

Défis n°9

La revue du département Intelligence et sécurité économiques

Entretien avec...

QU'EST-CE QUE L'IE ?
Thomas COURBE,
Alain JUILLET, Philippe CLERC

Enjeux

RELATIONS POLICE-POPULATION
Eclairage de Jacques de MAILLARD

EXPLORER

L'ENTREPRISE FACE AU NOUVEAU CONTEXTE
RÉGLEMENTAIRE : DES ENJEUX DE PUISSANCE
ET DE COMPÉTITIVITÉ

DIRECTRICE DE LA PUBLICATION

Hélène CAZAUX-CHARLES

DIRECTRICE DE LA REDACTION

Angélique LAFONT

RÉDACTRICE EN CHEF

Diane DE LAUBADÈRE

RÉDACTRICE EN CHEF ADJOINTE

Angélique LE MAZOU

ASSISTANCE À LA RÉDACTION

Manon CHINI

Ces contributions ne sauraient être interprétées
comme des positions officielles ou officieuses
de l'institut ou des services de l'État.

Les opinions et recommandations qui y sont
exprimées n'engagent que leurs auteurs.

ÉDITORIAL



Hélène CAZAUX-CHARLES

Directrice de l'INHESJ

Les bouleversements sociétaux, économiques et politiques que nous constatons aujourd'hui mettent à l'épreuve la pensée stratégique, la prospective et posent la question de leur efficacité.

Aurions-nous pu éviter le rachat d'un fleuron de l'industrie française et l'ensemble des sanctions internationales qui déstabilisent nombre des entreprises françaises et européennes ces dernières années? Aurions-nous pu anticiper la montée du populisme, la violence dans les rues ?

Pourtant, sans cesse, sont évoquées la puissance de calcul du big data et celle des algorithmes au service de la sécurité et de la protection. Mais les outils d'anticipations et d'analyses qu'ils soient technologiques ou traditionnels, ne sont-ils pas une nouvelle fois mis à mal par les actualités récentes ?

Le numéro 9 de la revue *Défis* a pris le risque d'aborder ces points de fracture. En premier lieu, ce numéro revient sur le lien de confiance entre la Police et la population. Ce lien est bien au cœur des réflexions sur l'emploi des forces en contexte dégradé et sur la doctrine du maintien de l'ordre. Jacques de Maillard nous propose son éclairage dans la rubrique des Enjeux.

Ensuite, la rubrique Explorer dresse un état des lieux sur le durcissement du contexte réglementaire et les conséquences des sanctions internationales qui pèsent sur les entreprises.

Les tentatives nationales d'élever nos standards en matière de conformité et en matière de lutte contre la corruption, d'embargo, de blanchiment, de protections des données, seront-ils suffisants pour faire de nos entreprises des acteurs crédibles et compétitifs dans le paysage de la mondialisation?

L'impact de ces sujets est fort et récemment relayé par les médias ; la crise iranienne l'a montré. Ils nous mettent face à nos propres limites, ils interrogent tout autant nos institutions que nos modes de gouvernance mais encore nos cultures et nos croyances profondes. Et s'ils sont réactivés par les crises que nous traversons, ils ne sont pas nouveaux pour autant. Tirer un constat d'échec est un peu rapide. Ce que nous en percevons constitue seulement la partie visible de l'iceberg.

Défis est là pour nous rappeler que ces sujets sont depuis des années au cœur des préoccupations des experts, des acteurs en charge des politiques publiques et des acteurs du secteur privé en charge de la gouvernance des entreprises.

En témoigne la structuration de l'intelligence économique et d'une démarche de sécurité économique en cours au sein de l'appareil d'Etat.

Comprendre ces fractures qui divisent la société et affaiblissent les organisations doit être fait avec une véritable profondeur de l'analyse. C'est aussi cette posture intellectuelle que nous demandons aux auditeurs des sessions nationales d'adopter au cours de leur année passée dans les murs de l'École militaire ■

Numéro coordonné par Diane de LAUBADÈRE

EDITORIAL

Hélène CAZAUX-CHARLES 1

EXPLORER

L'ENTREPRISE FACE AU NOUVEAU CONTEXTE RÉGLEMENTAIRE : DES ENJEUX DE PUISSANCE ET DE COMPÉTITIVITÉ

DES OUTILS DE REGULATION ?

