
EN TEMPS RÉEL

les cahiers

**La France et la lutte contre la corruption dans
les affaires internationales : vers un changement
de paradigme ?**

Laurent COHEN-TANUGI¹

**Préface de Michel Sapin, ministre des finances
et des comptes publics.**

Juin 2016

¹ L'auteur remercie Emily Randall, membre du barreau de New York et du Massachusetts, et Alexandra Lutz pour leurs recherches dans le cadre de la préparation de ce cahier.

Sommaire

PRÉFACE.....	3
AVANT-PROPOS D’EN TEMPS RÉEL.....	7
INTRODUCTION	9
I. LE POIDS DU PASSÉ	14
II. LES EFFORTS DE MODERNISATION DU DISPOSITIF FRANÇAIS DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION	22
III. VERS UN CHANGEMENT DE PARADIGME ?	40
CONCLUSION.....	52

Préface

Partout où elle se trouve, la corruption pénalise l'économie nationale, fausse la concurrence entre les entreprises, nuit au pacte social et entrave le fonctionnement normal des institutions publiques.

Consciente de la gravité de ce phénomène et de ses conséquences, la France s'est engagée fermement depuis plusieurs décennies dans la lutte contre la corruption.

A cette fin, la 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, que j'ai porté à l'époque, a créé le Service central de prévention de la corruption (SCPC) et renforcé l'effectivité des principes de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution des marchés publics.

D'autres lois ont, postérieurement, renforcé la répression des atteintes à la probité, notamment 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, qui a transposé en droit interne la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée, sous l'égide de l'OCDE, en 1997.

Mais il faut aujourd'hui aller plus loin. Plusieurs institutions internationales, comme l'OCDE, ont en effet critiqué la faiblesse du dispositif français actuel, notamment dans le domaine de la prévention de la corruption. L'absence de condamnation pénale définitive prononcée par la justice française à l'encontre de sociétés françaises depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, qui a créé le délit de corruption active d'agent public étranger, a été également soulignée. Elle signe effectivement la grande difficulté de nos institutions à réprimer les atteintes à la probité lorsqu'elles sont commises hors du territoire national, cependant que certaines sociétés françaises sont sanctionnées avec sévérité, par exemple par la justice américaine.

Le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, parfois appelé Sapin 2, a pour objectif de mettre la France au niveau des meilleurs standards internationaux en matière de lutte contre la corruption, et même de faire de notre pays un poste avancé en matière de transparence.

Dans cette perspective, le projet de loi crée un service national chargé prévenir la corruption. A la différence du SCPC, qu'il remplacera, ce service disposera de pouvoirs de contrôle des mesures prises par les administrations publiques et les sociétés pour prévenir, en leur sein, la corruption. Il pourra en outre, tel le moniteur aux Etats-Unis, contrôler l'exécution de la peine de programme de mise en conformité, que le projet de loi créé.

Pour renforcer la dimension préventive de la lutte contre la corruption, le projet de loi impose aux entreprises une obligation de vigilance pour prévenir les atteintes à la probité.

La dimension répressive ne sera pas en reste puisque le projet de loi crée l'infraction de trafic d'influence d'agent public étranger. En outre, il étend le champ d'application de la loi française hors du territoire de la République et lève les « verrous » procéduraux pour faciliter les poursuites de corruption active et de trafic d'influence d'agent public étranger.

L'ensemble de ces mesures diffuseront une « culture de la conformité et de la probité » pour responsabiliser les acteurs publics et économiques et les inciter à agir de concert pour faire reculer les pratiques illégales préjudiciables à tous. Elles répondront ainsi aux attentes fortes et légitimes de nos concitoyens et des partenaires institutionnels de la France.

Elles contribueront, aussi, à réduire fortement la défiance des Français vis-à-vis des institutions, comme vis-à-vis des entreprises.

Michel Sapin,
ministre des finances et des comptes publics.

Avant-propos d'En Temps Réel

Le projet de loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique a pour ambition de porter la législation française aux meilleurs standards européens et internationaux et contribuer ainsi à une image positive de la France à l'international. Composé de trois volets, il a été adopté en Conseil des ministres le 30 mars 2016 et s'apprête à être débattu à l'Assemblée Nationale dans les prochaines semaines.

Dans ce contexte, *En Temps Réel* a souhaité mieux faire connaître le positionnement de la France dans la lutte contre la corruption dans les affaires internationales. Quelle fut sa contribution ces dernières décennies ? Pourquoi le gouvernement propose-t-il aujourd'hui ce projet de loi ? Les mesures proposées sont-elles suffisantes ?

Pour y répondre, Laurent Cohen-Tanugi, avocat international, spécialiste de ces questions, revient dans ce *Cahier* sur la déficience de la France en matière de répression de la corruption internationale et sur les efforts de modernisation récemment engagés par les pouvoirs publics. Tout en soutenant fortement l'avancée que constitue le projet de loi Sapin II, il insiste sur l'importance des procédures transactionnelles (actuellement absentes du projet de loi) dans la lutte contre la corruption transnationale et précise les autres conditions indispensables pour permettre à la France de répondre aux critiques de l'OCDE et à l'application extraterritoriale du droit américain, faisant ainsi le lien avec sa dernière publication² parue en décembre 2014.

² « L'application extraterritoriale du droit américain : fer de lance de la régulation économique internationale ? », *En Temps Réel*, Cahier 57.

Introduction

Les amendes record récemment infligées par les autorités américaines à l'encontre de BNP Paribas, Alstom et autres grands groupes français ont relancé le débat sur l'application extraterritoriale du droit américain et suscité dans les milieux économiques et politiques français une prise de conscience salutaire. Plusieurs missions ont ainsi été lancées récemment par les pouvoirs publics pour examiner les réponses à apporter à l'activisme américain.

