

# LA CONFORMITÉ DES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE LUTTE ANTI-CORRUPTION

par Emmanuel Daoud

Avocat associé, cabinet VIGO, membre du réseau GESICA

et Clarisse Le Corre

Avocat, cabinet VIGO



Retrouvez en ligne  
le FCPA version française

Pour la première fois, le rapport de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la corruption transnationale<sup>1</sup>, publié le 2 décembre 2014, décrit et quantifie la corruption transnationale, sur la base des informations révélées dans les 427 affaires de corruption terminées depuis l'entrée en vigueur de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption (actions répressives engagées à l'encontre de 263 personnes physiques et 164 personnes morales ayant commis l'infraction de corruption transnationale dans 17 pays), avec pour objectif affiché de « connaître son ennemi » pour mieux le combattre. Déconstruisant les idées reçues, le rapport dresse un portrait précis et actualisé de l'infraction de corruption transnationale, notamment par le biais des chiffres suivants :

- deux tiers des affaires de corruption transnationale ont eu lieu dans les quatre secteurs suivants : industries extractives (19 %), construction (15 %), transport et entreposage (15 %), information et communication (10 %) ;
- près de la moitié des affaires a porté sur la corruption d'agents publics de pays à haut niveau de développement humain ;
- 57 % des affaires ont impliqué des pots-de-vin dans le cadre de marchés publics ;
- un tiers des affaires a été déclenché par l'auto-dénonciation (les entreprises ayant volontairement signalé des faits de corruption commis dans le cadre de leurs activités en ont, pour l'essentiel, pris connaissance par le biais des contrôles internes [31 %] et des procédures de diligence raisonnable appliquées par elles à l'occasion d'opérations de fusion-acquisition [28 %]) ;
- 261 amendes ont été imposées à des personnes physiques et morales, l'amende la plus lourde infligée à une personne morale s'élevant à 1,8 milliard d'euros, et la sanction pécuniaire la plus importante infligée à une personne physique étant une ordonnance de confiscation portant sur un montant de 149 millions de dollars ;
- 69 % des procédures engagées ont été terminées par voie de règlement (procédure de l'article 153 (a) du code de procédure pénale allemand, « *probation* » en droit pénal canadien, accord d'abandon ou de suspension des poursuites et accord de coopération aux États-Unis, avis de sanction en Norvège, procédure de réparation sur le fondement de l'article 53 du code pénal suisse, procédure de « *pattaggiamento* » en Italie).

Surtout, le rapport souligne que 53 % des affaires de corruption transnationale ont impliqué les cadres de l'entreprise ou son PDG, et que 3 affaires de corruption sur 4 ont impliqué des intermédiaires (dans 41 % des cas, ces intermédiaires étaient des agents commerciaux, distributeurs et courtiers locaux ; dans 35 %, les intermédiaires impliqués étaient des « véhicules juridiques » tels que filiales, cabinets de conseil locaux, entreprises dans des paradis fiscaux, etc.).

Le constat, tant du recours généralisé à des intermédiaires dans les affaires de corruption que du taux élevé d'implication des cadres et dirigeants de l'entreprise dans celles-ci, souligne la nécessité pour les opérateurs économiques de mettre en œuvre des programmes internes de conformité destinés à prévenir les pratiques de corruption, axés notamment sur les mesures de diligence raisonnable à mener dans le cadre des transactions commerciales internationales, indépendamment du niveau de développement du pays impliqué par l'opération, mais avec une attention particulière en fonction du secteur d'activité concerné.

Le rapport de l'OCDE et ses conclusions attestent du changement qui s'est opéré, sur les deux dernières décennies, dans la perception de la corruption. Rappelons que jusqu'en 2000, les entreprises françaises avaient la possibilité de déduire de leurs résultats imposables toutes les sommes versées ou tous les avantages octroyés directement ou indirectement à un agent public en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le cadre de transactions commerciales internationales (faculté supprimée par l'article 39-2 bis du code général des impôts, introduit par l'article 32 de la loi de finances rectificative du 29 décembre 1997 et modifié par la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption). Principalement sous l'impulsion des conventions internationales, des dispositifs répressifs très stricts ont vu le jour en droit interne, notamment dans les pays anglo-saxons, à l'instar du Royaume-Uni où, en application de l'UKBA, le seul constat du défaut de mise en place d'un programme de conformité suffit, en cas de corruption, à engager la responsabilité pénale de l'entreprise [une évolution en gestation de cette législation voudrait de surcroît que les autorités compétentes soient autorisées à juger du caractère suffisant du niveau de *compliance* mis en œuvre par l'entreprise concernée et, le cas échéant, à engager des poursuites à son encontre].

