

GÉOPOLITIQUE DE LA COMPLIANCE

Sylvie MATELLY

Economiste et directrice adjointe de l'IRIS

La mondialisation s'est construite en plusieurs étapes et a conduit à une internationalisation progressive des entreprises dans un contexte où à partir de la fin des années 1960, la déréglementation leur offre de nouvelles opportunités en ce sens. Cette internationalisation en fait des acteurs géopolitiques majeurs sans que, pour autant, une réelle prise de conscience de ce phénomène n'existe, ni au niveau des pouvoirs publics (tout au moins français) ou des entreprises elles-mêmes. En compensant la déréglementation par une responsabilisation des entreprises et, dans ce cadre, par la montée en puissance de la conformité (*compliance*), les Etats-Unis ont probablement été les premiers à comprendre cela, à en tirer les enseignements voire à l'instrumentaliser au service de leurs intérêts.

La constitution d'un véritable écosystème autour de cette conformité aux Etats-Unis mais aussi, la puissance économique de ce pays, lui ont permis d'imposer progressivement cette culture aux entreprises multinationales du monde entier, octroyant de fait, un avantage incontestable à ce pays et à ses entreprises (avantage que l'on peut comparer, toute proportion gardée, à la généralisation de l'anglais comme langue des affaires ou à l'emploi du dollar comme monnaie des échanges). Les récentes polémiques autour des retraits américains de l'accord de Paris sur le climat ou de l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien (JCPoA - *Joint Comprehensive Plan of Action*) et l'emploi, souvent jugé abusif, de l'extraterritorialité des lois américaines mettent en lumière les enjeux géopolitiques de cette conformité.

Dans ce contexte, cet article propose de revenir sur ce phénomène, d'en analyser les conséquences géopolitiques et stratégiques tant pour les entreprises que pour les Etats et de questionner sur le positionnement de l'Europe (Union européenne et pays membres) face à cela.

Montée en puissance de la responsabilité des entreprises et géopolitique

La géopolitique peut se définir comme l'étude de l'influence des facteurs géographiques, économiques et culturels sur la politique des Etats et sur les relations internationales¹. Appliquée à la conformité, elle conduit à s'interroger sur l'émergence de la notion même de responsabilité des entreprises puisque la notion même de conformité dépasse la seule dimension juridique, tout au moins dans sa dimension nationale. Comment expliquer en effet que des entreprises françaises ou européennes préfèrent aujourd'hui quitter l'Iran parce que les Etats-Unis ont dénoncé un accord alors même que les pays où sont hébergés leur siège social souhaite préserver l'accord ?

C'est là qu'intervient la géopolitique puisqu'elle permet d'expliquer que les règles ont un statut différent en fonction de leur origine, conférant ainsi un pouvoir énorme au cadre réglementaire de la première puissance économique mondiale. Dans ce contexte, l'entreprise responsable peut alors être définie comme celle qui anticipe les risques de conformité qui pèsent sur elle et prend les mesures nécessaires pour s'y plier et limiter ainsi le risque qu'il soit réglementaire ou réputationnel.

Les Etats-Unis ont été les premiers à comprendre combien ils pouvaient instrumentaliser leur puissance économique à des fins réglementaires construisant ainsi ce que certains nomment un *soft power juridique*². Ils comprennent en effet cela dans les années 1970 qui restent des années de ruptures à plusieurs titres. Ce furent en effet d'abord des années de crises et de doutes pour les pays occidentaux confrontés à une crise économique majeure après que les pays de l'OPEP aient décidé d'augmenter significativement le prix du baril de pétrole et alors que de nouveaux pays industrialisés (NPI)

(1) P. BONIFACE (2018), La géopolitique, éditions Eyrolles

(2) Comply or die ? Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des Etats-Unis. Marion LEBLANC-WOHRER. Potomac Papers, n°34. Institut Française des Relations Internationales. Mars 2018.

asiatiques venaient concurrencer l'industrie des pays riches sur leurs propres marchés, sans parler de la crise monétaire qui allait voir s'effondrer le système monétaire international issu de la fin du deuxième conflit mondial. Elles furent aussi des années de prises de conscience grâce à l'émergence d'un nouveau média³, la télévision qui permettait à tous de recevoir des images et de informations en direct chez soi.