La compliance en quête de définition
Antoine GAUDEMET 6

L'arsenal juridique américain
Marion LEBLANC-WOHRER 9

Géopolitique de la compliance
Sylvie MATELLY 12

Entreprises françaises et lutte anticorruption :
Retour sur un échec
Stéphane BONIFASSI 16

Jouer de nos atouts sans timidité
Stéphanie LHOMME 19

Les programmes de conformité : entre prévention
de la corruption et risque d'instrumentalisation
Sophie LEMAITRE 25

La sortie américaine de l'accord de Vienne sur le
nucléaire iranien : une situation juridique contrastée
Dominique PERBEN et Coline DASSANT 28

Louis de GAULLE – Entretien 32

Le renseignement à l'heure de la compliance :
du paradoxe au défi
Philippe HAYEZ 36

QUELLES EVOLUTIONS DES CULTURES JURIDIQUES ?

Antoine GARAPON, Pierre SERVAN-SCHREIBER
(à paraître) – Entretien croisé 40

Hui CHEN – Entretien 40

La conformité à la française, nouveau risque pénal
pour l'entreprise ?
Marie-Laure INGOUF 43

Négocier sa peine avec plusieurs juridictions :
le non bis in idem grand absent ? L'exemple de
la lutte anti-corruption
Bénédicte GRAULLE 48

La coopération : une solution pour mettre fin à
l'utilisation des législations anti-corruption comme
des « armes juridico-économiques massives » ?
Sophie SCEMLA 52

Nicola BONUCCI – Entretien 56

Trans-nationalisation de l'anti-corruption (à paraître)
Régis BISMUT 56

Conformités réglementaires et sécurité
économique : focus Brésil
Dominique PAIVA 58

LES REPONSES DE L'ÉTAT

Bilan, application de la loi (à paraître)
Michel SAPIN et Michel HUNAULT 63

PNF : la création d'un parquet national financier - 63

AFA : bilan, moyens d'investigation
Charles DUCHAINE 64

Lutte contre le blanchiment et le financement
du terrorisme
Bruno DALLE 68

Cloud Act/privacy Shield/RGPD : le poids de l'UE ?
Isabelle FALQUE-PIERROTIN 73

Guillaume KASBARIAN – Entretien 77

Mission d'évaluation de la lutte contre la
délinquance financière
Eric ALT 80

LES RÉPONSES DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

La compliance dans les entreprises françaises : évolution des pratiques ; enjeux ; questions pour le futur Pierre LAPORTE, IKARIAN -----	90	Guillaume TISSIER – Entretien -----	112
La protection des lanceurs d’alerte est primordiale pour notre démocratie Stéphanie GIBAUD -----	95	Alexandre MEDVEDOWSKY – Entretien -----	113
Compliance et RSE : plaidoyer pour des liaisons harmonieuses Patricia SAVIN et Yvon MARTINET -----	98	La loi Sapin 2, un progrès dans la lutte contre la corruption, de nouveaux risques pour les entreprises Gilbert FLAM -----	119
Bernard CAZENEUVE – Entretien -----	101	Dominique LAMOUREUX – Entretien -----	124
Vers un nouveau modèle de la fonction de compliance Jean-Yves TROCHON -----	106	Corinne LAGACHE – Entretien -----	126
Emmanuel PITRON – Entretien -----	109	Pierre-Antoine BADOZ – Entretien -----	129
		Jean-Baptiste CARPENTIER – Entretien -----	132
		Nicolas BROOKE – Entretien -----	134

ENTRETIEN AVEC...