Cette évolution traduit combien la corruption est aujourd'hui perçue comme une menace pour la stabilité des institutions démocratiques ainsi qu'une entrave au développement économique, et combien il apparaît désormais indispensable de mettre chacun à contribution pour éradiquer le phénomène. Les opérateurs économiques ont ainsi vu s'accroître les exigences des organisations internationales, du législateur et/ou de la société civile à leur égard en matière de lutte anti-cor-

**Le constat, tant du recours généralisé à des intermédiaires dans les affaires de corruption que du taux élevé d'implication des cadres et dirigeants de l'entreprise dans celles-ci, souligne la nécessité pour les opérateurs économiques de mettre en œuvre des programmes internes de conformité.**

(1) OCDE (2014), *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, Éditions OCDE.

ruption, contraints à prendre le train de la *compliance* en marche. La *compliance* désigne l'ensemble des instruments et actions mis en œuvre au sein d'une entreprise pour assurer la conformité avec la réglementation applicable, prévenir le risque d'infraction et traiter au mieux la survenance du risque. Mais la *compliance* dépasse la stricte conformité réglementaire. Il s'agit également d'« une posture institutionnelle, qui consiste à faire du respect de la norme une valeur en soi. En cela, la *compliance* renvoie à la vision qu'a l'entreprise de ce qu'elle est et des rapports qu'elle entretient avec son environnement (c'est-à-dire les pays dans lesquels elle opère, la nature et la diversité de ses activités, etc.). Les outils mis en place ne sont que la conséquence de cette posture et des circonstances qui conduisent à l'adopter »<sup>2</sup>.

Concept né aux États-Unis dans le secteur bancaire et financier, la *compliance* a ensuite pris de l'ampleur pour concerner désormais l'ensemble des entreprises transnationales et s'appliquer à tout risque d'infraction lié aux activités de l'entreprise (manquements en matière de concurrence, corruption, blanchiment, conflits d'intérêts, délits d'initiés, etc.). Les conventions internationales ainsi que les législations nationales anti-corruption (surtout anglo-saxonnes) en ont fait un outil fondamental de la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, bouleversant le rôle des opérateurs économiques en la matière.

### ■ La *compliance* en entreprise rendue nécessaire par les législations anti-corruption

#### Rappel du cadre normatif anti-corruption

Le cadre normatif anti-corruption international est défini par un ensemble de conventions ratifiées par la France, qu'il s'agisse de la convention de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés ou des fonctionnaires des États membres (signée le 26 mai 1997 et ratifiée par la loi n° 99-423 du 27 mai 1999), de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (signée par la France le 17 déc. 1997 et ratifiée par la loi n° 99-424 du 27 mai 1999), des Conventions civile et pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, du protocole additionnel à la convention pénale sur la corruption internationale du Conseil de l'Europe (signé le 15 mai 2003 et ratifié par la loi n° 2007-1154 du 1<sup>er</sup> août 2007) ou de la convention contre la corruption des Nations unies (signée par la France le 31 oct. 2003 et ratifiée par la loi n° 2005-743 du 4 juill. 2005).

Les conventions internationales susvisées ont été transposées dans l'ordre juridique français par les lois n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption et n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption. Le code pénal français distingue ainsi la corruption d'agent public français (art. 433-1) ou étranger ou d'agent d'une organisation internationale publique (art. 435-3), la corruption visant à entraver le cours de la justice française (art. 434-9) ou internationale (art. 435-9), la corruption dite privée, c'est-à-dire relative à une personne n'exerçant pas une fonction publique (corruption active [art. 445-1] ou passive [art. 445-2]), le trafic d'influence actif d'agent public français (art. 433-1), le trafic d'influence en vue d'orienter l'action d'un agent d'une organisation internationale publique (art. 435-4), le trafic d'influence des particuliers (art. 433-2), ainsi que le trafic d'influence en vue d'entraver le cours de la justice française (art. 434-9-1) ou internationale (art. 435-8 et 435-10). De nombreux délits dits apparentés sont également réprimés en droit pénal français – favoritisme (art. 434-14),

soustraction ou détournement de biens par un agent public (art. 432-15), blanchiment (art. 324-1), recel du produit d'un acte de corruption (art. 321-1 à 321-12). Le champ d'application des incriminations susvisées est vaste puisque le code prévoit que la loi pénale française a vocation à s'appliquer (1°) aux infractions commises sur le territoire national (art. 113-2), à celles (2°) dont l'un des faits constitutifs a eu lieu sur le territoire (art. 113-2), ainsi que aux crimes et délits (3°) punis d'emprisonnement commis par un Français ou un étranger hors du territoire national lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction (art. 113-7).