Ces ruptures entraîneront avec elles deux dynamiques si différentes qu'elles peuvent en paraître contradictoires mais se révéleront en réalité complémentaires dans l'instrumentalisation de l'une pour pallier les lacunes de l'autre. La première concerne les politiques de libéralisation et de dérèglementation qui s'amplifièrent dans les années 1980 ; la deuxième, l'amplification de la notion de responsabilité des entreprises.

Les Etats-Unis ont été au cœur de ces deux dynamiques parce que première puissance économique au monde mais aussi parce que la société civile y est très active et efficace avec de véritables relais d'influence auprès des institutions et du pouvoir politique. Dans ce pays en effet, les années 1970 sont marquées par un certain nombre de scandales comme la première marée noire médiatisée au large de Santa Barbara en Californie en 1969 qui conduira à la création de l'agence américaine pour la protection de l'environnement (US EPA) en 1970 ou encore de l'ONG canadienne Greenpeace en 1971 ; le scandale du Watergate qui entrainera la démission du Président Nixon puis celui du système de corruption internationale développé par l'entreprise Lockheed Martin, à la suite duquel ce pays adoptera la première réglementation « moderne » de lutte contre la corruption, le *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA)⁴. Ce texte est probablement l'un des premiers d'une série d'engagements des Etats-Unis et de leurs partenaires économiques pour impliquer plus largement les entreprises dans la préservation de certaines valeurs, jugées essentielles au bon fonctionnement des économies de marchés et au-delà de la démocratie⁵. Il signera le début des programmes de *compliance* au sein des entreprises.

Et c'est à ce moment-là aussi que les Etats-Unis comprennent combien les enjeux sociétaux mais aussi la responsabilisation des entreprises peuvent prendre le relais d'une réglementation qui s'assouplit dans un monde qui se globalise et au centre duquel s'inscrit leur économie. Ils perçoivent également à ce moment-là combien la diffusion de la conformité peut leur permettre de diffuser des valeurs nouvelles au-delà des frontières nationales. En effet, c'est sous la pression des entreprises américaines qui estimaient souffrir de distorsion de la concurrence sur les marchés internationaux, que ce pays poussera à l'élaboration de la Convention de l'OCDE contre la corruption dans les années 1990 puis à son adoption par les pays membres de cette organisation.

L'écosystème de la conformité aux Etats-Unis

La responsabilisation des entreprises sur un certain nombre de sujets qui conduira à la montée en puissance de la « *compliance* » aux Etats-Unis a conduit à la constitution d'un véritable écosystème en amont et en aval de la mise en place de réglementations nouvelles. En amont, ce sont probablement les ONG, les fondations et les lobbies de toutes natures qui interagissent pour exercer une pression sur l'exécutif et le Congrès. Aux Etats-Unis, les ONG et les fondations sont de véritables acteurs politiques bien que non-gouvernementaux. Elles sont portées par la société civile et de grandes fortunes nationales et trouvent des relais auprès des décideurs politiques (parlementaires, maires et élus locaux, secrétaire général des Nations Unies, etc.). Elles ont acquis une expertise unique et une place centrale dans le devenir des entreprises, des économies et des sociétés. Elles sont ainsi devenues des acteurs déterminants de promotion de valeurs et d'une gouvernance globale sur des thématiques de plus en plus nombreuses (droits de l'homme, environnement, guerres et paix mais aussi alimentation, corruption etc.) et en amont de l'élaboration de règles nouvelles, de traités internationaux ou même de la stratégie de certaines acteurs (banques par exemple ou encore agences de notation, de normalisation etc.).