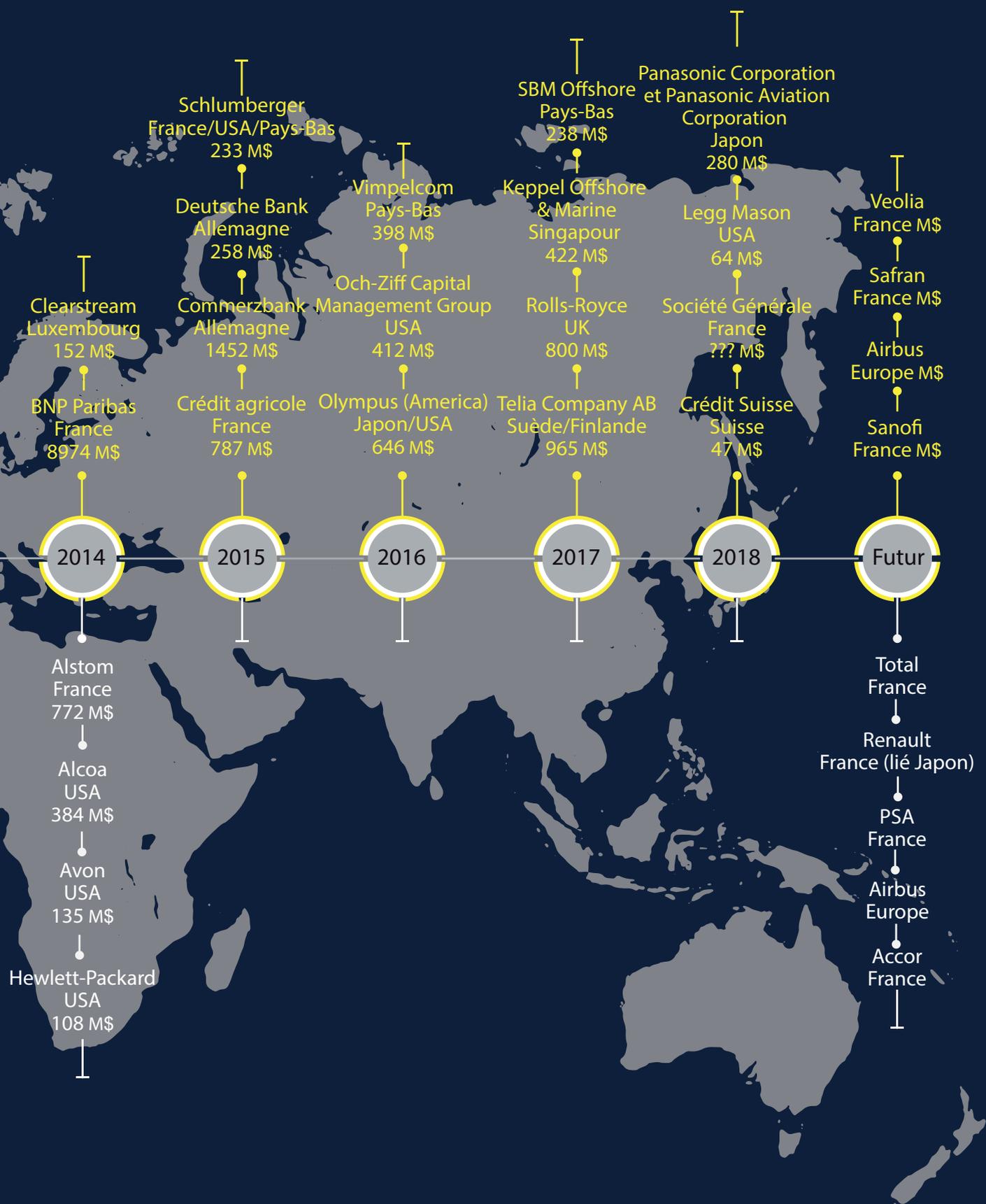
QU'EST-CE QUE L'IE ?

Thomas COURBE (DGE) -----	135
Alain JUILLET et Philippe CLERC -----	137

ENJEUX

RELATIONS POLICE – POPULATION Eclairage de Jacques de MAILLARD -----	141
---	-----





Liste des entreprises sanctionnées par les lois extraterritoriales Américaines depuis 2008.

- Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977 sanctionnant la corruption des agents publics à l'international.
- Les différents régimes d'embargos et de sanctions internationales mis en place dans le cadre de la politique étrangère des USA.

Données recueillies par la Fondation Concorde

LA COMPLIANCE EN QUÊTE DE DÉFINITION



Antoine GAUDEMET

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
Co-Directeur du Diplôme d'Université « Compliance Officer »¹