Si les sanctions infligées à certaines banques françaises avaient trait à la violation des embargos économiques américains à l'encontre de l'Iran, du Soudan et d'autres Etats mis à l'index, d'autres grandes entreprises françaises (Technip, Alcatel-Lucent, Total, Alstom...) ont également été sanctionnées pour violation du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, la législation américaine réprimant

la corruption d'agents publics à l'étranger, à la portée par nature extraterritoriale.

Les Etats-Unis ont longtemps été pionniers en matière de lutte anti-corruption, mais l'on assiste depuis quelques années à une généralisation des législations sanctionnant la corruption à travers le monde. Le *UK Bribery Act*, adopté en 2010, est désormais l'une des législations les plus sévères en la matière, en ce qu'elle introduit une responsabilité sans faute pour les entreprises dépourvues d'un dispositif de prévention de la corruption. Et la tendance est désormais mondiale, puisque de nombreux pays émergents souffrant d'une corruption endémique ont adopté, ou se proposent d'adopter, des législations anti-corruption, dont la Chine, l'Inde, la Russie, le Brésil, ou encore le Mexique. La plupart des pays occidentaux, comme l'Australie, le Canada, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, ont également renforcé leurs dispositifs de répression de la corruption d'agents publics à l'étranger. Enfin, les banques et agences de développement telles que la Banque

Mondiale ont institué leurs propres dispositifs de sanction de la corruption en liaison avec les projets qu'elles financent.

Dans le même temps, la France, comme d'autres Etats signataires de la Convention OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la « Convention OCDE »), s'est vue régulièrement critiquée par les instances d'évaluation de l'OCDE et par les ONG spécialisées pour sa passivité dans la répression de la corruption impliquant les entreprises françaises.³ Qu'on en juge : depuis l'entrée en vigueur de la Convention en 1999, seule cinq condamnations judiciaires sont intervenues en France pour faits de corruption d'agents publics à l'étranger, dont une a été annulée en appel.⁴

³ Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption (octobre 2012) ; France: Rapport de suivi écrit de phase 3 et recommandations (décembre 2014) - Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption.

⁴ TGI Paris, 11ème chambre correctionnelle, 5 septembre 2012 ; CA Paris, 7 janvier 2015, RG 12/08695 ; Annexe France au Rapport anticorruption de l'UE, 3 février 2014, COM(2014) 38 final, p8.

Le lien entre les deux phénomènes – application extraterritoriale de la législation américaine à des entreprises françaises et faible performance de la France dans la mise en œuvre de sa propre législation anti-corruption – est rarement établi, mais il est cependant manifeste : en ne prenant pas les mesures nécessaires pour prévenir et sanctionner les pratiques corruptrices de ses propres entreprises à l'étranger, la France a laissé le champ libre aux autorités américaines pour s'ériger en justiciers universels pour une cause d'intérêt commun.⁵

Mais ceci est peut-être en train de changer, sous la pression conjuguée des sanctions américaines, des critiques de l'OCDE, de la prise de conscience des dommages politiques et économiques croissants causés par la corruption d'un bout à l'autre de la planète, et de la généralisation des législations destinées à combattre ce fléau jusque dans les grands pays émergents.

⁵ Voir Laurent Cohen-Tanugi, "L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale?", *En temps réel*, décembre 2014.

La première partie de cette note s'interroge sur les raisons des carences françaises en matière de lutte contre la corruption dans les affaires internationales. Nous analyserons ensuite les récentes initiatives prises par la France pour se mettre à niveau : institution d'un parquet financier et volet anti-corruption du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, porté par Michel Sapin, ministre des finances et des comptes publics, et soumis au Parlement fin mars 2016. Nous aborderons enfin les défis qui restent à surmonter pour que la France joue pleinement son rôle dans la lutte contre la corruption sur la scène internationale.

I. Le poids du passé

La France figure aujourd'hui parmi les mauvais élèves de la classe OCDE en matière de répression de la corruption transnationale. Cette passivité semble avoir pour origine à la fois des facteurs d'ordre culturel et des raisons plus techniques, liées aux spécificités du système juridique et judiciaire français.

Sur le plan des mentalités et de la pratique des affaires internationales, il n'est pas inutile de rappeler que jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention OCDE en 1999, la corruption d'agents publics à l'étranger était non seulement légale en France, mais pouvait même faire l'objet d'une déduction fiscale avec l'agrément du ministère des finances. Le versement de commissions et autres pots de vin était considéré comme un mal nécessaire, voire une pratique normale dans un grand nombre de pays en voie de développement ou émergents, pour s'y implanter ou y faire des affaires. Cette manière de penser était renforcée par une tradition

interventionniste de l'Etat dans l'économie, et par le folklore des « grands contrats » d'Etat à Etat, faisant intervenir nombre d'intermédiaires plus ou moins occultes et mêlant intérêts économiques et commerciaux, financement de la vie politique, diplomatie et défense.

Aujourd'hui encore, à l'heure où les risques juridiques et financiers, la révolte politique et la condamnation morale liés à la corruption sont devenus considérables et universels, les retombées économiques et sociales de la signature d'un grand contrat prennent largement le pas sur le versement d'éventuels pots de vin dans les préoccupations des responsables politiques et économiques et dans les médias. Cette bonne conscience – et l'exaspération manifestée à l'égard des sanctions américaines – sont souvent renforcées chez les dirigeants économiques français par l'idée selon laquelle les entreprises américaines en feraient en réalité tout autant, avec la complicité bienveillante de Washington. Sous le discours de la « guerre économique » transatlantique, on aura reconnu la bonne vieille théorie du complot...