En aval, les cabinets de conseil et d'avocats exercent leurs talents pour accompagner les entreprises dans leurs démarches de mises en conformité ou de négociation de délais et facilités auprès de l'administration ou des autorités judiciaires. Dans le cas de la lutte contre la corruption par exemple, des agences (US Aid), des fondations (fondations Bill Gates ou Soros) et des entreprises (General Electric ou Exxon Mobil) financeront pour une large part la création de Transparency International dont l'action de diffusion du rejet de la corruption a été d'une efficacité incontestable partout dans le monde.

Une autre originalité de cet écosystème est de faire de l'entreprise, plus que de tout autre acteur le vecteur des changements nécessaires. La mise en conformité d'abord par rapport à des textes réglementaires qui imposaient aux entreprises de respecter certains principes dans leur pratique des affaires puis l'émergence du concept de responsabilité sociale des entreprises et enfin, l'essor de l'investissement socialement responsable (ISR) en sont des illustrations. Le concept même de « *compliance* », traduit en français par conformité, est en soi une illustration puisqu'il relève d'une perception plus « molle » du droit anglo-saxon où l'aveu d'une faute offre la possibilité d'une négociation (*plea bargaining*) permettant d'éviter le jugement et *in fine*, la condamnation, à condition de s'engager à se mettre en conformité pour ne plus reproduire les mêmes erreurs. Les polémiques soulevées par

(3) M. MCLUHAN (1964), *Understanding Media: The Extensions of Man*, McGraw Hill, New York

(4) <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

(5) J. MACKESSY (2010), Knowledge of Good and Evil: A Brief History of Compliance, *The Finance Professional's Post*, <http://post.nyssa.org/nyssa-news/2010/05/a-brief-history-of-compliance.html>

L'introduction du plea bargaining dans le cadre de la loi Sapin adoptée fin 2016 en France montre que cette démarche n'est pas vraiment ancrée dans notre culture.

Conséquences pour le reste du monde

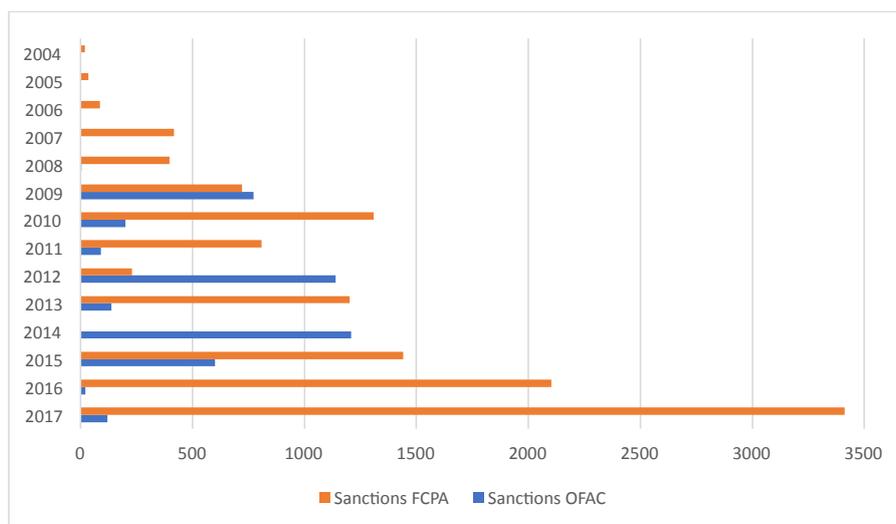
Cet écosystème et les réglementations qui en découlent impactent sur l'étranger, entreprises et Etats à plusieurs titres. D'une part, parce que les Etats-Unis poussent à l'adoption de textes internationaux et la mise à niveau des réglementations de ses partenaires. Cela a été le cas par exemple avec la convention de l'OCDE de lutte contre la corruption ou encore la lutte contre le blanchiment au sein du GAFI (Groupe d'Action Financière). D'autre part, l'internationalisation économique et la place des Etats-Unis dans ce système est également un facteur de propagation de ces règles américaines. Par souci d'harmonisation des clauses des contrats, nombre d'entreprises multinationales transposent par exemple directement la réglementation américaine et ce, d'autant plus que les autorités et la justice de ce pays inquiètent plus systématiquement que d'autres pays les entreprises. Enfin, un certain nombre de ces règles ont une portée extraterritoriale. C'est le cas du régime de sanctions internationales, du FCPA dans le cas de la corruption, des questions de fiscalité personnelle américaine aux citoyens américains non-résidents (FATCA), du droit américain de la concurrence, des dispositions anti-blanchiment ou encore du contrôle des exportations d'équipements militaires (ITAR) et biens duaux (EAR).