Soulignons que l'arsenal répressif français a été renforcé par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la grande délinquance économique et financière qui, outre l'aggravation des peines encourues et la création du parquet national financier, a également reconnu à certaines associations de lutte contre la corruption la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile, et donc de mettre en mouvement l'action publique en lieu et place du ministère public.

La France s'est par ailleurs dotée du Service central de prévention de la corruption (SCPC), dont le rôle est de centraliser et d'exploiter des informations permettant d'avoir connaissance de l'ensemble du phénomène de la corruption en France, avec pouvoir de transmission au procureur des éléments découverts aux fins de poursuite. Le SCPC peut être saisi par différentes autorités publiques pour consultation ou avis et mène des opérations de sensibilisation et de formation en matière de prévention de la corruption. Ce dernier a notamment émis, le 25 mars 2015, des lignes directrices en matière de politiques de conformité à destination des entreprises (V. *infra*).

#### Une action répressive française jugée insuffisante

Si le cadre normatif français de la lutte anti-corruption est jugé satisfaisant eu égard aux exigences internationales et communautaires, il en va différemment de la mise en œuvre de ce dernier. En effet, la France est fortement critiquée pour le manque de poursuites effectives d'actes de corruption transnationale, aucune condamnation de ce chef n'ayant été enregistrée à ce jour. Les derniers rapports de l'OCDE dénoncent ainsi l'insuffisance de l'action répressive française, s'agissant du nombre de procédures et de condamnations prononcées, ainsi que des peines d'amende jugées insuffisantes pour être dissuasives.

Par une déclaration du 23 octobre 2014, le groupe de travail de l'OCDE sur la corruption transnationale a exprimé ses « importantes préoccupations quant au caractère limité » des efforts de la France en matière de lutte contre la corruption internationale. De même, le premier rapport anti-corruption de la Commission européenne, publié le 3 février 2014<sup>3</sup>, a exigé de la France « l'amélioration de la législation sur les faits de la corruption transnationale, y

(2) C. Collard, La conformité réglementaire et les « programmes de *compliance* », Cah. dr. entr. n° 2, mars 2010, entretien 2.

(3) Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen : rapport anti-corruption de l'UE, COM(2014) 38, 3 févr. 2014.

compris des règles intéressant la double incrimination et la compétence », ainsi que « l'accroissement de l'efficacité, d'une part, des enquêtes sur des faits de corruption survenus à l'étranger et, d'autre part, des poursuites en la matière »<sup>4</sup>. La France figure du reste au 26<sup>e</sup> rang mondial et au 14<sup>e</sup> rang des pays de l'Union européenne du classement effectué en 2014 par Transparency international du degré de perception de la corruption, les associations Anticor et Sherpa dénonçant quant à elles « l'inaction chronique de la France dans les cas de corruption d'agents publics étrangers [qui] témoigne d'un véritable décalage entre la volonté politique affichée de réformer la justice et l'action concrète, malgré un dispositif juridique récemment consolidé »<sup>5</sup>.

Un tel constat incline à considérer que « les politiques anti-corruption peuvent aussi être envisagées comme des politiques symboliques, au sens où leur fonction résiderait davantage dans la recherche d'une légitimité superficielle que dans celle d'une efficacité réelle. Leur échec ne serait donc qu'apparent et serait inscrit dans leur conception même. Ces programmes reposeraient avant tout sur des effets de discours et l'affichage de valeurs de probité, ils seraient délibérément dépourvus d'impact concret sur les activités de contrôle et de sanction »<sup>6</sup>. L'on ne saurait toutefois s'en satisfaire, tant le retard de la France en matière de répression de la corruption transnationale pèse sur notre compétitivité et attractivité. À cet égard, 73 % des chefs d'entreprise français et 75 % de la population française considèrent que le favoritisme et la corruption entravent la concurrence interentreprises en France, et 59 % des entreprises françaises classent la corruption parmi les problèmes auxquels elles sont confrontées dans l'exercice de leurs activités<sup>7</sup>. Les professionnels du secteur privé et public estiment ainsi, à juste titre, que les insuffisances de l'action répressive de la France exposent les entreprises françaises à être poursuivies à l'étranger sur le fondement de législations anti-corruption à portée extraterritoriale. Progressivement s'effectue une prise de conscience des milieux économiques et juridiques français de la nécessité de renforcer les politiques publiques et internes de lutte contre la corruption, pour rendre nos entreprises et notre droit plus performant et compétitif.

(4) Annexe France au rapport anti-corruption de l'UE, COM(2014) 38, 3 févr. 2014, p. 12.

(5) Communiqué commun de Sherpa et Anticor, La France se donne-t-elle les moyens de lutter contre la corruption transnationale ?, 28 oct. 2014.