Le poids du passé et des mentalités faisant sentir ses effets bien longtemps après les changements de législation, il n'est pas surprenant que les entreprises françaises et européennes aient un certain temps de retard dans la prévention de la corruption transnationale par rapport à leurs homologues américaines, acclimatées au FCPA depuis beaucoup plus longtemps. Et il en va d'autant plus ainsi que les caractéristiques du système juridique et judiciaire français ne favorisent ni la répression, ni même la prévention de la corruption.

*

* *

Aux Etats-Unis, pays pionnier en matière de répression des infractions économiques et de la lutte contre la corruption en particulier, la sanction des manquements commis par les entreprises soumises à la compétence législative et juridictionnelle américaine s'effectue principalement par la voie de la transaction civile et/ou pénale et non par la voie judiciaire, considérée comme

excessivement coûteuse, aléatoire et risquée pour les entreprises. Une condamnation pénale emporte en effet interdiction de soumissionner à des marchés publics, ce qui équivaut à un arrêt de mort pour certaines entreprises. Ce choix de politique pénale à l'égard des personnes morales s'est trouvé renforcé après la faillite d'Arthur Andersen consécutive à sa condamnation pénale dans le scandale Enron en 2002.⁶

L'instrument transactionnel privilégié par le Département de la justice américain (DOJ) est le « *deferred prosecution agreement* » (DPA) ou accord de report des poursuites⁷. Aux termes d'un DPA, en échange de sa coopération à l'enquête et de la reconnaissance des faits incriminés (sans reconnaissance de culpabilité), l'entreprise bénéficie d'un report de la mise en mouvement de l'action publique et du temps nécessaire à sa « réhabilitation ». La politique pénale américaine en matière de répression des infractions économiques

⁶ Bien que la condamnation ait été annulée en 2005 par la Cour suprême, le cabinet d'audit n'a jamais pu se redresser du fait de sa réputation « toxique » sur les marchés, preuve de l'effet destructeur qu'emporte une condamnation pénale, même provisoire.

⁷ Voir Laurent Cohen-Tanugi et Emmanuel Breen, "Le *Deferred prosecution agreement* américain : instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale", La Semaine juridique Edition générale - 16 septembre 2013 - n° 38.

commises par les personnes morales encourage donc la conclusion de transactions, au terme d'une enquête à laquelle l'entreprise est invitée à coopérer, puis d'une négociation qui se solde en général par une amende financière élevée et l'obligation pour l'entreprise de mettre en œuvre un programme de « mise en conformité » (« *compliance* ») efficace et durable en vue de prévenir la récidive.

Or le droit français ignore à ce jour la transaction pénale, à l'exception récente du « plaider coupable », qui a cependant les mêmes effets dévastateurs qu'une condamnation pénale. Introduite par la loi Perben II du 9 mars 2004 pour des délits mineurs, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) consiste à proposer directement et sans procès à la personne incriminée une ou plusieurs peines à la condition qu'elle reconnaisse les faits qui lui sont reprochés. La réforme du 13 décembre 2011 a élargi le champ d'application de la procédure aux délits entraînant une peine d'emprisonnement de 10 ans, la rendant désormais applicable aux faits de corruption d'agents publics étrangers, mais la

CRPC n'a jamais été utilisée en la matière à ce jour.⁸ La seule voie de répression de la corruption est donc en France la voie judiciaire classique, affectée par ce que l'on nomme pudiquement les « lenteurs de la justice » : charge exigeante de la preuve sur des faits généralement occultes et commis à l'étranger ; lourdeur des mécanismes d'entraide judiciaire internationale ; manque de ressources et de moyens d'investigation des autorités de poursuite ; interférence possible du juge d'instruction avec l'enquête menée par le parquet et stratégie d'obstruction de la défense contre chacune des mesures d'instruction. Au bout du compte, c'est-à-dire après de nombreuses années, la procédure accouche d'une souris, avec, dans le meilleur des cas, des sanctions dérisoires par rapport aux enjeux financiers, quand elle ne se perd pas dans les sables...

En l'absence de sanction effective, les entreprises ne sont pas davantage encouragées à instituer des dispositifs internes de prévention et de détection de la corruption par des mesures

⁸ La CRPC a néanmoins été utilisée pour la première fois par le parquet financier en matière de blanchiment de fraude fiscale avec la banque Reyl & Cie.

incitatives. En dehors du secteur financier, le droit français ne reconnaît pas encore la notion anglo-américaine de *compliance*, c'est-à-dire la mise en place par une entreprise de dispositifs de prévention, de détection et de remédiation des infractions économiques susceptibles d'être commises en son sein. Si l'existence d'un programme de *compliance* effectif ne fait pas l'objet d'une obligation du droit positif aux Etats-Unis, elle est généralement prise en compte dans l'évaluation du comportement de l'entreprise et la fixation des sanctions financières par les autorités de poursuite américaines, et elle constitue une circonstance exonératoire de la responsabilité sans faute instituée à l'égard des entreprises par le *UK Bribery Act* de 2010 au Royaume-Uni.

La « réforme » des entreprises françaises face aux risques croissants de la réglementation économique internationale se trouve donc doublement handicapée par une culture politique et économique s'accommodant de la corruption dans les affaires internationales et par un système juridique et judiciaire favorisant de fait l'impunité et

l'irresponsabilité au lieu d'encourager la prévention et la coopération avec les autorités de poursuite.

Mais l'activisme des procureurs américains et l'émergence d'une réelle coopération internationale en matière de lutte contre la corruption sont en train de changer les choses. Tandis que les entreprises françaises commencent à substituer à de vagues préoccupations éthiques une véritable gestion des risques juridiques et réglementaires, les pouvoirs publics ont depuis peu pris des initiatives fortes pour adapter notre système juridique et judiciaire à la nouvelle donne internationale.

