les pratiques de fraude et de blanchiment, qu'il ne mettait pas en œuvre les mesures appropriées de due diligence ou d'audit et ne suspendait pas les relations identifiées comme à risque.¹¹⁸

En France, il n'existe à ce jour, aucun régime spécifique de responsabilité. En effet, la loi Sapin 2 fait uniquement reposer la responsabilité de la mise en conformité sur les dirigeants (les présidents, directeurs généraux, gérants) et la personne morale. Elle ne crée aucun régime de responsabilité spécifique de la personne chargée de piloter la mise en conformité de l'entreprise. La loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères ne prévoit pas non plus de disposition relative au référent de la conformité. Toutefois, dans la pratique, en cas de manquement ou d'infraction, quelles sont les sanctions encourues pour le responsable de la conformité ?

La performance du *compliance officer*. Bien qu'il existe un régime de protection profitant au salarié en droit du travail (il ne sera pas développé), le *compliance officer* n'est pas à l'abri du pouvoir de direction et de sanction de l'employeur. On pourrait supposer qu'en cas d'incapacité de remplir sa mission par exemple de mener une identification et une évaluation des risques ou un programme de formation, en raison de son insuffisance professionnelle, il puisse être licencié. Cependant la seule non-réalisation des objectifs fixés par l'employeur ne saurait constituer en soi une cause de licenciement,¹¹⁹ dès lors qu'elle est de nature à transférer les risques de l'entreprise sur le salarié. Le juge recherche donc si les objectifs étaient réalistes et si l'échec à les atteindre résulte de la faute du salarié. Sa protection cède naturellement en cas de faute lourde, autrement dit, celle d'une particulière gravité révélant une intention de nuire vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise. Il s'agirait par exemple, pour le responsable de la conformité de falsifier le registre des traitements de

¹¹⁸ United States Department of the Treasury, Fincen and Manhattan US Attorney Announce Settlement with Former MoneyGram Executive Thomas E. Haider, 4 mai 2017.

¹¹⁹ Cass. Soc. 3 avril 2001 n°98-44.069

données à caractère personnel ou de saboter un contrôle de l'AFA afin de nuire délibérément à son employeur.¹²⁰

Enfin c'est seulement en cas de faute délibérée du *compliance officer* que sa responsabilité pourra être éventuellement engagée vis-à-vis des tiers. Il devra avoir agi hors de ses fonctions, sans autorisation de sa hiérarchie ou d'un représentant de son employeur et à des fins étrangères à ses attributions pour voir sa responsabilité engagée, réduisant quasiment en pratique les hypothèses à la faute pénale intentionnelle pour laquelle il aurait été condamné.¹²¹

La position du *compliance officer* peut s'avérer délicate en pratique puisque s'il est chargé de détecter et signaler des risques et des violations légales, réglementaires ou éthiques, il peut être amené à agir contre ses collègues ou sa direction. La non dénonciation d'une infraction peut engager sa responsabilité pénale.

Responsabilité pénale du *compliance officer* en cas de commission d'une infraction. Le *compliance officer* peut être condamné pénalement alors même que l'infraction aurait été commise sur ordre et dans le seul intérêt de son employeur.¹²² Le chef d'entreprise peut tout à fait déléguer sa responsabilité au *compliance officer*, ce dernier verra sa responsabilité engagée dans les secteurs qui lui sont délégués, mais encore faut-il que la délégation soit valable. Cependant, en l'état actuel du droit, ladite délégation ne peut être sérieusement mise en place s'agissant de la mise en conformité avec la loi Sapin II, dont le manquement entraînerait une sanction de nature administrative, dès lors que la délégation entraîne un transfert de responsabilité pénale du délégant.¹²³

Il n'en reste pas moins qu'une délégation de pouvoirs peut être utilement envisagée sur le volet pénal du RGPD et de la loi Sapin 2 c'est-à-dire s'agissant des délits de corruption, trafic d'influence. Ainsi, le responsable de conformité pourrait être tenu responsable, non pas en cas d'amende prononcée par l'AFA mais d'infractions commises par l'entreprise, dès lors qu'il jouit de la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires à l'exercice de sa mission. Cette solution aurait le mérite de la cohérence avec les exigences imposées par l'AFA : le responsable de la conformité, comme le délégataire, doit avoir des moyens à la hauteur de ses

¹²⁰ Revue Lamy droit des affaires n°143, 1^{er} décembre 2018. « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le *compliance officer* ? »

¹²¹ Cass 2^e civ. 10 décembre 2015 n°14-26.649

¹²² Cass. Ass. Plén 14 décembre 2001 n°00-82.066.

¹²³ Revue Lamy droit des affaires n°143, 1^{er} décembre 2018. « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le *compliance officer* ? »

fonctions.¹²⁴ Donc le *compliance officer* délégataire qui n'aurait pas les moyens de sa mise en conformité, ou dont le chef d'entreprise continuerait à prôner une politique en totale contradiction avec le respect de celle-ci, ne verrait *a priori* pas sa responsabilité engagée. Le *compliance officer* se doit donc d'être particulièrement vigilant et doit s'abstenir de participer de près ou de loin, à toute infraction dont il aurait connaissance, quand bien même il en recevrait l'ordre au plus haut niveau. Qu'en est-il de l'hypothèse où il aurait connaissance d'une infraction mais déciderait délibérément de fermer les yeux ? Verra-t-il sa responsabilité pénale engagée ?

Responsabilité pénale du *compliance officer* en cas de connaissance d'une infraction. Traditionnellement la jurisprudence est réticente à l'idée de qualifier une complicité par abstention ou inaction. Ainsi, le fait de savoir sans participer, savoir sans dénoncer ni empêcher, ne peuvent engager la responsabilité pénale du responsable de conformité. Toutefois, de par ses fonctions qui font de lui un salarié particulier, on peut se demander quelles seraient les conséquences d'un référent conformité ayant connaissance d'un système de corruption au plus haut niveau mais ne le dénonce pas. La complicité d'un salarié a pu être retenue plusieurs fois, dès lors qu'il avait promis aux auteurs du délit de ne pas s'opposer, comme il l'aurait dû du fait de ses fonctions, leur procurant l'assurant de pouvoir le commettre sans être inquiétés.¹²⁵ Il est fort probable que la jurisprudence opte pour une solution d'autant plus sévère, compte-tenu de ses missions, si un responsable de conformité venait à accepter de ne pas empêcher et éviter un comportement illégal dont il a connaissance. Autre sujet sensible : l'exposition du responsable conformité au délit d'entrave dès lors qu'il a connaissance d'une infraction. Si l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de la concurrence punissent ledit délit de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, il est désormais réprimé devant l'AFA mais d'une peine moindre puisque l'amende est limitée à 30 000 euros d'amende, et aucune peine d'emprisonnement n'est prévue par la loi Sapin 2. Mais le *compliance officer* devra surtout veiller au risque d'entrave aux alertes professionnelles, toute personne faisant obstacle de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement pourra être puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.¹²⁶

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Cass. Crim 27 octobre 1971 n°71-90.754.

¹²⁶ Revue Lamy droit des affaires n°143, 1^{er} décembre 2018. « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le *compliance officer* ? »

Finalement, la prudence et le bon sens sont de mise pour le responsable conformité en cas d'infraction pénale dont il aurait connaissance. S'il n'est généralement pas tenu de la dénoncer, il est *a minima* vivement conseillé de prendre les mesures correctives et sanctions pour y mettre s'il s'agit de faits émanant de salariés ou d'adresser une prise de position écrite à la direction exprimant son opposition, s'il s'agit de la direction. Aussi, le *compliance officer* doit avoir un niveau d'indépendance qui le protège des pressions des opérationnels et de la direction générale et être exempt de conflits d'intérêts.

L'existence d'un ou de plusieurs responsables de conformité ou des départements *compliance* dans les entreprises est devenue de plus en plus fréquente voire indispensable pour être aux normes des nombreuses réglementations qui ne font que se multiplier.

J'ai trouvé pertinent de questionner des professionnels à ce sujet afin de mieux connaître leur perception de la loi Sapin 2 et les enjeux de la conformité à leurs yeux.

Section 2 : Témoignages de divers professionnels

Témoignage de Monsieur Jacques Fourvel. Monsieur Jacques Fourvel a été pendant vingt ans, chargé des questions de prévention de la corruption, de vigilance des entreprises, de protection des données personnelles au sein du groupe Casino, géant français de distribution présent à l'international. Il a lui-même installé le système de prévention et de lutte contre la corruption du groupe Casino. À l'occasion d'une conférence dans le cadre du Master 2 Droit comparé des affaires à Assas, nous avons pu échanger avec lui et avoir son avis sur la loi Sapin 2. Ce dernier déclare : « Nous avons bien sûr appliqué la loi française en France, et comme le législateur nous l'a demandé, nous avons été vérifier quelles étaient les dispositions locales en matière de lutte contre la corruption. Nous avons donc demandé à nos filiales qui étaient néanmoins des personnes morales indépendantes, ayant d'abord l'obligation de respecter leur propre droit national, de vérifier qu'elles étaient localement dotées d'un système anti-corruption qui soit aussi complet et efficace que le système français. Si tel n'était pas le cas, nous avons l'obligation de leur demander de se mettre en conformité et de créer au sein de l'entreprise, des dispositions jumelles par rapport à ce que le droit français exigeait. La loi Sapin 2 est particulièrement exigeante puisque le législateur dit qu'on est responsable de ce qui se passe dans nos filiales.