(6) P. Lascoumes, C. Nagels, *Sociologie des élites délinquantes, De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Armand Colin, 2014, p. 263 ; cité par A. Mignon Colombet, *L'anticorruption est-elle l'avenir du monde ?*, JCP n° 51, 15 déc. 2014, 1298.

(7) Annexe France au rapport anticorruption de l'UE, COM(2014) 38, 3 févr. 2014, p. 3.

(8) US Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (15 USC § 78dd-1, et seq.), entré en vigueur le 19 déc. 1977 et modifié par l'*International Anti-Bribery Act* de 1988.

(9) Bribery Act 2010 c. 23 (8 avril 2010), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

(10) Il sera souligné que contrairement au FCPA, l'UKBA ne prévoit pas d'exception pour les « paiements de facilitation » (paiement tendant à accélérer ou faciliter des procédures administratives d'usage / non discrétionnaires).

## L'impact des législations anti-corruption anglo-saxonnes à portée extraterritoriale

L'étude du cadre normatif applicable aux entreprises françaises en matière de corruption serait incomplète si nous n'évoquions pas les législations anti-corruption américaines et britanniques qui, du fait de leur portée extraterritoriale et de la sévérité de leur dispositif répressif, ont un impact considérable sur les entreprises françaises, s'agissant de la mise en place de leurs programmes de lutte anti-corruption.

Le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)<sup>8</sup>, tout d'abord, s'applique aux personnes physiques ou morales, américaines ou étrangères se trouvant sur le sol américain ou cotées sur le marché américain, mais également aux filiales étrangères des sociétés mères elles-mêmes soumises au FCPA. Cette loi prévoit de très lourdes sanctions – pour les personnes morales, une amende pénale de 2.000.000 dollars (outre une amende civile de 10 000 dollars) pouvant être portée au double de la perte ou du gain financier découlant du paiement corrompu. L'existence d'un programme de conformité effectif est toutefois prise en considération dans la détermination du montant de l'amende.

**L'existence d'un programme de conformité effectif est toutefois prise en considération dans la détermination du montant de l'amende.**

Les accords transactionnels avec les autorités américaines sont tout aussi lourds financièrement : 800 millions de dollars pour la société allemande Siemens AG et trois filiales en décembre 2008 (outre les 596 millions d'euros d'amende en Allemagne), 400 millions de dollars pour la société anglaise Bae Systems PLC en mars 2010, 185 millions de dollars pour la société allemande Daimler AG et ses trois filiales en avril 2010, 338 millions de dollars pour la société française Technip en juin 2010 (et 917 millions de dollars pour ses associés au sein de joint-ventures), 398 millions de dollars pour la société française Total SA en mai 2013, ou encore 772 millions de dollars pour la société française Alstom en décembre 2014.

L'application de la législation américaine à des sociétés étrangères pour des faits localisés en dehors du territoire des États-Unis se fonde soit sur l'utilisation de la monnaie américaine (dans l'affaire *BNP Paribas* [violation des mesures d'embargo adoptées par les États-Unis à l'encontre du Soudan, de l'Iran et de Cuba, ayant conduit à une transaction pour 9 milliards de dollars en juin 2014], la compétence américaine extraterritoriale s'est fondée sur l'utilisation du dollar comme monnaie dans les transactions incriminées et sur le constat que les paiements ont transité par le système bancaire des États-Unis), soit sur la cotation de la société sur le marché boursier américain (ce fut le cas dans l'affaire *Alstom* précitée). L'*United Kingdom Bribery Act* (UKBA)<sup>9</sup>, en second lieu, s'applique à toute société exerçant tout ou partie de son activité au Royaume-Uni, ainsi que toute personne « associée » (cette terminologie très large vise toute personne physique ou morale réalisant un service pour le compte de l'entreprise concernée, ce qui inclut les employés, filiales, agents, mandataires, consultants, etc.). Surtout, l'UKBA incrimine non seulement la corruption<sup>10</sup>, mais également, et de manière autonome, l'absence de programme de conformité (le texte fait référence à des « procédures adéquates ») visant à prévenir la corruption au sein de l'entreprise. À défaut de pouvoir démontrer l'existence et l'effectivité de procédures internes adéquates de prévention de la corruption, la personne morale pourra ainsi voir sa responsabilité pénale engagée. Ici encore, les sanctions prévues sont lourdes : amende illimitée pour les personnes physiques ou morales, peine de 10 ans d'emprisonnement pour les personnes physiques.