Définir la *compliance* est un exercice difficile puisque le mot de *compliance* lui-même n'est pas l'objet d'un consensus. En français, on emploie alternativement les mots de *compliance* et de « conformité ». Cette hésitation, que l'on n'éprouve pas en revanche quand il s'agit de traduire l'expression *comply or explain* dans la matière voisine du gouvernement d'entreprise, est révélatrice. Elle témoigne de deux choses, semble-t-il. D'abord, un certain sentiment d'insatisfaction à traduire le mot de *compliance* par celui de conformité : intuitivement, on pressent que le mot de *conformité* – qui n'est pas inconnu des juristes, notamment dans les domaines de la comptabilité, de la certification et des offres publiques – ne parvient pas à rendre toute l'originalité de la notion de *compliance*. Ensuite, une impression d'étrangeté au sens propre du mot. Littéralement, la notion de *compliance* est étrangère à la culture juridique française. La culture juridique française moderne s'est construite sur l'idée de légalité, c'est-à-dire sur l'idée qu'existent des règles qui ordonnent des conduites, dictent des interdits et menacent ceux qui les enfreignent d'une peine prononcée au terme d'un procès. La légalité organise un face-à-face vertical de chaque individu, de chaque entreprise, avec la loi sous la menace d'une peine prononcée par un juge. La *compliance* fait voir autre chose. Ce qui lui importe est moins de savoir si les entreprises enfreignent les règles qui s'appliquent à elles que de savoir si elles mettent en œuvre en leur sein un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction à ces règles. Comme l'a écrit Frédéric Gros, on ne table plus seulement sur le face-à-face vertical de l'entreprise et de la loi mais également sur « l'aménagement d'un milieu » au sein de l'entreprise, qui puisse faire diminuer tendanciellement le risque d'infraction aux règles². Ce qui augure un

dédoublément de la responsabilité des entreprises³, d'ores et déjà acté par certaines législations nationales, en particulier par le *Bribery Act* anglais de 2010 : à l'avenir, les entreprises ne seront plus seulement responsables d'avoir enfreint les règles qui s'appliquaient à elles mais aussi, et peut-être surtout, de ne pas avoir mis en place un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction à ces règles.

Cette impression d'étrangeté est accusée par la manière dont la *compliance* s'est introduite en droit français : par l'effet d'une contrainte, d'une « violence » a-t-on même écrit⁴. L'histoire est connue s'agissant en particulier de ce chapitre essentiel de la *compliance* qu'est la lutte contre la corruption d'agent public étranger. Bien qu'ayant ratifié la convention de l'OCDE dès 2000, la France est restée depuis un mauvais élève de la lutte contre la corruption internationale, régulièrement critiqué par l'OCDE et plusieurs organisations non gouvernementales. Dans le même temps, la réprobation morale et la répression juridique de la corruption ont progressé à peu près partout dans le monde. Ce décalage grandissant a créé les conditions favorables à une application extraterritoriale de certaines lois américaines, à un débordement de la puissance judiciaire américaine, à l'égard notamment des entreprises françaises : Alcatel-Lucent, Technip, Total, Alstom, pour ne mentionner qu'elles, ont été sanctionnées par les autorités judiciaires américaines, parfois pour des montants très importants. Ce qui a conduit ces entreprises de dimension mondiale à intégrer sous la contrainte les préoccupations de *compliance* propres au droit américain et, plus généralement, la nécessité de satisfaire aux lois américaines dans certains domaines de l'activité économique et financière. Ce qui a

(1) <https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/llm-mba-et-diplomes-duniversite/diplome-duniversite-responsable-conformite>

(2) GROS Frédéric, « Coopérer contre soi-même » in *Deals de justice : le marché américain de l'obéissance mondialisée*, dir. GARAPON A. et SERVAN-SCHREIBER J.-J., PUF, 2013, p. 182.

(3) *Ibid.*

(4) FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le Droit de la compliance », D.2016, Chron., 29 septembre 2016, n°32, p. 1871.

surtout provoqué une prise de conscience des pouvoirs publics français quant à la nécessité de remédier à la situation de fait qui s'était imposée et de lui substituer une situation de droit, un cadre procédural et une législation intégrant les préoccupations de *compliance*, de manière à essayer de contenir le débordement de la puissance judiciaire américaine. La loi « Sapin II » qui en est résultée est un texte adopté en position défensive : si elle a introduit la notion de *compliance* comme jamais auparavant en droit français, c'est d'abord dans l'espoir d'amener les autorités judiciaires étrangères, américaines en particulier, à se désister ou à accepter de partager leur compétence à l'égard des entreprises françaises. A proprement parler, la *compliance* est donc un produit d'importation juridique, ce qui ne facilite pas l'élaboration d'une définition.