De même que vous avez une nouvelle disposition, la réglementation portant sur le devoir de vigilance datant de 2017. Là vous avez une obligation qui est faite aux holdings françaises puisque pour l'instant, nous sommes en France, les seuls détenteurs d'une telle construction. Le législateur français a décidé de faire obligation aux holdings françaises qui ont des filiales à l'étranger ou qui ont des fournisseurs à l'étranger d'établir des plans de gestion des risques en matière de droits de l'Homme, en matière économique générale pour tout ce qui est droit de la nature, droit de l'eau. L'idée est de s'assurer que le pays étranger respecte localement, des législations minimums sur l'écologie, sur les droits de l'homme, tout cela fait suite à l'affaire du Rana Plaza au Bangladesh. »

Au cours de notre échange je lui ai demandé comment les entreprises en règle générale, ont accueilli cette loi Sapin 2, est ce qu'elle a été perçue comme une véritable contrainte ou une sorte d'opportunité ? Ce à quoi il m'a répondu : « Je dirai les deux mon général, c'est d'abord une vraie contrainte. Le Groupe Casino au plus fort de son expansion il y a encore quatre ou cinq ans avait presque cent mille salariés en France et trois cents cinquante mille à l'étranger donc c'est un mastodonte, et nous avons été obligés de créer toute une kyrielle de dispositions qui n'étaient pas évidente à créer. La première est l'alerte qui est aujourd'hui formalisée avec système téléphonique, adresse e-mail permettant à tous ceux qui le souhaiteraient de dire quelque chose au déontologue et de faire remonter l'information. Il a donc fallu créer ce dispositif d'alerte, il a fallu revoir notre code d'éthique car on avait déjà un avant la loi Sapin 2 mais nous avons été obligés de le repeindre, refaire une couche en y apportant des modifications puis on a été obligé de mettre en place le contrôle pour le tri des fournisseurs, un certain nombre de dispositions permettant aujourd'hui de dire concrètement à un fournisseur que nous référençons de faire vérifier certains éléments. Pour se faire, on a installé un logiciel permettant de savoir si on a parlé de l'entreprise ou du chef d'entreprise en mal en France ou ailleurs, s'il existe des procédures en cours. Aussi, on fait signer tout un tas de documents attestant d'une part que l'individu n'a jamais été condamné, d'autre part qu'il ne fait pas l'objet d'affaire en cours, et il s'engage à respecter le code d'éthique du groupe Casino. Donc cette loi a très clairement été une charge.

Très honnêtement c'est dans l'air du temps car quelque part, nous nous sommes quelque peu fait berné. Les Etats-Unis d'Amérique sont une république totalement démocratique mais dont les entreprises par le passé, ont souvent mis les doigts dans le pot de confiture, un certain nombre d'entreprises américaines se sont fait prendre dans des affaires de corruption que ce

soit en Afrique, en Asie ou ailleurs. Ils ont mis en place une législation locale le FCPA, ont contraint les Britanniques de faire pareil et *in fine*, ils ont réussi à convaincre les Français de faire la même chose. Nous l'avons fait. Alors pourquoi l'avons-nous fait ? Parce que c'était extrêmement requis par toutes les enseignes internationales qui disaient que la France était un pays où la corruption n'était pas réglementée, il n'y avait pas de poursuite. Mais on a installé ce système je dirai pour une raison essentielle : empêcher les Etats-Unis de venir mettre leur nez dans les affaires françaises et notamment pour empêcher le DOJ de venir sous couvert d'une procédure américaine, nous faire des enquêtes, tenter de nous faire de la *discovery*.

Donc aujourd'hui nous avons un système qui fonctionne sur deux jambes : l'AFA et le PNF. Cela fonctionne, il y a eu notamment, une procédure très célèbre celle d'Airbus dans laquelle le PNF avec l'aide des services britanniques, ont réussi à gérer le dossier en laissant les américains à la porte, car les américains dans cette affaire, avaient une grande envie de rentrer dans le dossier pour savoir des choses qu'on avait pas forcément envie qu'ils connaissent eu égard à la concurrence absolue qui existe entre Boeing et Airbus. Donc effectivement Airbus avait fait des bêtises et on a réglé le problème avec ceux qui étaient censés se charger du problème et non les Etats-Unis d'Amérique.¹²⁷

Donc globalement, cette législation est effectivement une charge mais elle est aussi extrêmement positive, elle est de nature à nous apporter des choses. Mais comme toujours finalement, il n'y a rien qui soit totalement négatif ni totalement positif. »

Témoignage de Ghislain Lescuyer. Ghislain Lescuyer a rejoint Alstom/Areva en qualité de vice-président exécutif de la division produits réseaux électriques en 2007, avant d'être nommé senior vice-président en charge de la stratégie et du développement du groupe Alstom en 2010. Il devient en 2012, directeur des systèmes d'information du groupe. Il est aujourd'hui à la tête du groupe SAFT, fabricant de batteries, filiale entièrement détenue par TotalEnergies. À l'occasion d'un échange téléphonique avec Monsieur Lescuyer, j'ai pu le questionner sur certains aspects de la *compliance* ainsi que l'organisation interne en la matière, chez SAFT. Il déclare : « Il n'est plus acceptable qu'une multinationale fasse du business en utilisant de la corruption ou des pots de vin et ce sera de moins en moins

¹²⁷ Attention : à ne pas confondre avec la condamnation d'Airbus aux Etats-Unis. Des accords passés par Airbus et le Parquet national financier français, le *Serious Fraud Office* britannique, et le DOJ américain en vertu desquels le groupe européen s'engage à payer des amendes d'un montant total de 3.6 milliard d'euros.

acceptable. Moi je vois une tendance depuis cinq, dix ans qui est absolument incroyable, c'est-à-dire qu'aujourd'hui une enquête sur la *compliance* qui tourne mal peut vraiment couler une société voire faire virer tout son management, et c'est d'ailleurs ce qui s'était produit chez Siemens. Aujourd'hui dans toutes les sociétés il y a des directions de *compliance* qui sont extrêmement fortes avec des outils de *compliance* qui sont extrêmement exigeants avec des *chiefs compliance officer* à tous les niveaux d'une organisation et des preuves apportées afin d'attester de l'effectivité de ces politiques de *compliance*.

La tendance est telle qu'aujourd'hui la question n'est pas de savoir s'il faut être « compliant » ou non, c'est une évidence. Au niveau de SAFT, j'ai quelqu'un qui a lancé une alerte il n'y a pas très longtemps et qui a amené à faire démissionner deux personnes impliquées dans un scandale de corruption. Chez SAFT, le processus est le suivant, j'ai quelqu'un qui me reporte des informations, c'est le *chief compliance officer*, lequel a mis dans un certain nombre de nos sites et entités, un *compliance officer* chargé à la fois de porter la bonne parole et à la fois de remonter les questions ou les problèmes qui pourraient se poser. » J'ai par ailleurs évoqué le sujet de l'éventuelle rémunération des lanceurs d'alerte : « Je pense que ce n'est pas bête bien que le lanceur d'alerte ne fasse pas forcément ça pour l'argent. Il peut avoir trois motivations : une première qui peut être la vengeance ou la jalousie, une motivation qui est vertueuse, le lanceur en a marre que la société ne fonctionne pas convenablement et souhaite la faire fonctionner correctement en informant les grands chefs qui ne sont pas au courant, puis il peut y avoir une troisième motivation qui est mercantile, la volonté de gagner de l'argent. Les lanceurs d'alerte ont des motivations bien différentes, quant à la question de la rémunération je ne suis pas contre honnêtement c'est une mentalité un peu américaine mais ça ne me choque pas. »

A la suite de ces échanges, j'ai trouvé intéressant de développer la question de l'instrumentalisation du FCPA par les autorités de poursuite américaines dans le cadre de la guerre économique qu'ils mènent.

Chapitre 2 : L'instrumentalisation de l'arsenal juridique en matière de corruption

Au-delà de la moralité inhérente à la lutte contre la corruption transnationale, cette répression accrue outrepassa la diffusion des bonnes mœurs et de l'éthique professionnelle. L'arsenal juridique est véritablement utilisé comme une arme dans la guerre économique et géopolitique. Depuis les années 2000, les Etats-Unis ont développé une politique juridique

extérieure d'abord vouée à la lutte contre la corruption, aujourd'hui considérablement étendue. En effet, l'effort de moralisation des relations économiques internationales est désormais pas aisé à distinguer de la défense d'intérêts proprement américains. Les sanctions constituent elles, une puissante arme économique et diplomatique.

Il est important de préciser que cela n'est pas nouveau et n'est pas propre aux Etats-Unis, ce phénomène résulte de la globalisation des échanges, de l'internationalisation des entreprises, de la volonté de lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent. Toutefois, force est de constater que ce sont les Etats-Unis qui ont véritablement développé une politique juridique extérieure sans précédent, basée sur des textes réglementaires ou législatifs.

Nous expliquerons ce phénomène en y ajoutant des illustrations concrètes qui attestent cette instrumentalisation.

Section I : Une législation anticorruption outrepassant la préoccupation morale

Les sanctions prononcées par les autorités américaines à la suite d'affaires corruptives présentent divers enjeux. Parmi eux, la souveraineté des Etats est mise à mal du fait de l'extraterritorialité accrue du FCPA américain. Aussi, la législation contre la corruption fait office d'arme économique conçue par les Etats-Unis.