Peu utilisée jusqu'à ces dernières années, la dimension extraterritoriale de la réglementation américaine s'est d'une part élargie avec la possibilité de poursuivre une entreprise à partir du moment où elle utilise le dollar ou des moyens de communication transitant par les Etats-Unis. Elle a conduit, d'autre part, à engager des poursuites à l'encontre d'entreprises étrangères de manière beaucoup plus systématique que par le passé, conduisant à une amplification des sanctions financières comme l'illustre le graphique suivant (cas de la lutte contre la corruption avec les sanctions FCPA et du régime de sanctions avec les sanctions OFAC).

Tous ces facteurs ont conduit à une amplification de la conformité au sein des entreprises. Une telle interprétation de la conformité soulève toutefois deux questions : celle de la légitimité d'un pays, aussi puissant soit-il à imposer ses propres règles (même si elles défendent des valeurs que l'on peut juger légitimes) et celle de l'équité car tous les pays ne disposent pas du même poids pour ce faire et qu'il y a donc une certaine injustice en la matière.

Dans ce contexte qui plus est, les dérives sont toujours possibles et c'est indiscutablement le cas lorsque les Etats-Unis affirment vouloir poursuivre les entreprises non-américaines qui continueraient à commercer avec l'Iran après qu'ils aient quitté l'accord de Vienne⁶. Dans un tel cas, les Etats-Unis instrumentalisent leur omnipotence économique à des fins de politique étrangère⁷ et le cas iranien n'est pas un cas isolé et questionne sur la légitimité de telles pratiques⁸. Hervé Juvin qualifie cette attitude d'« impérialisme juridique », il explique « Les sanctions

Figure 1 : Amplification du montant des sanctions imposées (en millions de dollars)



Sources : Rapports OFAC et SEC

(6) 10 companies leaving Iran as Trump's sanctions close in. Ellen R. Wald. Forbes. New-York Publié le 6 juin 2018. <https://www.forbes.com/sites/ellenwald/2018/06/06/10-companies-leaving-iran-as-trumps-sanctions-close-in/#10cf327c90ff>

(7) A. GARAPON, P. SERVAN-SCHREIBER (2013), Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée, PUF

(8) Le retrait des Etats-Unis de l'accord de Vienne sur le programme nucléaire iranien : une situation juridique contrastée, Rapport du Groupe de travail présidé par Dominique PERBEN, Ancien garde des Sceaux, Avocat, Betto SERAGLINI et Louis DE GAULLE, Avocat, De Gaulle Fleurance & Associés, Le Club des juristes

américaines contre les entreprises françaises et européennes méritent l'attention. Elles révèlent une stratégie de mobilisation du droit dans la guerre économique, qui se traduit par un changement de nature du droit, placé sous la dépendance de l'économie et de la géopolitique »⁹.

Quid demain d'autres pays comme la Chine ou la Russie ? Quelle peut donc dans ce contexte être la place des autres pays et en particulier de l'Europe ? Cette dernière question est cruciale car de la réponse qui en sera donnée par les européens eux-mêmes découlera la viabilité des entreprises européennes et au-delà des valeurs et du mode de vie européen.

Quelles parades pour les européens ?