On peut cependant partir d'une définition, répandue en pratique, qui est celle adoptée par Le Cercle de la compliance, une association spécialisée dans l'étude de la *compliance*. A suivre cette définition, la *compliance* serait « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés, aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables ». A première vue, cette définition paraît ne pas dire grand chose⁵. S'il s'agit de dire que les entreprises et leurs membres sont tenus de respecter les règles qui leur sont applicables, elle est inutile : c'est la définition même du droit. S'il s'agit de dire que les entreprises et leurs membres s'engagent volontairement à respecter les règles qui leur sont applicables, elle est encore inutile : le consentement des destinataires de la règle de droit à son application n'est pas nécessaire. S'il s'agit enfin de dire que les entreprises et leurs membres sont tenus de respecter des règles, qui ne sont pas exclusivement juridiques, mais aussi morales ou éthiques, qui ne sont pas seulement imposées, mais aussi choisies, ou qui ne sont pas seulement de droit « dur », mais aussi de droit « souple », ce n'est pas entièrement nouveau : l'idée existait déjà en germe dans les débats autour de l'intérêt social en droit des sociétés ; elle est présente aujourd'hui dans la responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Pour autant, c'est une définition qui en dit tout de même beaucoup, même si elle ne dit peut-être pas tout.

Elle dit d'abord que ce qui caractérise fondamentalement la *compliance*, ce ne sont pas les disciplines juridiques qu'elle traverse mais les techniques qu'elle y introduit. La définition du Cercle de la compliance évoque de manière générale les « comportements » de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés. Cette généralité est une manière de dire que la *compliance* a vocation à concerner toutes les branches du droit de l'entreprise – la lutte contre la corruption et les sanctions économiques, cela va de soi ; mais aussi les abus de marché, la fraude fiscale et le blanchiment d'argent ; la responsabilité sociale et environnementale, la sécurité des produits, la santé des personnels ; mais aussi la protection

des données à caractère personnel – et que vouloir en adopter une approche disciplinaire – en droit des sociétés, en droit de la concurrence, en droit financier, en droit du travail, etc. – n'aurait pas grand sens. Il est d'ailleurs remarquable à ce propos que la notion de « programme de *compliance* » soit apparue aux Etats-Unis dans les *Sentencing Guidelines* au cours des années 90 afin de couvrir tout le champ de la criminalité des organisations, sans rattachement disciplinaire particulier⁶. En effet, ce sont des techniques qui définissent le mieux la *compliance*, et c'est sans doute le mot de « processus » qui est le plus important dans la définition qu'en propose Le Cercle de la compliance. Pour ce qui nous concerne le plus directement, la loi « Sapin II » n'a introduit quasiment aucune règle de fond nouvelle en droit français, mais un ensemble inédit de techniques et de procédures :

- des techniques préventives principalement avec la mise en place dans les entreprises les plus importantes d'un programme de conformité comportant tout à la fois : un code de conduite décrivant les types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ; un dispositif d'alerte interne ; une cartographie des risques établie en fonction des secteurs d'activité et des zones géographiques dans lesquelles la société exerce son activité ; des procédures d'évaluation des « tierces parties », clients, fournisseurs et intermédiaires ; des procédures spécifiques de contrôle comptable ; un dispositif de formation destiné aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; un régime de sanction disciplinaire applicable aux manquements au code de conduite ; et un dispositif de contrôle et d'évaluation périodique de toutes les mesures précitées ;
- des techniques répressives également avec la création d'une nouvelle forme de transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité, la « convention judiciaire d'intérêt public », qui est venue prendre rang au sein du Code de procédure pénale.

Ces techniques ont pour objectif commun d'amener les entreprises les plus importantes à assurer elles-mêmes, en leur sein et à leurs frais, le contrôle des règles qui leur sont applicables, à internaliser le contrôle de ces règles : en décrivant les manquements dont elles peuvent faire l'objet ; en facilitant l'identification puis la dénonciation de ces manquements ; et en organisant leur sanction au sein même de l'entreprise. En cela, elles relèvent tout autant de la gestion et de la science des organisations que du droit. Du reste, on voit bien que la préoccupation centrale, dans la mise en œuvre d'un programme de conformité, est celle de son effectivité. Il ne suffit pas que le programme mis en place corresponde aux exigences posées par la loi en façade seulement : il faut aussi et surtout qu'il soit porté par les

(5) Rapp. FRISON-ROCHE M.-A., art. préc., qui évoque « une tautologie du droit ».