L'extraterritorialité : arme de guerre économique. Nous avons déjà évoqué brièvement la question de l'extraterritorialité du FCPA américain afin de délimiter son champ d'application. Il s'agit ici d'étudier ce principe à la lumière de la guerre économique menée par les Etats-Unis. En effet, l'extraterritorialité s'exerce au détriment du droit international et de la souveraineté des autres Etats. Le principe qui se joue du droit international est une véritable arme économique conçue par les Etats-Unis qui ont saisi plus de dix milliards aux entreprises françaises depuis 2010. Les amendes sont payées à 70% par les entreprises européennes, c'est autant de base imposable qui disparaît des comptes de ces sociétés.¹²⁸ Noël Pons dans son ouvrage explique très clairement en quoi consiste l'extraterritorialité : « Le droit pénal d'un Etat s'applique sur les faits commis sur son territoire mais les compétences de sa juridiction peuvent être élargies à des délits commis à l'étranger. Ces situations sont souvent justifiées par des atteintes à la sécurité nationale ou à des embargos. Les Etats-Unis ont considérablement durci et amplifié l'application élargie de ces réglementations affectant

¹²⁸ La corruption comment ça marche ? Noël Pons P. 297.

les entreprises étrangères après la crise des *subprimes*, dans laquelle ces dernières n'étaient absolument pas impliquées. Les juristes américains apportent l'appui juridique à ces nouvelles compétences en tissant des liens complexes entre divers textes dans le but de connecter juridiquement l'élargissement de l'extraterritorialité à la législation américaine. » Les lois américaines traitant de la lutte contre la corruption jouent sur leur forte complexité permettant aux Etats-Unis de se comporter comme le gendarme du monde alors que dans les années 1990 des sociétés américaines corrompaient sans aucun scrupule en Amérique du Sud et ailleurs.¹²⁹

Du fait de cette extraterritorialité, les sanctions américaines sont applicables d'une part, à tous ceux qui relèvent de la compétence juridictionnelle américaine, à tout acte accompli sur le territoire américain, effectué par une personne américaine (morale ou physique) c'est-à-dire : les citoyens américains et les détenteurs d'une carte verte où qu'ils se trouvent, les sociétés constituées selon la loi américaine, ainsi que toute personne présente aux Etats-Unis, y compris les filiales et les succursales de sociétés étrangères. Toute transaction effectuée en dollars, soit environ 78% des transactions mondiales tombe sous le coup d'une loi américaine. Ce qui choque le plus dans le mode de fonctionnement des autorités de poursuite américaines c'est un certain tropisme à sanctionner y compris quand le seul lien juridique avec les Etats-Unis est l'utilisation du dollar comme monnaie de paiement dans des opérations de transfert entre deux clients non américains pour des opérations qui n'ont pas de liens avec les Etats-Unis. Même en l'absence d'intention délictueuse, la simple inadvertance ou étourderie peut être lourdement sanctionnée.¹³⁰

Les Etats-Unis justifient leur extraterritorialité quelque peu intrusive par un argumentaire simple : personne ne fait le « job » contre la corruption, eux, ils s'y attellent. Leur outil répressif est efficace et rapporte gros, bien que ne respectant aucun code juridique classique. On l'a étudié, le principe est le suivant, il est très simple : la justice se négocie et les entreprises soupçonnées mènent elles-mêmes les enquêtes à l'issue desquelles elles seront incriminées. Ce système est gagnant-gagnant puisque les entreprises mises en cause, se

¹²⁹ *Ojos vendados : Estados Unidos y el negocio de la corrupcion en America Latina*, Andrés Oppenheimer. Editorial Sudamericana, 2001.

¹³⁰ « Iran : Sanctions américaines contre les banques européennes, hypocrisie ou arnaque ? » *Les Échos*, 23 août 2012. L'OFAC n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une intention d'enfreindre le programme américain de sanctions économiques ni de prouver que la violation a été faite en connaissance de cause.

débarrassent d'une menace et le Trésor public encaisse les amendes sans qu'à aucun moment la pression fiscale ne soit évoquée.¹³¹

Critiques personnelles de la machine judiciaire américaine. Le système américain n'est pas exempt de critiques, au contraire. La prescription n'existe plus, pas plus que la présomption d'innocence ou que le principe du *non bis in idem* lequel établit dans la procédure pénale qu'on ne peut être poursuivi deux fois pour le même fait. Les pénalités sont calculées de sorte qu'elles ne profitent pas aux victimes : délation, écoutes illégales, auto dénonciations sont utilisées.

Derrière cet arsenal juridique construit, transparaît une réelle volonté hégémonique. Ainsi, les instruments que sont la monnaie (le dollar), la langue (l'anglais), le droit (la common Law) par opposition au droit écrit continental européen, ont vocation à s'imposer à tous. L'évolution des technologies et la financiarisation de l'économie donnent à Washington les moyens techniques de mener à bien cette offensive.¹³²

Maître Paul-Albert Iweins, bâtonnier et ancien président du Conseil national des barreaux explique « qu'il suffit qu'une opération contestée ait été libellée en dollars ou qu'un échange de courriels ait transité par un serveur américain pour que la juridiction américaine se reconnaisse compétente. » Ce processus s'applique dans trois secteurs particulièrement sensibles que sont les régimes américains des sanctions internationales, la corruption d'agents publics à l'étranger, l'application de la fiscalité personnelle américaine aux citoyens américains non-résidents. La spécificité des poursuites américaines réside dans l'utilisation de textes au profit de la seule économie américaine. Les autorités y voient une lutte contre la concurrence malsaine des entreprises corruptrices, elles mènent une véritable politique juridique extérieure¹³³ comme l'atteste le *Trade Commission Coordination Committee* (TCCC) : en 1996, il estime que onze milliards de dollars de contrats avaient été perdus par les exportateurs américains en deux ans à cause de la corruption des entreprises étrangères. Cette bataille économique est d'autant plus redoutable que les Etats-Unis ont créé une machine de guerre juridico-administrative, regroupant la SEC et le DOJ que nous avons évoqué, la Réserve fédérale et le FBI, partageant la base d'informations des agences et se répartissant les amendes obtenues. Ces mesures constituent un véritable moyen pour les Etats-

¹³¹ La corruption comment ça marche ? Noël Pons P. 300.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Rapport de l'Assemblée nationale n°4082, « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », 5 octobre 2016.

Unis de maîtriser le cadre de l'économie mondiale en édictant des décisions auxquelles tous les autres pays doivent se soumettre.

Une méthode brutale parfaitement rodée. Dans son livre, Noël Pons explique parfaitement et intelligiblement leur façon de procéder : « La méthode utilisée par le DOJ est simple, les services élaborent en premier lieu des règles claires applicables aisément dans la conduite des affaires (commissions, cadeaux etc.) et déclinent des formations aux managers et salariés des entreprises, ainsi que l'obligation qui est faite à toutes les entreprises de faire remonter les informations sur la concurrence. Concomitamment, ils dressent une cartographie de leurs propres risques, qu'ils soient stratégiques, géographiques ou sectoriels. Sur cette base constamment enrichie par les informations en provenance de leurs services de recherches, les cibles sont identifiées et les preuves de l'utilisation du dollar, du passage des mails par les serveurs situés aux Etats-Unis entre autres, sont recherchées ainsi que les points faibles des cibles.

L'entreprise visée est alors avertie de la violation sans autres précisions, à elle d'apporter la preuve ou non de la corruption. Elle peut coopérer ou prendre le risque d'un procès. Dans le premier cas, elle apporte elle-même, à ses frais, des centaines de millions de dollars, les preuves de sa culpabilité, avec l'appui d'avocats spécialisés et d'investigateurs dûment stipendiés, au gendarme américain. Ce dernier négocie avec l'entreprise une amende dont le paiement suspend l'interdiction de travailler aux Etats-Unis. Si l'entreprise se refuse à passer sous ces fourches, les cibles, en général les dirigeants des filiales aux Etats-Unis, sont alors incarcérées et amenées à dénoncer les entreprises qui les emploient. Nombre d'informations sensibles auront été récupérées. Cette procédure est redoutable car exiger des entreprises d'apporter elles-mêmes, sous contrôle, la preuve de leur comportement délictueux résout le problème de l'accès aux preuves rencontré par les investigateurs. De plus, les procédures peuvent durer au-delà du raisonnable et les informations ne peuvent provenir que de canaux officiels, ce qui exclut les paradis fiscaux. Les services judiciaires pauvres, mal servis ou encombrés sont rarement en mesure de poursuivre leur tâche dans des conditions correctes.

Une fois le « plaider coupable » acquis et le risque du procès évacué, le processus se poursuit par la phase de *monitoring*, un « contrôleur interne » est alors nommé pour trois ans afin de s'assurer du fait que la conformité aux standards de la réglementation américaine est respectée, si elle ne l'est pas il contribue à sa mise en place. Les Américains sont malins, la procédure utilisée par le DOJ porte souvent sur des marchés anciens, l'infraction a été

commise parfois depuis plus de dix années, ils en tirent donc un gain financier. Le contrôleur intervient alors, il est destinataire des informations relatives aux affaires en cours et aux projets à venir (brevets, pays démarchés, types de produits, environnement commercial et intervenants). Or, tout cela peut relever du secret des affaires et devrait en principe être protégé de la voracité américaine. Ces éléments figurent dans un rapport annuel au ministère de la Justice américain. C'est *open bar* pour les services américains et *in fine* vers les entreprises américaines. De plus, le coût est extrêmement élevé voire même ruineux, car on a recours à des cabinets spécialisés américains dont les honoraires atteignent des sommets. La conformité pourrait coûter plusieurs fois le montant de l'amende. Entre 2008 et 2018, sur les 26 plus lourdes condamnations pour corruption prononcées au titre du FCPA, 14 concernent des entreprises européennes pour un montant total de 5,34 milliards d'euros, soit 60% du total des amendes, et 5 seulement des sociétés américaines. L'option d'engager le fer contre la justice américaine est rarement retenue ».