L'extraterritorialité de telles législations accroît considérablement le risque applicable aux entreprises françaises. Risque juridique, réputationnel, et surtout financier ! Rappelons que le 22 décembre 2014, Alstom a versé une somme de 772 millions de

dollars pour mettre un terme à l'action des autorités américaines pour violation de la législation en matière de corruption d'agents publics (sur le fondement du FCPA) lors de l'obtention d'un marché en Indonésie. De plus (et sans tomber dans la politique fiction), on peut légitimement s'interroger sur la collusion entre les autorités de poursuite américaines et General Electric qui a fait main basse sur Alstom aux termes d'une transaction qui évoquait explicitement l'affaire de corruption en cours...

## ■ Les balbutiements de la *compliance* en France

### La naissance des programmes internes de conformité au sein des entreprises françaises

La *compliance* en matière d'anti-corruption est apparue en France principalement pour prévenir le risque pénal de condamnation pour des faits de corruption par les juridictions anglo-saxonnes sur le fondement de leurs législations à portée extraterritoriale. De toute évi-

De nombreuses entreprises françaises ont d'ores et déjà mis en œuvre des programmes internes de conformité, avec pour objet tant la prévention de la corruption que le traitement des faits de corruption lorsque le risque se matérialise.

dence, « la lourdeur des sanctions pécuniaires encourues devant ces juridictions », ainsi qu'il a été exposé précédemment, « a été un facteur très incitatif à l'adoption de programmes de conformité »<sup>11</sup>. Les exigences des organismes de financement, qui tendent à requérir systématiquement de leurs candidats la démonstration préalable de leur conformité anti-corruption, ainsi que l'évolution du

droit des contrats commerciaux et la présence dorénavant systématique de clauses anti-corruption dans ces derniers, ont également contribué à l'essor de la *compliance* en France.

Mais il serait « réducteur d'attribuer la mise en œuvre actuelle de ces programmes à la seule crainte de poursuites pénales »<sup>12</sup> ou à des considérations strictement financières. La *compliance* des entreprises résulte aussi des engagements éthiques de celles-ci et de la volonté d'adopter un comportement éco-socio responsable dans la conduite de leurs activités économiques. En cela, la mise en place de programmes de conformité accompagne la diffusion de la responsabilité sociétale des entreprises.

### Les programmes existants en matière de lutte anti-corruption

De nombreuses entreprises françaises ont d'ores et déjà mis en œuvre des programmes internes de conformité, avec pour objet tant la prévention de la corruption que le traitement des faits de corruption lorsque le risque se matérialise.

Ces programmes de conformité peuvent avoir été définis par des conseils extérieurs (cabinets d'avocats, cabinets d'audit, etc.) et/ou s'inspirer des lignes directrices émises par les différentes autorités et organisations en présence :

- aux États-Unis, les *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (1991) ainsi que le guide de mise en œuvre du FCPA (2012) publié par le Département de la Justice américain et la Division *Enforcement de la Securities and Exchange Commission* ;
- au Royaume-Uni, les lignes directrices publiées le 30 mars 2011 par le ministère de la Justice britannique ;
- s'agissant de l'OCDE, les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales publiés le 25 mai 2011<sup>13</sup>, la recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption

d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, incluant le Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité, en date du 26 novembre 2009<sup>14</sup> ;

- s'agissant des Nations unies, le programme de déontologie et de conformité contre la corruption pour les entreprises, émis le 2013<sup>15</sup> ;
- le guide des meilleures pratiques sur l'utilisation des recommandations du GAFI pour la lutte contre la corruption (octobre 2013)<sup>16</sup> ;
- les lignes directrices émises par des organisations non gouvernementales, telles que l'*International Standards Organization* (ISO)<sup>17</sup> et la *British Standard Institution* (BSI)<sup>18</sup>, mais également les publications de la Chambre de commerce internationale ou du Forum économique mondial.

À cette liste non exhaustive s'ajoutent les récentes recommandations du SCPC. Ces lignes directrices, juridiquement non contraignantes mais à vocation incitative, s'articulent autour de six principes<sup>19</sup> :

- un engagement affiché des dirigeants au plus haut niveau ;
- l'évaluation préalable des risques (cartographie), documentée et périodiquement renouvelée ;
- la mise en place d'un programme de conformité anti-corruption comportant notamment :
  - l'établissement d'un document de référence (code de conduite, guide déontologique, charte éthique, etc.) constituant le socle commun des valeurs promues par l'entreprise ;
  - la désignation d'un référent ;
  - l'élaboration de procédures appliquées à toutes les fonctions exposées et/ou concernées de l'organisation telles qu'identifiées par l'évaluation des risques ;
  - la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte interne adapté à la structure de l'entreprise (le SCPC souligne à juste titre la nécessité d'établir ce dispositif d'alerte en conformité avec le droit du travail et la réglementation en matière de données personnelles) ;
- un dispositif de contrôle interne et/ou externe (par le biais d'un audit de conformité, par exemple) ;
- la communication sur les engagements et le programme anti-corruption, la formation des dirigeants, cadres et personnels concernés, ainsi que le suivi régulier du programme de conformité ;

(11) *Du renforcement de la lutte contre la corruption transnationale*, Rapport du Club des juristes, Commission ad hoc, mars 2015, p. 42.