(6) *United States Sentencing Guidelines Manual*, 1^{er} nov. 1990.

dirigeants de l'entreprise et assimilé par ses personnels, au prix d'un effort particulier de formation. Dans le fond, c'est bien plus qu'une simple adaptation juridique qui est attendue des entreprises concernées : c'est un changement de culture dans la manière même de conduire leurs affaires, dans le « *conduct of business* » comme disent les anglophones ; c'est une réformation morale du comportement des acteurs de l'entreprise qui est recherchée.

Pour cette raison, l'expression de « droit de la *compliance* », parfois employée, ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Elle court le risque d'être réductrice : la *compliance* n'est pas un phénomène principalement juridique mais plus largement « organisationnel », qui gagne à être envisagé à la lumière d'autres disciplines. Elle est peut-être même trompeuse. On n'a pas le sentiment que la *compliance* soit appelée à devenir la source d'un droit original. Les règles dont elle prétend garantir l'application effective sont des règles ordinaires du droit de l'entreprise, considéré dans ses différentes branches : des règles de droit des sociétés en ce qui concerne la prévention des conflits d'intérêt ; de droit de la concurrence en ce qui concerne la prévention des abus de puissance économique ; de droit financier en ce qui concerne la prévention des abus de marché, etc. La nature juridique de ces règles n'en ressort pas bouleversée : elles restent des règles de droit « dur » et de droit « souple », des prescriptions et des incitations, auxquelles sont agrégées périodiquement des bonnes pratiques et des normes éthiques que l'entreprise se donne à elle-même. Les émetteurs de ces règles ne sont pas davantage modifiés : ce sont encore le législateur, les régulateurs qu'il a institués – l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers, l'Agence française anticorruption en dernier lieu –, certaines organisations internationales, comme la Banque mondiale, et certaines organisations professionnelles ; sans oublier la figure du juge bien entendu. Bref, il semble que la *compliance* s'inscrit naturellement dans l'environnement normatif de la régulation, dont elle constitue un avatar, une sorte de prolongement : elle était d'ailleurs déjà présente dans la politique de régulation de l'Autorité de la concurrence avant d'être en vogue ; elle l'est à présent dans celle de l'Autorité des marchés financiers. Si la *compliance* fait voir une originalité, c'est surtout encore une fois dans les techniques de droit comme de gestion qu'elle impose aux entreprises les plus importantes de mettre en œuvre pour garantir l'application effective des règles de droit de l'entreprise qui s'appliquent à elles.

C'est peut-être là que la définition du Cercle de la *compliance* gagnerait à être complétée. Sans plus de précision, elle peut éventuellement donner l'impression que les entreprises

seraient uniquement sujets de la *compliance*. Or, le propre de la *compliance* est que les entreprises qui y sont soumises deviennent elles-mêmes acteurs du contrôle de l'application des règles qui s'appliquent à elles. D'une certaine manière, les entreprises sont enrôlées par le législateur dans le contrôle de l'application des règles qui leur sont applicables : il leur est fait injonction d'organiser en leur sein un dispositif de transparence et de vigilance propre à diminuer le risque d'infraction aux règles auxquelles elles sont soumises.

Pour cette raison, ce ne sont pas toutes les entreprises qui sont concernées par la *compliance*, mais seulement les entreprises « de taille significative » dans les termes de la loi « Sapin II ». C'est-à-dire les entreprises qui ont atteint une dimension telle qu'elles peuvent éventuellement se soustraire au contrôle de l'Etat dans l'exercice de leurs activités économiques, qu'elles se situent à la croisée de nombreux flux – de marchandises, de capitaux, d'informations, de données, etc. – et qu'elles peuvent supporter le coût de la mise en œuvre d'un programme de conformité. Il est logique de ce point de vue que la *compliance* ait concerné d'abord les entreprises bancaires et financières qui ont une dimension et une position « systémiques » liées à la nature même de leur activité : le commerce de l'argent. Dans un objectif d'efficacité, ce sont ces entreprises-là, ayant atteint une taille significative, qui sont visées par le législateur pour devenir sujets et acteurs de la *compliance*. A deux niveaux même : en se contrôlant elles-mêmes ; et en contrôlant les tiers qui sont en relation avec elles, les « tierces parties » – clients, fournisseurs et intermédiaires –, dont elles doivent évaluer la régularité avant d'entrer en relation avec elles. En quelque sorte, l'Etat recherche le relais et le levier, le bras armé, des entreprises de taille significative pour maintenir et étendre la police des activités économiques qu'il n'a plus les moyens d'assurer par lui-même.