La corruption et la Fédération sportive en charge de l'organisation mondiale du football. Parmi les nombreux exemples significatifs, celui de la FIFA. En 2011, un membre du comité exécutif de la FIFA a coopéré, Chuck Blazer. En effet, ce dernier était accusé par la justice d'évasion fiscale, il a ainsi enregistré ses conversations avec des responsables de la célèbre fédération de football. Sept hauts responsables ont par la suite été arrêtés à Zurich. Ce qui sera nommé le « FIFA gate » est lancé. Selon le DOJ, outre l'attribution de la Coupe du monde 2010 et l'élection à la présidence de la FIFA en 2011, « la plupart de ces pots-de-vin et commissions occultes » sollicités et reçus par les dirigeants de la FIFA concernent « la commercialisation des droits média et marketing » de matchs ou de compétitions. Cette enquête a donné lieu à des condamnations par la justice américaine après de nombreux plaider-coupables : présidents de fédérations, anciens secrétaires généraux d'associations, responsable des tournois olympiques ainsi que professionnels du *marketing* ont été sanctionnés voire même exclus à vie. La justice américaine s'est attaquée à un « système vieux de 24 ans destinés à s'enrichir grâce à la corruption dans le football international », selon Madame Lynch, procureur général des Etats-Unis de 2015 à 2017.

Un autre exemple qui a fait couler beaucoup d'encre est l'affaire Alstom que j'ai déjà eu l'occasion d'évoquer brièvement. Ce scandale illustre plus que jamais, la guerre économique menée par les Etats-Unis.

L'affaire Alstom : une guerre fantôme. La multinationale française spécialisée dans le secteur des transports, principalement ferroviaires, fait l'objet d'une enquête du DOJ pour corruption. Après de multiples tergiversations, la direction plaide coupable, convaincue de stopper la procédure judiciaire. Cette thèse est défendue par son ancien cadre Frédéric Pierucci, emprisonné pendant plus de deux ans aux Etats-Unis pour la corruption par Alstom d'un intermédiaire en Indonésie, et libéré en septembre 2018. L'amende est finalement réduite à 772 millions de dollars. En 2014, la branche énergie du groupe Alstom Energie est rachetée par General Electric. Cette cession fait couler beaucoup d'encre, en partie car General Electric aurait été associée pendant quelques mois au DOJ, jusqu'au paiement de l'amende par Alstom. Ce scandale montre que, sous couvert de lutter contre la corruption, une véritable guerre économique se cache dans l'ombre.

Les conséquences de ce rachat ont été dramatiques puisqu'il ne s'agit plus d'une alliance mais de la vente d'une entreprise stratégique fabriquant les turbines de nos centrales nucléaires et le réacteur du Charles-de-Gaulle. Alstom, acteur incontournable du nucléaire, pesait 30% du parc mondial. A la suite des enquêtes menées par les autorités de poursuite américaines et le plaider coupable d'Alstom, la France perd donc l'entreprise qui équipe en turbines le parc nucléaire français, qui fournit les turbines d'une bonne partie de la marine militaire française, tout cela couplé avec l'amende extrêmement salé qu'Alstom a dû payer au Trésor américain. La France a perdu cette guerre économique.

On voit donc à quel point la lutte contre la corruption transnationale menée par les Etats-Unis, s'annonçant comme les gendarmes du monde, a abouti à une bataille économique. Force est de constater que les autorités américaines n'ont principalement condamné que des entreprises européennes.

Section II : Une nouvelle géopolitique de la norme

Les sanctions économiques ou financières deviennent plus que jamais, de vrais enjeux entre les Etats, elles sont utilisées comme des outils de diplomatie. La France et l'Union européenne de façon plus large, estiment que les sanctions économiques décidées à l'encontre des Etats ou d'individus doivent être prises dans le cadre des Nations unies, en privilégiant ainsi la dimension multinationale de l'ordre international. Mais l'Union européenne s'est aussi réservée la possibilité d'imposer des sanctions économiques comme outil autonome de

sa politique étrangère.¹³⁴ Cependant, ces mesures, lorsqu'elles sont utilisées en dehors du cadre des Nations unies, doivent être « conformes aux objectifs de la politique étrangère et de sécurité commune, énuméré à l'article 11 du TUE » à savoir, le respect des droits de l'homme.¹³⁵

Les Etats-Unis adoptent une approche différente puisqu'ils considèrent que les sanctions économiques constituent un instrument de la politique étrangère et de la défense de leur sécurité nationale. Ils se réservent donc le droit d'utiliser leurs pouvoirs de diplomatie économique à des fins purement sécuritaires. On est loin de l'approche humanitariste de la politique étrangère européenne, d'autant que le réalisme économique n'est jamais absent des décisions prises.¹³⁶ Outre les sanctions économiques et financières, c'est la lutte contre la corruption toute entière, qui est utilisée comme un outil de diplomatie.

La lutte contre la corruption comme outil de diplomatie. La lutte contre la corruption devrait répondre à une logique différente de celles des sanctions économiques puisqu'il s'agit de lutter contre un fléau international, source d'accroissement de la pauvreté des populations locales par accaparement des richesses par un petit nombre et cause d'instabilité politique. Un objectif moral qui rejoint les intérêts de l'économie car la corruption fausse le marché et son éradication favorisera des règles de concurrence stables et saines entre les acteurs.¹³⁷ Toutefois, la réalité est un peu différente, en effet les réglementations édictées par les Etats les plus « vertueux » en la matière semblent poursuivre aussi une autre fin. Pas un objectif caché mais un objectif complémentaire : celui de faire pression sur certains Etats en faisant pression sur les entreprises travaillant avec eux. Ainsi, parce que leurs effets dépassent le seul cadre national, ces réglementations peuvent non seulement s'inscrire dans la politique étrangère de sécurité d'un Etat, mais aussi favoriser « indirectement » ses entreprises qui maîtrisent mieux les subtilités de ces réglementations mais surtout qui se livrent à un *lobbying* intense auprès des politiques pour obtenir des exemptions catégorielles ou spécifiques. Ainsi, les réglementations aussi bien économiques et

¹³⁴ Deals de justice, Chapitre 1 : Nouvelle géopolitique de la norme. Hubert de Vauplane. P.27.

¹³⁵ Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE, document 15115/05 du Conseil, 2 décembre 2005.

¹³⁶ Deals de justice, Chapitre 1 : Nouvelle géopolitique de la norme. Hubert de Vauplane. P.28.

¹³⁷ Deals de justice, Chapitre 1 : Nouvelle géopolitique de la norme. Hubert de Vauplane. P.28.

politiques que « morales » sont de plus en plus utilisées par les Etats comme instruments de leur politique étrangère. Mais pour être efficaces, ces instruments doivent disposer de forces juridiques particulières. Ces lois et règlements sont inutiles ou peu efficaces, si leur application ne dépasse pas les frontières de l'Etat qui les édicte.¹³⁸

On assiste donc à une multiplication des enjeux derrière la lutte contre la corruption transnationale, enjeux qui outrepassent l'unique question de l'éthique et de la moralité. De ce fait, il peut être important mais difficile pour une entreprise non américaine notamment, de savoir à quel point elle doit appliquer la réglementation américaine et comment l'intégrer dans le corps réglementaire interne.

L'organisation des entreprises face à ces normes. L'intensification des réglementations un peu partout dans le monde rend de plus en plus difficile leur application et leur respect par les entreprises. En effet, il s'agit là d'un risque que l'on pourrait intituler « non intentionnel » puisque leur violation n'émanerait pas d'une décision collective ou individuelle mais de la complexité de ces normes voire de leur ignorance. L'intelligibilité est rendue difficile. Mais l'entreprise peut aussi faire des choix de gestion où la dimension juridique entre en jeu. En effet, la soumission de l'entreprise à la norme juridique n'est ni automatique ni systématique. Dirigeants et managers prennent des décisions rationnelles au regard des avantages que pourrait tirer l'entreprise à ne pas se conformer à cette norme.¹³⁹ Mais même dans une telle situation, les entreprises doivent identifier l'ensemble des règles et des normes qui s'appliquent à elles. C'est à la suite de cette identification que se pose la question de leur mise en œuvre effective au sein de la structure et c'est à ce moment qu'intervient la fonction « conformité ».

L'organisation de la conformité dans les entreprises. Ce que les structures doivent bien comprendre est qu'il n'y a pas d'organisation idéale de la fonction conformité. Celle-ci est inhérente à la culture de l'entreprise en question, de la nature de ses activités, de son aversion plus ou moins importante des risques et de la sensibilité à la réglementation des dirigeants. Tous ces éléments conduisent à plus ou moins centraliser cette fonction, à la rapprocher des fonctions opérationnelles et de production, voire à la rattacher à la direction

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Philip Bromiley & Alfred Marcus, « The Deterrent to Dubious Corporate Behavior : Profitability, Probability and Safety Recalls », *strategic Management Journal* 1989, p. 233.

juridique.¹⁴⁰ Aucune généralité peut donc être faite, sur ce point tout est question de cas particulier.