II. Les efforts de modernisation du dispositif français de lutte contre la corruption

La première initiative d'envergure en la matière a été, en 2013, la création du parquet national financier et l'institution d'un procureur national financier, dans la foulée de l'affaire Cahuzac. La parution du rapport de la Commission européenne l'année suivante, évaluant à 120 milliards d'euros – soit l'équivalent du budget européen – le coût de la corruption dans l'Union européenne, en a confirmé l'enjeu stratégique.⁹

Le parquet national financier a pour principale mission de conduire une politique pénale homogène sur le plan national et international en matière de corruption et de fraude fiscale, en renforçant notamment la coopération avec les autres parquets d'Europe. Il a une

⁹ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, Rapport anticorruption de l'UE, 3 février 2014, COM(2014) 38, p3.

compétence d'attribution concernant en particulier les affaires de trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, détournement de fonds publics, corruption (notamment celle d'agents publics à l'étranger), et délits de fraude fiscale. En matière de délits boursiers, le parquet financier exerce en revanche une compétence exclusive. Afin de mener à bien ses missions, il dispose à ce jour de quinze magistrats spécialisés en matière économique et financière et de personnels issus de l'Autorité des marchés financiers et de l'administration fiscale.

Le parquet financier dispose également de moyens juridiques accrus. Ainsi la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a amélioré la poursuite et la répression des infractions en matière économique, financière et fiscale : renforcement des pouvoirs d'enquête avec notamment la possibilité d'utiliser des techniques spéciales d'investigation, meilleure protection des lanceurs d'alerte, renversement de la charge de la preuve en matière de blanchiment,

amélioration de la coopération internationale en matière de saisies et de confiscations.

L'institution trouve peu à peu sa place dans le paysage judiciaire français, avec quelque 178 dossiers de fraude fiscale complexes en deux ans. Un dossier de fraude fiscale et de blanchiment lié à l'affaire SwissLeaks a ainsi récemment donné lieu à des peines de 30 mois de prison avec sursis et 1,5 million d'euros d'amende.

Le parquet financier est également parvenu à mener à bien sa première procédure en reconnaissance préalable de culpabilité en matière de blanchiment de fraude fiscale avec la banque genevoise Reyl & Cie, qui s'est acquittée d'une amende de 2,8 millions d'euros. Cette transaction a été homologuée par le tribunal correctionnel de Paris le 5 janvier 2016, et marque une première en France en matière de criminalité en col blanc. Le parquet financier est désormais saisi de la plupart des affaires importantes et médiatisées, telles que les dossiers Serges Dassault, FIFA, Marine Le Pen, ou, plus récemment encore, celui des « Panama Papers ».

Ces résultats confirment l'utilité du parquet financier, qui permet de désengorger le parquet général des affaires complexes en les confiant à un pôle de spécialistes. Cependant, le parquet financier est victime de son propre succès et souffre d'un manque de moyens d'enquête. L'Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales, créé en octobre 2013 et chargé des enquêtes du parquet financier, peut être saisi par d'autres parquets, et cumulait ainsi pas moins de 271 enquêtes pour 77 enquêteurs fin janvier 2016, dont seize seulement chargés de la lutte anti-corruption. Or les faits de corruption sont par nature difficiles à appréhender et requièrent des investigations particulièrement méticuleuses. Par ailleurs, le caractère occulte de la corruption nécessite la coopération d'acteurs internes aux entreprises, qu'il s'agisse de lanceurs d'alerte ou de la direction de l'entreprise une fois l'enquête en cours. Le manque de ressources et d'incitations adéquates est donc un obstacle majeur au bon déroulement et à l'aboutissement des procédures.

*

* *

En matière de prévention, le Service central de prévention de la corruption (SCPC), qui dépend de la Chancellerie et n'a pas de compétence opérationnelle, a publié en mars 2015 des « lignes directrices » visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales et destinées à aider les entreprises françaises à s'adapter aux normes internationales en la matière.

Mais c'est avec le projet de loi dit « Sapin II » que la France paraît sur le point d'amorcer un virage décisif dans la lutte contre la corruption transnationale et, plus largement, dans la répression des infractions économiques.

Sur le plan institutionnel, le projet de loi crée une Agence de prévention et de détection de la corruption (rebaptisée « service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption » par le Conseil d'Etat), service à compétence nationale placé sous

l'autorité conjointe des ministres de la justice et des finances et doté de pouvoirs étendus de communication, vérification, contrôle, avis, recommandations et sanctions.

Le projet de loi crée également une obligation de prévention contre les risques de corruption en France et à l'étranger à la charge des entreprises d'une taille significative (au moins 500 salariés et plus de 100 millions de chiffre d'affaire consolidé). Cette obligation, qui n'existe pas de manière autonome en droit américain, se traduit par l'exigence de mise en place d'un programme de conformité reprenant les principaux chapitres constitutifs des bonnes pratiques internationales en la matière, à savoir :

- « un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ;
- un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés relatifs à l'existence

de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la personne morale ;

- 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 personne morale à des sollicitation externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la personne morale déploie son activité commerciale ;
- des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ;
- des procédures de contrôle comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne soient utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôles comptables et financiers propres à la personne morale 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 ;

- un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ;
- un régime de sanction disciplinaire permettant de sanctionner les membres de la personne morale en cas de violation du code de conduite de la personne morale. »

Les manquements à cette obligation de prévention peuvent être sanctionnés par l'agence anti-corruption dans une limite relativement modeste (1 million d'euros pour les personnes morales).