(12) *Idem*.

(13) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>.

(14) <http://www.oecd.org/fr/da/anti-corruption/44229684.pdf>.

(15) [http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-86071\\_F\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-86071_F_ebook.pdf).

(16) <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/BPP-Use-of-FATF-Recs-Corruption.pdf>.

(17) Lignes directrices ISO 26000 pour la responsabilité sociale : <https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:fr>. Une norme ISO 37001 est également en cours d'élaboration pour définir des systèmes de management anti-corruption et devrait être finalisée d'ici la fin de 2016 : [http://www.iso.org/iso/fr/iso\\_37001\\_anti-bribery\\_management\\_systems\\_standard\\_brochure.pdf](http://www.iso.org/iso/fr/iso_37001_anti-bribery_management_systems_standard_brochure.pdf).

(18) Norme britannique BS 10500 :2011 (« *Specification for an anti-bribery management system* »), publiée le 30 novembre 2011 par BSI.

(19) SCPC, *Lignes directrices françaises visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales*, mars 2015 : [http://www.justice.gouv.fr/include\\_html/pub/lignes\\_directrices.pdf](http://www.justice.gouv.fr/include_html/pub/lignes_directrices.pdf).

■ enfin, la mise en œuvre d'une politique de sanctions internes (procédures disciplinaires appropriées). Ces recommandations sont intéressantes en ce qu'elles montrent combien le facteur humain est central à la problématique de la *compliance*, qui requiert l'engagement de tous, à tous les niveaux de l'entreprise. L'élaboration d'un tel programme de conformité implique toutefois de s'interroger préalablement sur la place que l'on entend donner à la *compliance* au sein de l'entreprise : doit-elle irriguer les directions et fonctions de l'entreprise et ne pas être du seul ressort de la direction juridique ? Doit-elle, au contraire, être considérée comme un outil mis en œuvre par une direction déterminée ? Car « évoquer la conformité réglementaire n'implique pas uniquement de s'interroger sur l'intérêt qu'ont les entreprises à se soumettre à la norme juridique. Il s'agit également de réfléchir à des modes organisationnels permettant de mettre la conformité réglementaire au cœur des préoccupations de l'entreprise »<sup>20</sup>. Ces questions doivent être appréhendées en cohérence avec la culture et l'identité de l'entreprise, en veillant à ne pas faire émerger un système lourd et paralysant pour l'entreprise, géré par une équipe de *compliance* déconnectée des autres fonctions de l'entreprise, ni appliquer aveuglément et uniformément les outils anti-corruption.

### Spécificités et faiblesses de la compliance à la française

Il n'existe pas, à ce jour, de réglementation française des programmes de conformité anti-corruption adoptés par les entreprises, de telle sorte que celles-ci en déterminent librement le contenu et la mise en œuvre, sur la base de leur expérience propre, des éventuelles recommandations des conseils extérieurs sollicités, ou encore des multiples lignes directrices émises par les autorités et organisations évoquées précédemment. L'absence de réglementation en droit interne conduit les entreprises françaises à s'inspirer majoritairement des législations anti-corruption anglo-saxonnes dans l'élaboration de leurs programmes de conformité, dans la mesure où ces législations sont susceptibles de leur être opposées. En atteste le fait que les structures spécialisées dans la certification anti-corruption proposent des audits des programmes de conformité des entreprises françaises au regard des exigences des législations... anglo-saxonnes ! Cette situation n'est « pas satisfaisante, dès lors qu'elle conduit à faire réglementer l'activité des entreprises françaises par des droits étrangers. Elle est en outre facteur de différences dans les programmes de conformité, puisque la définition de leur contenu relève de plusieurs droits étrangers »<sup>21</sup>, parfois eux-mêmes divergents (à titre d'exemple, l'UKBA ne prévoit pas d'ex-

ception pour les paiements de facilitation, contrairement au FCPA). En outre, cette situation ne permet pas « de garantir la mise en œuvre d'un programme de conformité par les entreprises françaises, puisque cette mise en œuvre dépend de l'appréciation unilatérale, par les entreprises, de leur exposition au risque d'application du FCPA ou de l'UKBA »<sup>22</sup>.