Certaines entreprises ont mis en place plus tôt que d'autres des départements « conformité » au sein de leur organisation. Ce furent logiquement d'abord celles dont les activités sont réglementées : l'industrie de la défense, la pharmacie, l'énergie, la finance. Elles se sont organisées de telle sorte que tout au long de leur chaîne de production ou de traitement, les différentes réglementations nationales sont intégrées dans leur processus. D'autres structures sont quant à elles, venues à la conformité sous la contrainte après que des problèmes de corruption ou de malversations ou de non-respect de certaines réglementations spécifiques aient été dévoilés au grand jour.

Enfin, il reste les entreprises dont la décision de se doter d'une organisation propre en charge du suivi de la réglementation relève avant tout d'un acte de gestion de la part de la direction générale. C'est une volonté managériale qui motive la décision, il permet l'obtention d'un soutien déterminé de la direction dans la mise en place de la conformité alors que dans d'autres sociétés comme celles relevant du secteur de la finance telles les banques ou les assurances, la décision de création d'une fonction de conformité relève d'abord de la loi ou du règlement. Il s'agit alors d'une décision subie, imposée, et qui ne bénéficie pas toujours du même support managérial que dans le cas précédent ; la conformité y est vue comme « l'œil du régulateur » et moins comme un outil de management.¹⁴¹ Ainsi, plus la conformité au sein d'une structure, sera perçue comme une extension des missions du régulateur sectoriel, moins elle sera légitime en interne et plus son travail sera difficile. Plus au contraire elle sera considérée comme un outil intégré du processus productif, plus elle sera acceptée d'un bout à l'autre de l'organisation de l'entreprise et son travail s'en trouvera facilité. La comparaison des effectifs entre les entreprises qui « subissent » la conformité et celle qui la « décident » est intéressante.¹⁴² Alors que dans le secteur de la finance, archétype de la conformité « subie », les effectifs des fonctions de conformité dans les grandes entreprises dépassent les quelques centaines, ces mêmes effectifs dépassent rarement la centaine dans les autres grandes entreprises. L'entreprise se trouve donc propulsée contre son gré, au cœur de la politique diplomatique des Etats, elle n'a d'autre choix que d'intégrer cet élément dans sa propre

¹⁴⁰ Christophe Collard, Catherine Delahaye, Henry-Benoît Loosdregt, Christophe Roquilly, *Risque juridique et Conformité. Manager la compliance*, Paris, EDHEC-Lamy, 2011.

¹⁴¹ Deals de justice, Chapitre 1 : Nouvelle géopolitique de la norme. Hubert de Vauplane. P.39

¹⁴² Deals de justice, Chapitre 1 : Nouvelle géopolitique de la norme. Hubert de Vauplane. P.40.

stratégie de développement. Si aujourd'hui il lui est difficile de s'opposer à la mise en œuvre en son sein de certaines réglementations américaines, viendra demain le temps où elle devra faire un choix.¹⁴³ En effet, dans quelques temps, certains pays asiatiques dont la Chine, se sentiront suffisamment puissants à leur tour, pour demander aux entreprises européennes de choisir entre le respect d'une législation américaine et l'accès au marché chinois, le choix sera extrêmement délicat et la plupart des entreprises n'y sont pas préparées.

Comment expliquer la multiplication de sanctions contre des entreprises non américaines sur la base d'un texte de droit américain ? Les explications divergent, certains avancent l'insuffisante culture de *compliance* des groupes européens et leur sensibilité récente aux exigences de la lutte anticorruption. À cela s'ajouterait la relative passivité des autorités de leur pays d'origine dans la mise en œuvre des dispositions légales en la matière.¹⁴⁴ D'autres évoquent la dimension politique de la législation anticorruption américaine, selon laquelle la corruption constituerait « un obstacle à l'appropriation par les entreprises américaines des marchés de reconstruction des pays où les Etats-Unis ont des intérêts importants en politique étrangère »¹⁴⁵. On peut penser qu'à long terme l'objectif des Etats-Unis était bien de mettre en œuvre le FCPA de manière poussée afin de réduire de façon importante le nombre de contrats gagnés par les entreprises concurrentes (non américaines) par le biais de la corruption d'agents publics étrangers.¹⁴⁶

En somme, cette instrumentalisation de la *compliance* à des fins de domination économique a donné au sujet de la *compliance* une nouvelle dimension stratégique, a rendu les entreprises plus exposées et a renouvelé les enjeux. Face à cette guerre économique et aux enjeux de la lutte contre la corruption transnationale, l'adoption d'une législation européenne en la matière est de mise voire fondamentale pour contrer la puissance américaine et apporter aux entreprises européennes sous la menace du DOJ et de la SEC, une alternative.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Deals de justice, Chapitre 2 : Une justice négociée. Olivier Boulon. P. 55.

¹⁴⁵ Antoine Genevois, L'Efficacité internationale des droits anti-corruption, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris I – Panthéon Sorbonne, 2004. P.68.

¹⁴⁶ Philip Fitzgerald, Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers, thèse pour le doctorat en droit, Université du Sud Toulon-Var, 2011, P.30.

Titre II : Vers un droit européen de la *compliance*

En novembre 2020, la commission pour un droit européen de la *compliance* du club des juristes, présidé par Bernard Cazeneuve, ancien Premier ministre et avocat associé, a rendu un rapport. J'ai estimé qu'il était nécessaire d'étudier ce document dans la mesure où il évoque les points d'amélioration du modèle français de *compliance* en matière de lutte contre la corruption d'une part, et aborde le modèle européen qui devrait émerger. Fabrice Fages, avocat associé chez Latham & Watkins, et membre de cette commission, explique les raisons pour lesquelles il est nécessaire de créer un droit européen de la *compliance* : « Traditionnellement, le droit de la *compliance* perçu sous l'angle de la lutte contre la corruption, est considéré comme relevant du droit de la souveraineté de chaque Etat. Il nous a semblé cependant nécessaire que la commission européenne et les institutions européennes, s'emparent du sujet, plus que ce qu'elles ne le font jusqu'à présent, afin de créer des dispositions communes au sein de chaque Etat, permettant une véritable coopération car le phénomène de corruption est de plus en plus transfrontalier. Il nécessite par conséquent, une coopération entre des autorités d'Etats différents. »¹⁴⁷

Avant d'évoquer cette dimension européenne de la *compliance*, je vais en premier lieu étudier les différents axes d'amélioration et d'approfondissements du modèle français.

¹⁴⁷ Décideurs du Droit : vers un droit européen de la *compliance* ? <https://www.youtube.com/watch?v=8NDtYos-bik&t=661s>

Chapitre 1 : Un devoir d'achèvement du modèle français de *compliance* en matière de lutte contre la corruption

Le rapport du club des juristes opère une distinction entre les améliorations et les approfondissements du système français. Parmi les améliorations, il évoque la nécessité de faire évoluer le statut de l'AFA et clarifier la portée de ses recommandations d'une part, et transposer à bref délai la directive européenne sur les lanceurs d'alerte.

Section I : Améliorer le modèle français de *compliance*

L'évolution du statut de l'AFA. La commission s'est interrogée sur la nécessité de modifier le statut de l'AFA afin de faciliter l'exercice de ses missions. Elle a notamment pointé du doigt, trois inconvénients inhérents à son statut de service à compétence nationale conféré par la loi Sapin 2. D'une part, l'absence d'autonomie budgétaire et fonctionnelle, à la différence d'une autorité administrative indépendante. Ensuite, la concentration au sein d'un même service, de missions de conseil, de contrôle et de sanction de nature à susciter la défiance des entreprises soumises à la mise en œuvre d'un programme de conformité sous le contrôle de l'AFA. Enfin, a été constaté, la faible lisibilité de l'AFA à l'étranger alors que l'un des objectifs premiers de la loi Sapin 2 était de restaurer la crédibilité de la France en matière de lutte contre la corruption. En effet, l'idée était d'amener les autorités étrangères les plus actives en la matière, américaines en particulier, à décliner leur compétence à l'égard des entreprises françaises.¹⁴⁸ C'est donc sur la base de ce constat que le groupe de travail a recommandé la fusion de l'AFA avec la Haute autorité pour la transparence de la vie publique laquelle a reçu de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, le statut d'autorité administrative indépendante. Par conséquent, elle jouit d'une autonomie budgétaire et fonctionnelle dans la limite d'un budget et d'un plafond d'emplois arrêtés chaque année par la loi de finances. Une telle fusion présenterait plusieurs avantages à commencer par une optimisation des ressources publiques allouées à la lutte contre la corruption et à la transparence de la vie publique dans un contexte de maîtrise des dépenses publiques et de limitation du nombre des autorités administratives indépendantes. Cependant

¹⁴⁸ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.25.

dans l'immédiat, la Commission a estimé qu'une telle fusion pourrait fragiliser l'AFA et la HATVP dont la création est récente, elle a ainsi préféré opter pour une meilleure coopération entre ces deux autorités et de manière plus générale, les différentes autorités nationales associées à la lutte contre la corruption.¹⁴⁹

La clarification de la portée des recommandations de l'AFA. La Commission a constaté à quel point il existait des incertitudes entourant la portée des recommandations de l'AFA et du risque de réputation encouru par les entités contrôlées en matière de lutte contre la corruption. Pour rappel, aux termes de l'article 3 de la loi Sapin 2, l'AFA « élabore des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Ces recommandations sont adaptées à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés. »

La Commission a souhaité que ces hésitations puissent être dissipées, dans un souci de sécurité juridique. Elle a ainsi recommandé que le législateur confirme expressément la compétence du Conseil d'Etat pour connaître en premier et dernier ressort des recours de pleine juridiction formés contre les décisions de la commission des sanctions de l'AFA et enferme l'examen de ces recours dans un délai abrégé.¹⁵⁰ Le directeur de l'AFA, Charles Duchaine a ajouté que : « ces recommandations de l'agence, si elles n'ont pas en effet de caractère obligatoire, ajoutent néanmoins nécessairement à la lettre de la loi et constituent, de ce point de vue, un facteur de sécurité juridique pour les entreprises soucieuses d'être accompagnées dans la mise en œuvre concrète du programme de conformité qui leur est imposée par l'article 17 de la loi Sapin 2. Aussi, la notification à une entreprise contrôlée d'un grief qui reposerait sur la méconnaissance d'une recommandation de l'AFA relative, par exemple, à la cartographie des risques ne serait pas acceptable. »¹⁵¹ Un tout autre aspect mérite une amélioration selon le groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve, la transposition de la directive européenne sur les lanceurs d'alerte à bref délai.