Pour rendre compte de cet autre aspect caractéristique de la *compliance*, il peut être encore préférable de la définir comme « un ensemble de techniques, juridiques et de gestion, dont la mise en œuvre est imposée aux entreprises de taille significative dans le but de contrôler l'application effective des règles, juridiques et éthiques, qui leur sont applicables et de diminuer le risque de violation de ces règles ». Cette autre définition a aussi pour avantage de faire voir que la *compliance* participe de la gestion du risque d'entreprise et que ce qui est en jeu, à travers elle, est également la préservation de la réputation et de l'image de l'entreprise ■

L'ARSENAL JURIDIQUE AMÉRICAIN



Marion LEBLANC-WOHRER

Consultante

Les Etats-Unis ont développé depuis les années 1970 un vaste arsenal juridique visant à moraliser les affaires et réguler les pratiques de leurs entreprises, notamment dans le domaine de la corruption. Cette politique a été renforcée après les attentats du 11 septembre 2001, les services fédéraux considérant les flux illégaux comme une source majeure du financement du terrorisme. Conséquence de la globalisation des échanges et de l'internationalisation des entreprises, cet arsenal permet de réguler non seulement leurs propres entreprises, mais également les entreprises étrangères dès lors qu'un lien entre leurs activités et le territoire américain peut être déterminé. C'est l'élargissement de ces liens qui permet aujourd'hui aux Etats-Unis d'appliquer une véritable politique juridique extérieure – sans regard pour les frontières et les législations locales.

Un arsenal développé

De nombreux autres textes contiennent des dispositions susceptibles d'être appliquées à des entreprises étrangères :

1. Le Patriot Act, adopté après le 11 septembre 2001, et modifié par le Freedom Act du 2 juin 2015 ;
2. La loi dite Dodd-Frank de régulation des marchés financiers américains (le Wall Street Reform and Consumer Protection Act), promulguée le 21 juillet 2010 ;
3. Le droit américain de la concurrence, édicté par le Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) de 1982 ;
4. Le système de contrôle des exportations américaines qui repose sur deux textes principaux : la Réglementation des transferts internationaux d'armes (Traffic in Arms Regulations, ITAR) de 1976 et la Réglementation sur l'administration des exportations (Export Administration Regulations, EAR) ;

5. Le droit boursier américain avec la loi Sarbanes-Oxley (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act) adoptée en juillet 2002 après les scandales Enron et Worldcom ;
6. Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), adopté en 2010 suite à plusieurs scandales d'évasion fiscale, et qui impose à l'ensemble des institutions financières étrangères de communiquer à l'administration fiscale américaine des informations relatives aux comptes détenus à l'étranger par des personnes américaines, y compris par les Américains « accidentels »¹.
7. Deux dispositifs touchent plus particulièrement les entreprises étrangères : Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) qui vise à poursuivre les faits de corruption, et les programmes de sanctions, qu'ils soient établis à l'égard d'Etats ou de personnes, supervisés par le Bureau de contrôle des biens étrangers (Office of Foreign Assets Control, OFAC)

Le FCPA est le texte le plus emblématique, par le nombre d'entreprises étrangères sanctionnées depuis son entrée en vigueur. Adopté en 1977, le FCPA sanctionne la corruption d'agents publics étrangers par une personne ayant un lien de rattachement avec les Etats-Unis. La définition de ce lien est évidemment cruciale. La législation désigne trois catégories de personnes ou entités :

1. Les « préoccupations domestiques » (domestic concerns) sont les résidents et citoyens américains, même lorsqu'ils ne se trouvent pas sur le territoire américain, les sociétés constituées aux Etats Unis, leurs succursales (branches) et leurs filiales (subsidiaries) à l'étranger, bien qu'elles aient une autre nationalité.
2. Les émetteurs de titres (issuers), parmi lesquels figurent les entreprises dont les titres sont cotés sur les

(1) Les Américains « accidentels » sont les personnes nées aux Etats-Unis, mais ayant une autre nationalité. Elles sont considérées comme américaines par le fisc américain.

marchés financiers aux États-Unis et celles soumises à certaines obligations de déclaration vis-à-vis de la Securities and Exchange Commission (SEC), quels que soient leur nationalité, leur forme sociale ou le lieu de leur incorporation ou siège social. Quatre entreprises françaises ont été poursuivies par le Département de la Justice (DoJ) au titre de la loi FCPA pour avoir été émettrices de titres au moment des faits reprochés : Alcatel-Lucent, Alstom, Technip et Total.