De manière quelque peu paradoxale, le projet de loi institue en outre une « peine de mise en conformité » sanctionnant la commission d'un délit, c'est à dire des faits de corruption commis par une

entreprise¹⁰. Cette peine consiste à contraindre l'entreprise défaillante à se soumettre à un programme de mise en conformité tel que décrit ci-dessus, pour une période maximale de cinq ans. Le projet de loi semble ici s'inspirer de la pratique des autorités de poursuite américaines consistant à soumettre les entreprises défaillantes à une palette de sanctions comportant notamment un programme de mise en conformité, souvent sous la houlette d'un moniteur indépendant. C'est ici l'agence anti-corruption, assistée d'experts qualifiés, qui se voit chargée de rendre compte au procureur de la République de la bonne exécution de cette peine de mise en conformité.

Le texte introduit donc pour la première fois en droit français la notion de *compliance* (ou mise en conformité), sous le double aspect d'une obligation autonome de mettre en œuvre un programme de conformité pour les grandes entreprises, et d'une peine de mise en conformité pour les entreprises impliquées dans des faits de

¹⁰ Le caractère paradoxal de cette nouvelle peine provient du fait que le projet de loi soumet déjà la plupart des grandes entreprises à une obligation autonome de conformité indépendamment de tout fait de corruption sanctionnable.

corruption. La prise en compte de l'existence d'un programme de *compliance* en cas d'infraction à la législation anticorruption, comme c'est le cas aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, initialement prévue dans le projet de loi, a été supprimée par le Conseil d'Etat

*

* *

Mais le véritable saut qualitatif et culturel introduit par le projet Sapin II – avant sa réécriture par le Conseil d'Etat – concernait la possibilité d'une transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité entre le parquet et l'entreprise poursuivie pour faits de corruption. Comme il a été rappelé plus haut, le système juridique français est traditionnellement hostile à toute idée de justice négociée, censée porter atteinte à l'*imperium* de la fonction judiciaire. A la différence du pragmatisme juridique américain, qui favorise les règlements transactionnels comme solution alternative au contentieux dans un souci d'efficacité et d'économie dans la quasi-totalité des matières, la tradition française privilégie l'idéal

judiciaire, même s'il conduit en pratique à l'inefficacité et à l'impunité. Comme on l'a vu, l'introduction récente de la CRPC n'apporte pas de solution pratique à la répression des infractions économiques, puisque les entreprises préfèrent naturellement une procédure judiciaire longue et dépourvue de risque réel à une reconnaissance de culpabilité aux effets potentiellement dévastateurs.

La transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité entre le parquet et les entreprises défaillantes est donc la voie privilégiée qui permettrait à la France de sanctionner efficacement la corruption transnationale¹¹, en élargissant la palette des instruments à la disposition des parquets. Le projet Sapin II initial prévoyait en conséquence une « convention de compensation d'intérêt public », que le procureur de la République était susceptible de proposer à une personne morale mise en cause avant la mise en mouvement de l'action publique. Le contenu de cette convention reprenait celui des

¹¹ On se reportera à cet égard à l'excellent rapport de Transparency International France, *Prévenir et combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales, Plaidoyer pour la justice transactionnelle*, septembre 2015.

accords transactionnels en usage aux Etats-Unis et ailleurs dans des situations similaires, à savoir une sanction financière conséquente, proportionnée au degré des manquements constatés (dans la limite de 30% du chiffre d'affaires), assortie de la peine de mise en conformité déjà évoquée, sous le contrôle de l'agence anti-corruption.

Cette convention, contenant la description des faits reprochés sans reconnaissance de culpabilité, était soumise à validation judiciaire (aux fins de vérifier notamment que le montant de la sanction financière négociée avec le parquet n'est pas manifestement insuffisant au regard de la gravité des manquements décrits). Le contrôle judiciaire des transactions envisagé par le projet de loi était ainsi plus proche de la pratique américaine que du système plus contraignant (et sans doute peu efficace) récemment institué par le *UK Bribery Act* de 2010, où le juge intervient à toutes les étapes de la procédure transactionnelle.¹² On notera à cet égard que le débat

¹² Selon la procédure britannique, une première audience doit permettre au juge (qui doit motiver sa décision) de déterminer si un accord transactionnel est potentiellement dans

sensible sur le contrôle judiciaire des accords transactionnels se joue en France à fronts renversés : tandis qu'aux Etats-Unis les critiques émises par certains magistrats et universitaires contre la justice transactionnelle porte sur son éventuelle indulgence par rapport à des poursuites pénales, il est clair que, de ce côté-ci de l'Atlantique, les transactions potentielles seraient incomparablement plus sévères pour les entreprises que l'impunité judiciaire de fait qui prévaut aujourd'hui.

On se doutait que les dispositions du projet de loi Sapin II sur la transaction pénale feraient grincer quelques dents, notamment chez les magistrats du siège ainsi partiellement dépossédés de leurs prérogatives, mais l'on n'aurait pas imaginé que le Conseil d'Etat, dans son avis du 24 mars 2016 sur le projet de loi,¹³ élimine purement et simplement cet élément central du dispositif dans sa

l'intérêt de la justice, et si les termes négociés sont « justes, raisonnables et proportionnés ». Le procureur doit alors demander l'aval de la Cour de la Couronne (« *Crown Court* »), qui doit approuver la pertinence et les termes de l'accord. Cette nouvelle autorité doit également motiver sa décision, et rendre son verdict publiquement. Une fois l'accord de la Cour donné, le procureur doit publier l'accord auquel les parties sont parvenues, ainsi que les motivations intervenues à chaque stade de la procédure.

¹³ Conseil d'Etat, Assemblée générale n°391.262, séance du 24 mars 2016, Avis sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

réécriture du texte, n'ayant pu « surmonter les difficultés que ce dispositif lui a paru présenter ».