¹⁴⁹ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.10.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.32.

Transposer la directive européenne sur les lanceurs d’alerte. Le rapport du club des juristes énonce qu’en 2009, 75% à 99% des salariés des pays de l’Union européenne ne disposant pas d’une législation spécifique sur les lanceurs d’alerte, se taisaient par crainte des représailles, lorsqu’ils étaient témoins de faits illicites ou contraire à l’intérêt général.¹⁵² Ce n’est que dix ans plus tard que l’Union européenne se décide enfin à adopter la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 « sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union ». Il s’agit là, du premier texte européen général sur le statut des lanceurs d’alerte.

Sur le plan procédural de signalement, la directive organise une procédure à « deux paliers externes », l’article 7 énonce : « Les informations sur des violations peuvent être signalées par le biais des canaux et procédures de signalement interne prévus dans le chapitre. Les Etats membres encouragent le signalement par le biais de canaux de signalement interne avant un signalement par le biais de canaux de signalement externe, lorsqu’il est possible de remédier efficacement à la violation en interne et que l’auteur de signalement estime qu’il n’y a pas de risque de représailles. » S’ajoute à cela, l’article 10 qui supprime le recours obligatoire au « premier palier » interne puisque les lanceurs d’alerte auront à l’avenir, la possibilité de saisir directement l’autorité judiciaire ou administrative, et en cas d’inaction de celle-ci dans un délai raisonnable, de divulguer au public les informations dont ils disposent. Enfin, l’article 23 de la directive exige des Etats membres qu’ils prévoient des mesures d’indemnisation des préjudices découlant du lancement d’une alerte « conformément au droit national ». Par conséquent, cette directive 2019/1937 doit être transposée par les Etats membres, au plus tard le 17 décembre 2021 et impose ainsi au législateur français, d’adapter le dispositif actuel issu de la loi Sapin 2 et ce, dans les meilleurs délais, dans un souci de sécurité juridique pour les lanceurs d’alerte et les entreprises.

Le rapport du club des juristes prévoit également des approfondissements qui doivent être effectués par le législateur français afin d’assurer l’effectivité du modèle français.

Section II : Des approfondissements de rigueur en vue d’achever le modèle français

Un responsable *compliance* à encadrer. La fonction conformité à condition qu’elle soit efficace, est extrêmement utile dans la mesure où elle permet aux entreprises de se prémunir contre le risque de voir leur réputation atteinte et leur valeur économique diminuer.

¹⁵² Enquête réalisée par Transparency International : *Alternative to silence. Whistleblowing in 10 european countries.*

Aussi, elle participe à la sécurisation de la performance économique d'une entreprise, dans un environnement concurrentiel où les valeurs de probité et le comportement éthique sont examinés de plus en plus attentivement par les tiers.¹⁵³ Pour toutes ces raisons, la fonction conformité avant même l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, séduisait énormément, selon une enquête réalisée au cours de l'année 2017, 60% des entreprises interrogées auprès d'un panel composé de 50% de sociétés cotées, disposaient d'un *compliance officer*, rattaché pour la plupart du temps, à la direction juridique de l'entreprise.¹⁵⁴ La loi Sapin 2 n'a fait que renforcer cette tendance.

Toutefois, ladite loi est lacunaire en ce qu'elle n'impose pas aux entreprises entrant dans le champ d'application, la désignation d'un responsable conformité, elle n'envisage pas non plus les compétences exigées par ce dernier, ni son positionnement au sein de l'entreprise. L'article 17 se contente d'évoquer les dirigeants de l'entreprise, seuls responsables avec l'entreprise elle-même, de la mise en œuvre du programme de conformité devant la commission des sanctions de l'AFA.

Il existe cependant, un *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise* émanant de l'AFA qui envisage la désignation, le positionnement dans l'entreprise, le profil et la responsabilité du responsable conformité. Parmi ses dispositions, il énonce notamment que : « l'instance dirigeante assujettie à la mise en œuvre d'un programme de conformité doit assurer les conditions d'une gouvernance efficace de la conformité. Un engagement réel de ladite instance implique d'identifier une chaîne de responsabilité dans l'administration de la conformité, ce qui conduit en pratique à la désignation formelle d'un responsable de la fonction conformité anticorruption ».¹⁵⁵ Ce guide ajoute également que le positionnement du responsable conformité doit garantir l'objectivité de ses appréciations, l'indépendance de son action vis-à-vis des autres fonctions de l'organisation et un accès aisé à l'instance dirigeante, afin d'en obtenir l'écoute et le soutien. Autant d'éléments complémentaires et nécessaires à la bonne compréhension et la bonne application de la loi Sapin 2. La Commission ajoute qu'une souplesse doit être octroyée aux entreprises en ce qui concerne notamment le positionnement du responsable conformité au sein de celle-ci mais que le Guide pratique publié par l'AFA en janvier 2019 constitue un référentiel satisfaisant.

¹⁵³ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.68.

¹⁵⁴ Cartographie des directions juridiques 2018 réalisée par LEXqi Conseil en partenariat avec le Cercle Montesquieu et l'Association française des juristes d'entreprise.

¹⁵⁵ *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, AFA, p. 5.

Elle lui recommande toutefois, deux choses : la substitution de la dénomination de « directeur conformité » à celle de « responsable conformité » dans une démarche de valorisation de la fonction conformité et d'ériger en bonne pratique le double rattachement du responsable conformité au directeur général et au président du comité du conseil d'administration, dans les entreprises dans lesquelles un tel comité existe.

Un dispositif de CJIP en constante amélioration. Comme déjà évoqué, à l'heure actuelle, la CJIP ne peut bénéficier qu'aux personnes morales. La Commission s'est ainsi intéressée à son éventuelle extension, aux personnes physiques à l'instar du *deferred prosecution agreement* de droit américain. Certains membres de la Commission, en faveur de cette extension, ont mentionné que la non possibilité pour les personnes physiques de bénéficier d'un tel accord, allait contribuer à nourrir le sentiment d'impunité des dirigeants des grandes entreprises dans l'opinion publique. Cependant, si l'idée s'est progressivement imposée au sein du groupe de travail, il a été retenu que « la CJIP étant un instrument de création récente, en forte rupture avec la tradition juridique française, une extension prématurée aux personnes physiques risquerait de ne pas être comprise de l'opinion publique. La Commission est donc convenue de ne pas recommander, à brève échéance, ladite extension et de considérer cette éventualité à plus long terme. »¹⁵⁶

En revanche, ce qui a été retenu par la Commission, est l'extension du domaine d'application de la CJIP à des infractions supplémentaires, relevant de la délinquance économique et financière des entreprises de manière générale, de même qu'aux infractions portant atteinte à l'environnement, sur le long terme. Enfin, s'est posée la question d'instituer une compétence exclusive du procureur de la République financier dans la conclusion d'une CJIP. La Commission n'a pas recommandé cette hypothèse, « de crainte de marginaliser les parquets de province et d'accréditer les idées que la CJIP serait un instrument de justice réservé aux grandes entreprises et la corruption un sujet principalement parisien. »

L'impact de la loi Sapin 2 est sans appel, l'instauration de la CJIP notamment, constitue une véritable innovation dans le système français, il est donc légitime que la législation fasse l'objet d'éclaircissements et d'améliorations. En revanche, c'est sur le plan européen que tout reste à faire. En effet, le rapport du club des juristes évoque dans sa seconde partie, la volonté de bâtir un modèle européen de *compliance* en matière de lutte contre la corruption.

¹⁵⁶ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.112.

Chapitre 2 : La construction d'un modèle européen de *compliance* en matière de lutte contre la corruption

Le rapport du club des juristes a rappelé les nombreux effets néfastes de la corruption, qui, quelle que soit sa forme, affecte indéniablement les Etats membres, leurs citoyens, ainsi que l'Union européenne dans son ensemble. D'abord car elle constitue une entrave au fonctionnement du marché intérieur, en créant des distorsions de concurrence entre les entreprises ayant recours à des pratiques corruptives. Elle entraîne une diminution des niveaux d'investissement et réduit le niveau des fonds publics disponibles.¹⁵⁷ Le recours à des actes corruptifs permet également de faciliter l'organisation de groupes criminels et de favoriser leur infiltration dans l'économie licite. Enfin, l'infraction met en péril les démocraties européennes puisqu'elle affecte la confiance des citoyens dans le fonctionnement des institutions publiques et du marché. Pour toutes ces raisons, la corruption constitue un fléau qui doit être combattu, et la seule répression à l'échelle nationale ne saurait être suffisante.