Le manque d'homogénéité dans la définition et la mise en œuvre des programmes de conformité anti-corruption au sein des entreprises françaises est facteur de risque pénal pour l'entreprise et ses dirigeants, qui mettent en œuvre la *compliance* dans une totale insécurité juridique, et constitue un obstacle à la diffusion d'une réelle culture française de la *compliance* anti-corruption, laquelle est pourtant fondamentale pour l'avenir de la lutte anti-corruption en France.

## ■ Quel avenir pour la compliance en France en matière d'anti-corruption ?

### Le devoir de vigilance des entreprises

La récente proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, finalement adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale le 30 mars 2015, consacre le devoir de vigilance des grandes entreprises<sup>23</sup> vis-à-vis des sociétés qu'elles contrôlent et de leurs sous-traitants, en leur imposant d'identifier les risques générés par leurs activités et de prendre toutes mesures pour prévenir ces derniers, grâce à l'établissement d'un plan de vigilance devant contenir les mesures raisonnables propres à prévenir les atteintes et risques préalablement identifiés. Le champ d'application de ce devoir de vigilance est très vaste et porte notamment sur le risque de corruption (outre les risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, les dommages graves aux personnes ou à l'environnement, et les risques sanitaires). Très vaste également, puisque l'obligation de vigilance porte sur les sociétés contrôlées directement ou indirectement, ainsi que sur les sous-traitants et fournisseurs en France ou à l'étranger (le seul critère étant l'existence d'une « relation commerciale établie »).

Faut-il voir dans ce texte une première réglementation des programmes de conformité des entreprises françaises ? Le plan de vigilance visé par la proposition de loi n'est pas défini par le texte adopté et devra faire l'objet d'un décret d'application. L'exposé des motifs de la proposition de loi précise toutefois que le plan « pourra *a minima* inclure les éléments suivants : cartographie des risques pays par pays, contractualisation des obligations RSE, procédure d'alerte et mesures de protection des lanceurs d'alerte, audits sociaux et environnementaux à tous les niveaux de la chaîne de valeur, adhésion à des initiatives sectorielles et à des référentiels internationaux, mesures de prévention de la sous-traitance en cascade, mesures d'information et de consultation des organisations syndicales, formation des salariés ». L'on rejoint ici, dans l'ensemble, les recommandations existantes en la matière, notamment les six principes du SCPC listés précédemment. Indépendamment de l'avenir législatif du texte, l'adoption de la proposition de loi et les travaux qui l'ont accompagnée attestent de la nécessité, pour les opérateurs économiques, d'anticiper dès à présent l'intégration de telles exigences en droit interne et s'engager dans une dynamique de *compliance*.

### Vers une culture pénale française de la compliance

Du fait des lacunes du dispositif français et de la forte influence des législations anti-corruption anglo-saxonnes, notre perception de la *compliance* anti-corruption est, on l'a vu, conditionnée par ces dernières. Il nous appartient désormais de définir une culture française autonome de la *compliance*, sans nécessairement ajouter en

(20) La conformité réglementaire et les « programmes de *compliance*, Cah. dr. entr. n° 2, mars 2010, entretien 2.

(21) *Du renforcement de la lutte contre la corruption transnationale*, Rapport du Club des juristes, Commission *ad hoc*, mars 2015, p. 43.

(22) *Idem*.

(23) C'est-à-dire celles employant plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 dans le monde, en leur sein et dans leurs filiales directes et indirectes.

réglementations, mais en clarifiant et en renforçant l'existant. Le risque, en effet, est de « promouvoir une politique anti-corruption réduite à une créature autonome qui tourne à vide, ne se nourrissant plus que d'elle-même, produisant toujours plus de procédures et de pratiques mais sans apporter la cohérence, l'explication et la prévisibilité propres à la règles de droit » (A. Mignon Colombet). Il apparaît dès lors indispensable, non seulement de développer en France une culture de l'anti-corruption qui tienne compte du système judiciaire<sup>24</sup> et des pratiques des entreprises, mais également de développer au sein de l'entreprise une culture de l'anti-corruption qui intègre la culture et l'identité de l'entreprise. Plus qu'une contrainte, il s'agit d'une opportunité pour les entreprises françaises de préserver leurs actifs par la diminution du facteur risque pénal et, dès lors, de

gagner en compétitivité. Il s'agit également, au niveau macroéconomique, de mieux protéger les entreprises françaises en s'assurant que celles-ci ne seront pas soumises à des juridictions étrangères et exposées à des sanctions lourdes de conséquences financières et réputationnelles. La réglementation de la *compliance* et l'engagement des entreprises françaises dans une telle dynamique constituent à cet égard un formidable levier d'accroissement de l'attractivité et de la compétitivité de notre droit.