Le Conseil d'Etat explicite sa position de la manière suivante :

« Au cas présent, le Conseil d'Etat a considéré que le dispositif envisagé ne permettrait pas à la justice pénale d'assurer pleinement sa mission, qui est de concourir à la restauration de la paix publique et à la prévention de la récidive. Une audience publique est certes prévue, mais elle n'intervient que pour homologuer la convention définitive. En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée. En outre, la victime se trouve privée d'une participation personnelle au procès pénal et son intervention est cantonnée à une demande d'indemnisation devant une juridiction civile.

Le Conseil d'État a estimé qu'il en résultait qu'une procédure de type transactionnel ne saurait être prévue par la loi que dans les cas où les inconvénients qu'elle comporte, tant pour la protection des droits des personnes mises en cause et de la victime que pour la sauvegarde des intérêts de la société, n'apparaissent pas disproportionnés au regard de l'intérêt que sa mise en œuvre présente pour une bonne administration de la justice. »¹⁴

Le Conseil invoque plus précisément, au soutien de son rejet de la transaction, la complexité et la gravité des délits de corruption et de trafic d'influence, ainsi que le traitement judiciaire différent ainsi réservé aux personnes morales et aux personnes physiques, ainsi qu'au corrupteur et au corrompu.

¹⁴ Ibid, paragraphe 13 b).

On nous permettra de juger ce raisonnement bien abstrait et coupé des réalités de la lutte anti-corruption à l'échelle internationale. La Convention OCDE a pris le parti pragmatique de combattre ce fléau en poursuivant les corrupteurs (entreprises commerciales) plutôt que les corrompus (hommes politiques ou fonctionnaires publics étrangers sous immunité de juridiction et d'exécution), et la plupart des Etats réprimant la corruption procèdent par voie transactionnelle avec les personnes morales, ce qui ne les empêche pas de poursuivre pénalement les personnes physiques individuellement responsables, le cas échéant. Quand aux « victimes » de la corruption, elles sont malheureusement trop indéterminées pour pouvoir constituer la préoccupation centrale des autorités de poursuite.

Sans doute est-ce en raison de ces considérations que le Conseil d'Etat a néanmoins laissé la porte ouverte à une approche transactionnelle des faits de corruption transnationale :

« En revanche, le Conseil d'État a estimé que, compte tenu des procédures et pratiques existant dans différents

États pour le traitement des faits de corruption transnationale, l'institution d'une telle procédure dans ce seul champ est envisageable, sous réserve que soient prévues des garanties appropriées. Dans ce cadre particulier, les avantages résultant de la mise en œuvre de cette procédure paraissent en effet au Conseil d'État l'emporter sur les inconvénients rappelés ci-dessus. ».

Sous cette formule, on peut penser que le Conseil a bien vu parmi les « avantages » d'une approche transactionnelle en matière de corruption transnationale la double réponse qu'elle apporterait aux critiques de l'OCDE et à l'application extraterritoriale du droit américain.

Le traitement différent ainsi réservé à la corruption transnationale et à la corruption « intérieure » peut prêter à discussion, mais il a le mérite du pragmatisme : le FCPA américain ne vise-t-il pas après tout la seule corruption transnationale ?

Toujours est-il que le gouvernement n'a pas saisi la perche tendue par le Conseil d'Etat, préférant laisser au Parlement le soin de réintroduire la transaction pénale dans le dispositif Sapin II. Pari peut-être hasardeux, compte tenu de la centralité de cette composante du nouveau dispositif. La peine de « mise en conformité » risque en particulier de n'avoir plus aucun sens si, à défaut de transaction, elle intervient dix ans ou plus après les faits, à l'issue d'une longue procédure judiciaire.

III. Vers un changement de paradigme ?

Si le projet de loi Sapin II, dans sa version intégrale, représente donc une avancée considérable pour la prévention et la répression de la corruption transnationale en France, la partie est encore loin d'être gagnée.

La première priorité est de réintroduire la transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité dans le dispositif à l'occasion de la discussion parlementaire, sans quoi le projet restera largement un coup d'épée dans l'eau. La montée en puissance de la politique pénale anti-corruption aux États-Unis au cours des dernières années est en effet directement liée à l'utilisation du DPA comme instrument transactionnel.

"Troisième voie" entre culpabilité et impunité, la transaction pénale et civile sans reconnaissance de culpabilité, telle qu'elle est pratiquée outre-Atlantique, constitue en outre une forte incitation pour les

entreprises à coopérer à l'enquête. Aux Etats-Unis, la coopération attendue de l'entreprise au cours de l'enquête consiste à révéler spontanément les manquements détectés aux autorités ; à sanctionner de manière adéquate les personnes à l'origine du manquement et à adapter en conséquence son système de détection et de prévention interne pour empêcher une nouvelle survenance dans le futur ; enfin et surtout, l'entreprise doit pleinement coopérer avec les autorités de poursuite en leur fournissant l'ensemble des données nécessaires à l'enquête, y compris concernant les personnes physiques concernées. L'exigence de coopération se traduit en pratique par une enquête interne approfondie sur les faits reprochés et autres manquements potentiels, menée, à ses frais, par l'entreprise assistée de ses conseils, et dont les résultats sont communiqués aux autorités de poursuite pour servir de base à la transaction. Il s'agit là d'un avantage essentiel pour les autorités de poursuite, car les enquêtes internationales en matière de corruption sont longues, difficiles et coûteuses. En d'autres termes, sans transaction, pas de coopération, et sans coopération, peu, voire pas de résultats.