Section I : Une harmonisation du droit européen en matière de lutte contre la corruption

Adoption d'un paquet anticorruption de droit européen. Ce paquet anticorruption est composé de trois directives. Selon la Commission, la première directive doit imposer aux Etats membres de se conformer aux principes et recommandations dégagés par l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, sur le fondement de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997. Le rapport ajoute que cette directive augmenterait la crédibilité de l'Union européenne dans le monde, tout en manifestant la confiance de cette dernière dans le fonctionnement des institutions multilatérales. Ainsi, « l'acquis de l'OCDE » en matière de lutte contre la corruption, mondialement reconnu, serait intégré au droit européen dérivé.

La deuxième directive consiste à abroger la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la corruption dans le secteur privé, puis à reprendre le dispositif de cette

¹⁵⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, la lutte contre la corruption dans l'Union européenne, le 6 juin 2011.

décision-cadre dans une directive adoptée sur le fondement de l'article 83.1 du TFUE, tout en le modernisant. Il est reproché à la décision-cadre de 2003 d'être transposée inégalement dans les Etats membres et insuffisamment mise en œuvre par ces derniers. La reprise de la décision-cadre du 22 juillet 2003 sous la forme d'une directive devrait imposer aux Etats membres d'incriminer les actes de corruption active ou passive dans le secteur privé commis en dehors de leur territoire mais présentant un lien de rattachement avec celui-ci, ainsi que le permet notamment, l'article 435-6-2 du Code pénal français, depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2. Autrement dit, cette modification aurait pour conséquence d'imposer aux Etats membres d'incriminer la corruption de manière extraterritoriale, approche retenue par l'article 4 de la convention de l'OCDE de 1997. Par ailleurs cette modification permettrait de mettre l'ensemble des juridictions des Etats membres à égalité d'armes avec les juridictions d'Etats tiers les plus actives en matière de lutte contre la corruption internationale, en particulier les juridictions américaines et britanniques. Ce faisant, elle contribuerait à rééquilibrer la relation de l'Union européenne avec les Etats-Unis d'Amérique et les autres puissances régionales dans ce domaine et, ultimement, à mieux protéger les entreprises européennes.¹⁵⁸

Enfin, la troisième et dernière directive impose aux Etats membre de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption. Outre cette soumission, la directive devrait imposer aux Etats membres de désigner une autorité en charge de contrôler le respect des obligations de prévention et de détection, tout en laissant ceux-ci libres du choix de cette autorité, qui pourrait être administrative autant que judiciaire. Certains Etats dont la France, disposent déjà d'autorités spécifiques en charge d'un tel contrôle, il s'agirait ainsi d'étendre la pratique à l'ensemble de l'Union européenne.

Afin de garantir une harmonisation optimale du droit européen en matière de *compliance*, la Commission a évoqué l'idée d'insérer des clauses anticorruptions dans les actes de droit européen dérivé, notamment dans les directives sectorielles et les accords commerciaux conclu par l'Union européenne.

Clauses anticorruptions dans les actes de droit européen dérivé. S'il existe déjà de telles clauses concernant l'accès à la commande publique dans les directives relatives aux

¹⁵⁸ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.152.

marchés publics, la Commission a estimé que ces clauses anticorruptions doivent être insérées dans les actes de droit européen dérivé sectoriels subordonnant à autorisation l'exercice de certaines activités réglementées, comme en matière de banque, de services d'investissement et d'assurance. Ces clauses, en conditionnant l'accès des opérateurs économiques au marché intérieur à des exigences de probité, contribueraient à rétablir un rapport équilibré entre l'Union européenne et les Etats-Unis, ainsi que les autres puissances régionales, en matière de lutte contre la corruption.¹⁵⁹ De la même manière, la Commission impose l'insertion systématique d'une clause de conditionnalité relative à la lutte contre la corruption dans les accords de partenariat économique de nouvelle génération conclu avec des Etats tiers. Cette nouveauté va affermir davantage, la crédibilité internationale de l'Union européenne, de ses normes et de ses pratiques en matière de lutte contre la corruption.

Outre l'harmonisation du droit européen en matière de *compliance*, l'autre pendant de ce rapport du club des juristes, est la coopération entre les Etats membres en matière de lutte contre la corruption.

Section II : Une coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption

Extension de la compétence du parquet européen. Le rapport présidé par Bernard Cazeneuve mentionne enfin, l'amélioration de la coopération entre les Etats membres en matière de lutte contre la corruption transnationale. Cette amélioration pour qu'elle soit effective, implique une extension de la compétence du parquet européen à l'ensemble des actes de corruption transnationale, indépendamment du point de savoir si ces derniers portent ou non atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. C'est donc à terme, un objectif.

Pour autant, il existe plusieurs limites de différentes natures qui affectent cette extension et auxquelles il faut remédier. En effet, le règlement 2017/1939 du 12 octobre 2017 qui a créé la compétence du Parquet européen, l'a d'abord limité dans le temps. Il y a un véritable délai entre la mise en place dudit Parquet, de son exercice effectif et de ses effets dans le temps. Le Parquet sera mis en place en juin 2021 et ne sera compétent qu'à l'égard des infractions relevant de ses attributions commises après le 20 novembre 2017, à l'exclusion des infractions commises avant cette date. *Quid* des infractions continues nées avant le 20

¹⁵⁹ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.163.

novembre 2017 dont les effets se prolongeraient après cette date ? La question reste en suspend.

Le Parquet européen voit aussi sa compétence être limitée dans l'espace puisque le règlement de 2017 a été adopté selon la procédure des coopérations renforcées. De ce fait, ledit règlement s'applique aux vingt-deux Etats membres sur un total de vingt-huit. Enfin, le Parquet européen est limité aux infractions couvertes. Il s'agit là de la principale difficulté en présence, dans la perspective d'étendre la compétence du Parquet européen à l'ensemble des actes de corruption transnationale. La directive (UE) 2017/1371 énonce la compétence matérielle du Parquet européen à titre principal, ainsi toute fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le blanchiment de capitaux, la corruption passive et active, le détournement de fonds sont des infractions entrant dans les compétences du parquet.

S'il existe donc bien un acquis européen en matière de manquements à la probité, il y a une fois de plus, une difficulté majeure faisant obstacle à l'extension immédiate de sa compétence à l'ensemble des actes de corruption transnationale. D'une part, le Parquet européen n'est compétent que lorsque les infractions relevant de ses attributions entraînent un préjudice supérieur à 10 000 euros, et s'agissant des fraudes à la TVA, à 10 000 000 d'euros.¹⁶⁰ Dans une logique de subsidiarité, les Parquets nationaux des Etats membres sont considérés comme étant mieux placés et plus efficaces, lorsque les infractions en cause entraînent un préjudice inférieur à ces seuils. D'autre part le Parquet européen n'est compétent que lorsque ces infractions « portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union », au sens de la directive du 5 juillet 2017.¹⁶¹ Par conséquent, les actes de corruption transnationale ne portant pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne échappent à la compétence du Parquet européen. Eu égard à tous ces obstacles, l'extension de la compétence du Parquet européen aux actes de corruption transnationale ne portant pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union ne peut être effectuée dans l'immédiat, puis une telle éventualité se heurterait à des difficultés pratiques, politiques et juridiques.

A défaut de ne pouvoir étendre à l'heure actuelle, le champ de compétence du Parquet européen, la Commission œuvre pour une meilleure coopération entre les Etats membres.

¹⁶⁰ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.174.

¹⁶¹ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.175.

Une meilleure coopération entre Etats membres. La Commission recommande de renforcer la coopération entre les Etats membres en matière de lutte contre la corruption transnationale. Elle rappelle qu'il existe déjà des possibilités de coopération en matière répressive au sein de l'espace européen de liberté de sécurité et de justice, depuis le traité d'Amsterdam en 1997. Les actes de corruption peuvent en effet, donner lieu dès à présent à une décision d'enquête européenne, l'émission d'un mandat d'arrêt européen, des actes de coopération dans le cadre d'Eurojust, et dans le cadre d'Europol. Les décisions de gel ou de confiscation des instruments et des produits d'actes de corruption, ainsi que les décisions imposant des sanctions pécuniaires aux auteurs de tels actes, peuvent bénéficier de la reconnaissance mutuelle entre Etats membres.¹⁶² S'ajoute à cela, l'existence d'un mécanisme de résolution des conflits de juridictions entre Etats membre en matière répressive émanant de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009. Tous ces dispositifs visent à éviter les inconvénients liés à l'existence de procédures parallèles, à raison des mêmes faits, et favoriser dans la mesure du possible, la concentration de ces procédures dans un seul Etat membre.

Pour autant, malgré l'instauration de ces instruments, la Commission a constaté d'une part, que ces possibilités de coopération existant entre les Etats membres étaient illusoire, et d'autre part, que l'activité d'Eurojust restait concentrée sur certaines formes de criminalité organisée, comme la fraude, le blanchiment de capitaux, le trafic de stupéfiants, et non sur la corruption. A cet égard, la Commission recommande de renforcer la coopération entre les Etats membres en matière de lutte contre la corruption transnationale au sein d'Eurojust, organise naturel de résolution des conflits de juridictions en matière répressive, en l'état actuel du droit européen dans l'attente de la mise en place effective du Parquet européen.¹⁶³

¹⁶² Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.180.

¹⁶³ Rapport : « Pour un droit européen de la *compliance* ». Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet. P.185.