Beaucoup a été écrit ces dernières semaines sur ces questions qu'il s'agisse de la conformité ou de l'extraterritorialité. Et, force est de constater que bien que le Président Trump ne soit pas à l'origine des évolutions observées, ses déclarations et ses menaces ont permis une prise de conscience généralisée et le début de réactions, propositions et initiatives en Europe. Pour autant, il reste important de distinguer deux types de situations :

- Les domaines où ces règles américaines s'appliquent à des engagements légitimes et auxquels les pays européens souscrivent également. C'est le cas de la lutte contre la corruption. Dans ce cas, l'activisme américain prétend pallier les insuffisances étrangères. Ce fut le cas au début des années 2000 lorsque les britanniques firent preuve d'une mauvaise volonté incontestable dans la transposition qu'ils firent de la Convention de l'OCDE de lutte contre la corruption ou plus récemment, lorsqu'après presque 20 ans de participation à cette même convention, la France n'avait encore condamné aucune de ses entreprises.

Dans ce contexte, le meilleur moyen de limiter l'ingérence américaine reste pour les pays européens et pour la France de se mettre en « conformité » avec les engagements qu'ils ont pris sur un certain nombre de sujets. C'est ainsi par exemple qu'il faut interpréter en France la loi Sapin II adoptée en décembre 2016 et la création de l'Agence Française Anticorruption (AFA). Et bien que très récentes, ces deux initiatives commencent déjà à porter leurs fruits en termes de souveraineté nationale comme on a pu le constater dans le cas Airbus ou plus récemment pour la Société générale pour lesquels l'enquête en cours ouverte par le parquet national français permet pour le moment d'éviter l'intervention directe du *Department of Justice américain*.

Autre exemple, la régulation bancaire et là, les lacunes françaises et européennes sont incontestables et motivent l'activisme des Etats-Unis en témoignent les amendes

payées ces dernières années par nombre de banques européennes (BNP-Paribas bien sûr mais aussi le Crédit agricole, Barclays, la Commerzbank etc.) Depuis 2008, 90% des amendes infligées aux banques proviennent du régulateur américain avec une année record en 2014 où ce pays a imposé 59 milliards de dollars d'amendes aux banquiers quand l'Union européenne ne totalisait que 106 millions, l'Allemagne, 353 et le Royaume-Uni, 2 milliards.

- Les domaines où ces règles et leur application extraterritoriale peut se révéler abusives. C'est le cas des sanctions lorsqu'elles sont unilatérales. Ce peut être aussi dans certaines situations, le cas du contrôle des exportations militaires ou double-usage lorsqu'au prétexte qu'un équipement intègre un composant, même minime américain, l'exportation est impossible. Dans ce cas, la bonne posture est probablement de mettre en place les modalités permettant de protéger les entreprises d'une instrumentalisation abusive du droit d'un pays, Etats-Unis en l'occurrence.

De ce point de vue, la France et l'Europe sont encore à l'aube de ce type de démarche et les entreprises restent très prudentes en témoignent les retraits d'Iran... Les lois de blocage ou le règlement européen de 1996 récemment révisé restent très limités dans leur réponse puisqu'ils menacent plus qu'ils ne protègent les entreprises. En effet, ils prévoient des sanctions à l'encontre d'entreprises européennes qui respecteraient des règles non-européennes, ce qui constitue en soi une double peine pour ces entreprises.

Les tentatives de mises en place de mécanismes de trocs au cas par cas, de substitution du dollar etc. sont également intéressantes mais restent lourdes à mettre en place et incertaines dans leur efficacité à préserver les entreprises. Ces dernières en ont bien conscience et continuent à se mettre en conformité avec les règles américaines. La création d'institutions type OFAC, l'office américain en charge de faire respecter les sanctions aux Etats-Unis, ou d'un conseil européen de sécurité nationale va aussi dans le bon sens mais prendra du temps, si tenté que les européens arrivent à se mettre d'accord. Ils n'exonèrent en rien de la nécessité d'un positionnement ferme, acceptant le risque même d'une confrontation au plus haut niveau politique de la part de l'Union européenne idéalement mais aussi des pays européens pour faire respecter ce qu'ils estiment justes, y compris en saisissant toutes les juridictions internationales et tous les moyens légaux pour ce faire. Tout un programme ! ■

(9) Sanctions américaines : la guerre du droit. Hervé JUVIN. Le Débat, n°194. 2017