Pourquoi les entreprises jouent-elles alors le jeu aux Etats-Unis ? Parce que la coopération à l'enquête est la condition de l'obtention d'un règlement transactionnel acceptable, mais aussi compte tenu des risques de l'absence de coopération : amendes renforcées (BNP Paribas et Alstom), voire poursuites et condamnation pénale aux conséquences imprévisibles (faillite d'Arthur Andersen). La carotte et le bâton...

Il est donc essentiel que le Parlement saisisse la perche tendue par le Conseil d'Etat et réintroduise la transaction pénale dans le projet de loi en cours d'examen, au moins pour les affaires de corruption transnationale. Faute de quoi, le système ne fonctionnera pas, et la France demeurera en butte aux critiques de l'OCDE, et ses entreprises, exposées aux procédures anti-corruption américaines et autres.

La réticence culturelle des milieux juridiques et judiciaires français à l'idée d'une justice transactionnelle négociée entre le parquet et les personnes morales est sans doute liée au caractère relativement

récent de la responsabilité pénale des personnes morales, mais aussi et surtout à la confusion intellectuelle qui entoure depuis de nombreuses années le statut et la fonction du parquet.

Alors que la spécificité française que constitue l'unité de la magistrature devrait rassurer sur l'appartenance du parquet à l'autorité judiciaire, avec les garanties que cela représente, elle a au contraire et paradoxalement pour effet d'occulter le fait que la politique pénale dont le parquet est l'instrument relève de l'exécutif dans le cadre des lois votées par le Parlement. Or le choix d'une approche transactionnelle de la prévention et de la répression de la corruption est un choix de politique pénale, sur lequel les tribunaux n'ont qu'un droit de regard limité. C'est ce que vient de rappeler la cour d'appel du District of Columbia pour censurer un jugement de première instance qui avait refusé d'homologuer un règlement transactionnel entre le DOJ et la société néerlandaise Fokker Services B.V. jugé trop indulgent par le premier juge.¹⁵ Sous réserve qu'il soit indépendant, le parquet est en effet le mieux placé

¹⁵ United States v. Fokker Services B.V., No. 15-3016, 5 avril 2016.

pour apprécier, au terme de longues négociations et sur la base d'une pluralité de critères, si l'entreprise « mérite » un report des poursuites et un délai de réhabilitation, et à quelles conditions.

*

* *

A supposer que la transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité soit réintroduite par le Parlement pour les affaires de corruption transnationale, resterait entière la question de l'enquête préalable à la négociation d'une transaction pénale, qui n'est pas abordée par le projet de loi. En effet, si les modalités d'enquête demeurent caractérisées par la faiblesse des moyens d'investigation du parquet et par la capacité d'obstruction des avocats de la défense, les entreprises n'auront que peu d'intérêt à transiger, et l'inefficacité du système actuel perdurera.

Là encore, le projet Sapin II porte en germe un changement culturel profond dans la manière d'aborder la défense civile et pénale en

France, tant de la part des personnes incriminées que de leurs conseils. Tandis que dans la tradition française – qui va jusqu’à permettre à l’avocat de dissimuler la vérité au juge – les stratégies de défense sont essentiellement non-coopératives, dans la culture juridique et judiciaire anglo-américaine, et de manière croissante dans les années récentes, la coopération à l’enquête est une condition préalable à la négociation d’un règlement transactionnel et la défense non-coopérative est au contraire lourdement sanctionnée. C’est notamment pour avoir ignoré cette différence culturelle et juridique dans leur interaction avec les autorités américaines que BNP Paribas et Alstom se sont trouvées beaucoup plus lourdement sanctionnées qu’elles ne l’auraient été si elles avaient coopéré à l’enquête dès le début de la procédure.

En symbiose avec la culture américaine du respect de la loi et du *contempt of court*, l’exigence de coopération à l’enquête relève aux Etats-Unis principalement de la politique pénale des autorités de poursuite en liaison avec le recours à la transaction. En France, son caractère révolutionnaire par rapport à la tradition judiciaire, dans un

pays marqué par le primat de la loi et la faiblesse de l'autorité judiciaire, milite en faveur d'une référence à l'exigence de coopération dans la loi.

*

* *

En dépit de la sévérité accrue promise par la justice transactionnelle par rapport à la situation actuelle, les grandes entreprises françaises exposées à l'international sont globalement favorables à ces évolutions, qui mettraient la France au diapason des pratiques américaines et internationales et leur éviteraient d'être prises entre deux feux : obligation de coopération d'un côté de l'Atlantique, risque de poursuites pénales de l'autre. Mais les entreprises françaises espèrent aussi du nouveau dispositif français qu'il leur évite les tourments de l'application extraterritoriale des procédures

américaines, et c'est bien là en effet l'un des objectifs du projet de loi.¹⁶

S'il ne peut exister de garantie absolue à cet égard, plusieurs précédents récents confirment que les autorités de poursuite américaines sont prêtes à se désister, totalement ou partiellement, au profit de l'Etat du siège de l'entreprise incriminée, dès lors que celui-ci assumerait sa part des poursuites et de la sanction. Ainsi, dans une affaire SBM Offshore en 2014, cette société néerlandaise est parvenue à une transaction pénale de 240 millions de dollars avec le ministère public néerlandais (Openbaar Ministerie) pour des faits présumés de corruption d'agents publics en Guinée Equatoriale, en Angola et au Brésil entre 2007 et 2011. Le Département de la justice américain avait alors renoncé à poursuivre l'entreprise. En février 2016, c'est une autre société des Pays-Bas, l'opérateur téléphonique VimpelCom, qui a transigé avec le ministère public