(24) À ce sujet, V. *infra*, S. Albertin, Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle, ce dossier, p. 354.

## JUSTICE TRANSACTIONNELLE ET LUTTE CONTRE LA CORRUPTION : À LA RECHERCHE D'UN MODÈLE

par Sarah Albertin

Chargée de mission Institut des hautes études sur la justice

Ces dernières années, les entreprises françaises ont dû s'acquitter de différentes sanctions représentant près d'1,6 milliards<sup>1</sup> de dollars auprès du *Department of Justice* (DOJ) américain suite aux procédures transactionnelles – *Non-prosecution agreement* (NPA) ou *Deferred prosecution agreement* (DPA) – prévues par la loi anti-corruption américaine, le FCPA<sup>2</sup>.

Fin mai 2015, c'est à l'intouchable organisation mondiale de football que les Américains ont osé s'attaquer en annonçant un acte de quarante-sept chefs d'accusation, mettant en cause quatorze personnes de la FIFA pour racket, fraude électronique et blanchiment d'argent, dénonçant ainsi vingt-quatre années de corruption au cœur du football international<sup>3</sup>.

Le constat est sans appel : seuls les États-Unis, à l'heure actuelle, sont capables de réprimer la corruption. C'est tout naturellement qu'ils prétendent, grâce à deux outils juridico judiciaires imparables – l'extraterritorialité de leur loi d'une part et la coopération d'autre part – à se poser en instance moralisatrice du monde, tout en servant leurs intérêts politiques, économiques et géostratégiques. Cette ambivalence emporte des réactions passionnées de la part des observateurs et des autres pays, notamment européens. Pour certains, les États-Unis s'attaquent efficacement à la corruption internationale ; pour d'autres, ce n'est qu'un moyen d'imposer leur hégémonie, de se placer en gendarmes du monde et de réapprovisionner les caisses de l'État. Il y a du vrai dans chacune de ces interprétations.

Cependant, le plus important est d'avancer dans la réflexion et d'adopter une position offensive, non pas contre les États-Unis, mais contre la corruption qui constitue le vrai sujet de la lutte. Il s'agit donc de dépolitiser – au moins dans un premier temps – la question et de partir de la réalité : a-t-on les ressources suffisantes et les moyens techniques pour lutter contre la corruption à l'échelle mondiale ? Les États-Unis nous empêchent-ils de venir lutter à leurs côtés ou à leur place ? Comment rétablir la confiance de notre système judiciaire vis-à-vis des autres pays et passer de l'indépendance nationale à l'interdépendance mondiale ?

Le marché de la lutte contre la corruption est suffisamment développé pour que chacun ait sa place ; il nous suffit d'avoir les produits pour y rentrer et agir. En deux mots, il s'agit d'oser et d'être créatif. Finalement, d'être un bon juriste et de se convaincre que l'on possède l'essentiel des outils intellectuels, procéduraux ainsi que les

compétences professionnelles pour concevoir une position offensive et crédible de lutte contre la corruption, adaptée aux nouvelles formes modernes et mondialisées de ce type d'infraction.

Loin de prétendre apporter une réponse facile à un problème complexe, l'aspiration est ici de proposer des éléments de réflexion pour tenter de comprendre, intégrer (au sens de saisir la pensée) les « deals de justice » américains et faire évoluer notre modèle français de lutte contre la corruption.

### ■ Prémises culturelles et questions d'échelle

La force du modèle américain est de ne pas considérer la justice comme une institution, conception qui prend racine dans l'histoire de la construction de cet État. Aux États-Unis, la justice est une émanation naturelle de la démocratie et constitue LE lieu privilégié pour l'exercer. Elle ne trône donc pas seule, fermée de tous et impénétrable ; au contraire, elle fait partie intégrante de la vie démocratique et reste interdépendante des autres constituants démocratiques. De même, chaque instance ou acteur de la justice se considère comme un sujet qui interagit avec un autre sujet.

À la différence, la justice française tire son respect et son efficacité de sa posture institutionnelle et sacrée. Elle représente une sorte de temple qui, au

(1) Alstom (déc. 2014), 772 millions US ; Total SA (mai 2013), 398 millions US ; Technip (et associés au sein de joint-ventures) (juin 2010), 338 millions US ; Alcatel-Lucent (déc. 2010), 92 millions US.

(2) *Foreign Corrupt Practices Act*, entré en vigueur le 19 déc. 1977, modifié par l'*International Anti-Bribery Act* en 1988.

(3) <http://www.fcpcablog.com/blog/2015/5/27/feds-bust-fifa-for-racketeering-and-corruption-fourteen-arre.html>