CONCLUSION

La corruption représente l'une des principales menaces en matière de développement durable, elle sape le processus démocratique des pratiques commerciales, la multiplication des pactes corrupteurs rompt l'égalité des acteurs commerciaux et fausse la libre concurrence. L'obtention de marchés par les transactions commerciales internationales, les dérogations administratives et fiscales, la prise de contrôle de sociétés suite à l'acquisition d'informations, qui adviennent moyennant le versement de commissions occultes, sont autant d'agissements profitant aux spéculateurs aux dépens des autres investisseurs.¹⁶⁴ Les véritables perdants de telles opérations sont les populations notamment les Etats connaissant des difficultés économiques. En Europe, jusqu'à une période récente, une entreprise qui souhaitait gagner un marché, pouvait verser une commission à un acheteur public intermédiaire. Aujourd'hui de tels agissements sont incriminés du chef de corruption en ce qu'ils conduisent à une rupture d'égalité entre les différents acteurs commerciaux. Par ailleurs, s'inscrivant dans le courant d'une gouvernance éthique plus grande, la pénalisation de ces comportements joue un rôle

¹⁶⁴ Brigitte Pereira, *Ethique commerciale, bonne gouvernance des entreprises et corruption internationale*. P. 6.

préventif : elle induit les entreprises à se comporter dans le sens d'une crédibilité et une notoriété protégées.¹⁶⁵

La corruption qu'elle qu'en soit sa forme, a toujours été considérée comme un fléau. Ce qui m'a véritablement intéressé dans la rédaction de ce mémoire, est la jonction entre la corruption, phénomène qui a toujours existé et est réprimé depuis longtemps, et le recours à la *compliance* comme instrument récent de prévention et de répression. En effet, les départements conformité n'ont fait que se développer dans les organismes, et nous l'avons constaté, outre la loi Sapin 2 qui oblige certaines entreprises à instaurer des programmes de conformité, la plupart des structures se dotent de responsables en la matière, conscientes des enjeux. Il a été très intéressant d'étudier également, la question sous-jacente de la souveraineté des pays dans cette guerre contre la corruption transnationale. En effet, si par principe, les pays doivent tous œuvrer conjointement, contre ce mal, nous avons constaté que les Etats-Unis s'imposaient comme les gendarmes de ce monde, en sanctionnant très sévèrement des entreprises européennes sur le fondement de la corruption active d'agent étranger. C'est d'ailleurs en réaction à cette forte répression américaine que le législateur français a légiféré et que l'Union européenne toute entière, souhaite adopter un modèle européen de *compliance*. Pour toutes ces questions passionnantes, j'ai décidé d'effectuer un mémoire de recherche sur la lutte contre la corruption transnationale et les enjeux de la *compliance*.

En espérant qu'il vous plaise,

Bonne lecture.

¹⁶⁵ *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages et manuels

E. Breen, *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly éditions, 2017.

F. Browning et J. Gerassi, *Histoire criminelle des Etats-Unis*, Nouveau Monde Editions, 2016.

O. Cahn, *Pluralisme culturel et politique criminelle : le sentencing anglo-américain, avenir de l'administration des peines en France ?* Editions A. Pedone, 2014.

P. Farge, *Le lanceur d'alerte n'est pas un délateur*, Lattes, 2021.

P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés, la convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Droit international, 2001.

A. Garapon et P. Servan-Schreiber, *Deals de justice Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Presses Universitaires de France, 2013.

M. Koehler, *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act*, 2014.

A. Oppenheimer, *Ojos vendados : Estados Unidos y el negocio de la corrupcion en América Latina*, Editorial sudamericana, 2001.

N. Pons, *La corruption comment ça marche*, Seuil, 2021.

II. Revues et périodiques

L. d'Ambrosio, *L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi sapin 2*. Dalloz Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.

J. Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States : Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*, New York University School of Law, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper no 17-09

MS. Baud, *La manifestation de la vérité dans le process penal : une etude comparée entre la France et les Etats-Unis*, Dalloz, les cahiers de la justice.

- A. Bitton et J. Palayer, *l'Agence française Anticorruption*, village de la Justice.
- C. Collard, C. Delahaye, HB Loosdregt, C. Roquilly, *Risque juridique et Conformité. Manager la compliance*, Paris, EDHEC-Lamy, 2011.
- C. Emilio, *Plea bargaining in the United States : a perversion of justice*. Revue internationale de droit pénal. 2012.
- G. Fischer, *Plea Bargaining's Triumph : A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University, 2003.
- M. Galli, *Une justice pénale propre aux personnes morales*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2018/2.
- A. Hamelle, Un exemple de bonnes pratiques en matière de *compliance*, Revue Lamy Droit des Affaires n°6189, 2017/25.
- J. Mestre, Revue Lamy Droit civil n°181, 1^{er} mai 2020 : *compliance*.
- A. Mignon-Colombet, *La justice négociée en France un modèle en construction pour les entreprises*, 2016.
- B. Niang « *Qu'est-ce que le plea bargaining ?* » Dalloz « Les Cahiers de la Justice »
- J.T O'Reilly, *Punishing Corporate Crimes : Legal Penalties for Criminal and Regulatory Violations*, Oxford University Press 2009.
- B. Pereira, *Ethique commerciale, bonne gouvernance des entreprises et corruption internationale*, Revue internationale de droit économique, 2008.
- F. Stasiak, *Les apports de la Loi Sapin II en matière de lutte contre la corruption : drôle de cadeau pour les entreprises*.
- D.D. Stevenson et N.J. Wagoner, « *FCPA Sanctions: Too Big to Debar ?* », Fordham Law Review, 2011.
- C.A Wray et R.K Hur « *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World : The Thompson Memo in Theory and Practice* » American Criminal Law Review 2006.
- Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, *L'entreprise face au nouveau contexte réglementaire : des enjeux de puissance et de compétitivité*, la revue du département intelligence et sécurité économiques, Décembre 2018.
- « *Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le compliance officer ?* » Revue Lamy droit des affaires n°143, 1^{er} décembre 2018.

III. Textes législatifs et non législatifs

Code pénal français

Code de procédure pénale français

United State Code

Foreign Corrupt Practices Act Guide

E. d'Achon et C. Trotman, Rapport n°2016-M-051, *Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale*, Inspection générale des finances.

Department of Justice et Securities and Exchange Commission, *A resource Guide to the US FCPA*, 14 novembre 2012.

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Site Internet du Ministère de la Justice, Parquet National Financier.

Site officiel AFA. <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr>

Site officiel Ministère de l'économie, des finances et de la relance. <https://www.economie.gouv.fr/node/37361>

Circulaire du 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles étendant les procédures d'ordonnance pénale et de CRPC.

Rapport de l'Assemblée nationale n°4082, « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », 5 octobre 2016.

Rapport : Pour un droit européen de la compliance » Le club des juristes. Novembre 2020. Groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve. Rapporteur : Antoine Gaudemet.

Whistleblower Program, US Securities and Exchange Commission, 2018 Annual report to Congress.

Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE, document 15115/05 du Conseil, 2 décembre 2005.

A. Genevois, *L'Efficacité internationale des droits anti-corruption*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris I – Panthéon Sorbonne, 2004.

P. Fitzgerald, *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers*, thèse pour le doctorat en droit, Université du Sud Toulon-Var, 2011.

Enquête réalisée par Transparency International : *Alternative to silence. Whistleblowing in 10 european countries*.

Cartographie des directions juridiques 2018 réalisée par LEXqi Conseil en partenariat avec le Cercle Montesquieu et l'Association française des juristes d'entreprise.

IV. Articles de presse

The Washington Post, daily edition, 14 Septembre 1976.

Deferred Prosecution Agreement du 29 mai 2013.

<https://www.justice.gov/iso/opa/resources/9392013529103746998524.pdf>

DOJ, French Oil and Gas Company, *Total SA Charged in the US and France in Connection with an International Bribery Scheme*, communiqué de presse 23 Mai 2013.

Total renvoyé en correctionnelle pour corruption en Iran, <https://www.lemonde.fr>, 2014.

SEC Cease-and-Desist Order, *Key Energy Services Inc.* 11 Août 2016.

« Fraude fiscale : la banque Reyl accepte une amende de 2,8 millions d'euros ». www.lemonde.fr

Agence française anticorruption : *Le dispositif d'alerte interne anticorruption*, Septembre 2018.

L. Poitevien, Bankobserver, *découvrez le nouveau visage du compliance officer*, 2015.

G. des Roseaux, *Au fait c'est quoi le pnf ?* Le Figaro, 1^{er} mars 2021.

H. de Vauplane, *Iran : Sanctions américaines contre les banques européennes, hypocrisie ou arnaque ?* Les Échos, 23 août 2012.

V. Décisions de justice

US v. Syncor Taiwan, Inc No.02-cr-01244.

Cass. Crim 27 octobre 1971 n°71-90.754.

US v. Liebo. 8th Circ. 1991.

Cass. Soc. 3 avril 2001 n°98-44.069.

Cass. Ass. Plén 14 décembre 2001 n°00-82.066.

Cass. Crim, 20 février 2008, *Bull.crim.*2008 pourvoi n° 07-82.977 : affaire de corruption d'agent public français.

US v. Kay. 5th Circ. 2008.

US v Simenes Aktiengesellschaft, 2008.

US v. Bernard Madoff, Southern District of New York. Mai 2009.

Southern Union Co v. US. Janvier 2012.

Lafler v. Cooper n°10-209. 21 mars 2012.

US v Total SA, 2013.

Cass 2è civ. 10 décembre 2015 n°14-26.649.

VI. Vidéos

Conférence Paris II, Charles Duchaine : *Premières applications de la loi Sapin II sur le plan préventif*. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=L1jR6ezRF2o>

F. Fages, *Décideurs du Droit : vers un droit européen de la compliance ?* <https://www.youtube.com/watch?v=8NDtYos-bik&t=661s>