¹⁶ En guise de réciprocité, l'article 12 du projet de loi étend le champ d'application extraterritorial de la loi pénale française pour que les personnes étrangères résidant habituellement sur le territoire français puissent être poursuivies et, le cas échéant, condamnées pour corruption ou trafic d'influence d'agent public étranger. En outre, le même article lève les contraintes procédurales pesant sur la mise en œuvre de l'action publique lorsque de tels faits sont commis exclusivement à l'étranger.

néerlandais pour des faits présumés de corruption d'agents publics en Ouzbekistan entre 2006 et 2012. Cette transaction pénale représente 230 millions d'euros d'amendes et 167,5 millions de confiscation de biens, et a été prise en compte par le DOJ américain, qui a réduit sa propre amende en conséquence à 230 millions de dollars. Autre illustration, dans le cadre d'un plaider coupable : en mars 2010, la société américaine Innospec, poursuivie entre autre pour faits de corruption d'agents publics en Indonésie et en Irak, concluait un accord global avec le Serious Fraud Office britannique et le DOJ américain, aux termes duquel les deux autorités s'accordaient sur une amende commune de 40,2 millions de dollars, ainsi que sur la nomination d'un moniteur indépendant unique chargé d'évaluer la mise en place d'un programme de mise en conformité.

Mais le désistement total ou partiel des autorités de poursuite américaines au profit des autorités françaises suppose réunies un certain nombre de conditions :

- d'une part, que le montant des amendes infligées par les autorités françaises soit conforme aux usages internationaux dans les affaires de cette nature, c'est-à-dire qu'il se chiffre en dizaines, et souvent en centaines de millions d'euros ;
- d'autre part, que l'autorité de poursuite française devienne un interlocuteur proactif dans le processus de coopération internationale qui caractérise de plus en plus la répression de la corruption. Au lieu de s'abstenir sur le fondement de la règle *non bis in idem* en présence de procédures étrangères contre des entreprises françaises, comme l'ont fait certains tribunaux français récemment¹⁷, le parquet français devra au contraire prendre les devants et négocier auprès des autorités étrangères son propre leadership, ou à tout du moins un partage des rôles et des sanctions financières avec les

¹⁷ Affaire Vitol, TGI Paris, 11^{ème} chambre correctionnelle, 8 juillet 2013 (annulé par CA Paris, 29 octobre 2015) et Tesler TGI Paris, 11^{ème} chambre correctionnelle, 24 juin 2014.

autorités de poursuite étrangères, comme l'ont fait les autorités néerlandaises ;

- enfin, il faudra que les délais d'enquête et de négociation transactionnelle en vigueur en France soient compatibles avec ceux des Etats-Unis notamment, afin de parvenir à une résolution simultanée du dossier.

Il est clair en effet que les affaires de corruption transnationale intéressent légitimement une pluralité d'Etats – Etat d'origine de l'entreprise incriminée, Etats où sont localisés les faits de corruption... – et donnent lieu à des procédures multi-juridictionnelles sous des angles différents pour des faits identiques ou connexes. L'enjeu est donc de répartir les responsabilités entre les différentes « autorités créancières » afin d'éviter les doubles ou triples peines pour les entreprises incriminées.

Une avenue possible, qui n'a jamais été utilisée à ce jour, est suggérée à l'article 4(3) de la Convention OCDE, qui prévoit que « *[l]orsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une*

infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites ». S'il est fréquent que différentes autorités de poursuite se coordonnent, il s'agit aujourd'hui d'une coopération ponctuelle, et non d'une coopération systématique qui s'appuierait sur un cadre institutionnel unique. Une solution pour institutionnaliser un tel système consisterait à confier à l'OCDE un rôle dans la répartition des compétences à l'égard d'un dossier de corruption d'agents publics à l'étranger intéressant plusieurs Etats signataires. Les Etats signataires y sont-ils prêts ? A défaut, une agence internationale anti-corruption est-elle envisageable ?

Conclusion

Du Brésil à la Chine, de la FIFA aux « Panama Papers », la corruption et autres atteintes à la probité figurent désormais en tête de l'agenda politique, économique et social mondial, comme en témoigne le sommet international contre la corruption qui s'est tenu à Londres le 12 mai 2016.

Si le projet de loi défendu par Michel Sapin est restauré dans sa cohérence et reçoit les moyens de sa mise en œuvre, il permettra à la France de se mettre au diapason des normes internationales et de participer pleinement à la lutte contre la corruption à l'échelle mondiale, plutôt que d'en laisser le monopole aux Etats-Unis. Ce faisant, il modernisera également notre système de justice pénale, qui en a bien besoin.

Si au contraire, il tombe victime des conservatismes et des corporatismes judiciaires et administratifs, cette occasion manquée

confirmera tristement l'incapacité de la France à se réformer pour s'adapter aux évolutions du monde qui l'entoure.

Laurent Cohen-Tanugi est membre des barreaux de Paris et de New York et associé-gérant du cabinet d'avocats internationaux qui porte son nom (www.cohen-tanugi.com). Il est à ce jour le seul avocat français à avoir exercé les fonctions d'*independent corporate monitor* FCPA auprès d'une entreprise du CAC 40, sur nomination du Département de la justice américain et de la SEC.

Ancien élève de l'Ecole normale supérieure et de la Harvard Law School, Laurent Cohen-Tanugi a été associé des cabinets d'avocats internationaux Cleary Gottlieb et Skadden Arps, et Senior Vice President - Affaires juridiques de Sanofi. Il est l'auteur de nombreux essais sur l'Etat de droit, la construction européenne, les relations transatlantiques et la mondialisation, et a dirigé la mission « L'Europe dans la mondialisation » pour la présidence française de l'Union européenne en 2008. Son dernier essai, « What's wrong with France ? », paru aux éditions Grasset en janvier 2015, analyse le mal français et les difficultés d'adaptation du modèle français aux défis de la mondialisation.