3. Enfin, toute personne physique ou morale ayant commis un acte de corruption à l'étranger alors qu'un lien de rattachement peut être établi avec le territoire américain (« within the territory of the United States »). Peuvent être ainsi concernés un appel téléphonique ou un message électronique effectué depuis ou vers le territoire américain, l'utilisation de serveurs informatiques stockant des données aux États-Unis, ou les effets de commerce tels que l'utilisation de la poste américaine.

En 1998, les États-Unis ont étendu l'application du FCPA aux entreprises étrangères. Depuis cette date, toute entreprise « domestic concern » ou « issuer » se rendant coupable de corruption à l'étranger peut être poursuivie par le Département de la Justice américain, même sans lien de rattachement au territoire. Il en va de même pour les personnes physiques et morales étrangères commettant un acte de corruption à l'étranger.

Au-delà des textes, l'application du droit américain en termes d'anti-corruption est surtout mise en œuvre par les autorités américaines par le truchement des accords transactionnels (deals) conclus entre les entreprises et le Département de la Justice (DoJ)². En effet, la plupart des poursuites engagées par le DoJ sont réglées *via* des procédures transactionnelles et non par la voie judiciaire, considérée comme excessivement coûteuse et risquée. Ce choix a été généralisé après la faillite d'Arthur Andersen, condamné pénalement suite au scandale Enron en 2002. Les sociétés étrangères préfèrent ainsi coopérer et transiger plutôt que courir le risque d'un procès. Avec un Deferred Prosecution Agreement, (DPA), une personne physique ou morale se soumet à un certain nombre d'obligations en contrepartie de l'abandon des poursuites à son encontre. L'entreprise qui conclut un DPA peut discuter des points précis (les montants en question, par exemple), mais ne peut débattre sur le fond, c'est-à-dire sur la compétence des autorités américaines à entamer ces poursuites. Si le DPA permet donc d'éviter une procédure longue débouchant sur un procès à l'issue incertaine, elle soumet l'entreprise au procureur relevant du DoJ, et non au juge judiciaire, qui reste ainsi peu présent dans la procédure.

Par ailleurs, la procédure est particulièrement intrusive. Un DPA doit permettre de s'assurer que l'entreprise incriminée

ne commettra plus d'infractions, et qu'elle adopte des mesures de mise en conformité. Les obligations imposées aux sociétés peuvent aller jusqu'à la réorganisation interne, et au licenciement de certains des dirigeants. Le plan de remédiation est appliqué en présence d'un moniteur externe pour une durée variable. Celui-ci, principalement français dans les dernières affaires mais cela n'a pas toujours été le cas, est chargé de s'assurer de la mise en œuvre effective des mesures. Le moniteur a accès à toutes les informations qu'il souhaite dans la limite de son mandat, sous réserve, en principe, des restrictions légales (telles que le secret professionnel des avocats ou la loi de blocage de 1968). Par ailleurs, le moniteur rédige un rapport envoyé aux autorités américaines. Celui-ci est normalement visé par le SISSE, service du Ministère de l'Economie français, puis transmis par le canal de l'administration française (ce qui n'a pas été systématiquement fait à ce jour). La présence du moniteur externe, et le transfert de données sensibles aux Américains a pu conduire certains à parler d'espionnage industriel. D'autant que limiter l'accès à certaines données peut s'avérer impossible si leur gestion n'a pas été organisée en amont par l'entreprise (stockage des données, archivage des emails...).

Enfin, les conséquences pour une entreprise poursuivie par les autorités américaines sont immenses : en termes financiers d'abord, puisqu'en général, le coût de la procédure double le montant de l'amende. Mais aussi en termes de cours de bourse, de perte d'activité (dépréciation des actifs, déstabilisation du management, exclusion des appels d'offre proposés par les organismes multilatéraux, fermeture du marché américain), de réputation, voire de pérennité.

Les sanctions appliquées par l'OFAC

Les programmes de sanctions américains ont été multipliés dans les vingt dernières années et sont régis par dizaines de lois et d'ordonnances. Certains embargos sont géographiques (Corée du Nord, Soudan, Syrie, Cuba, Iran, Venezuela, Russie), d'autres sont spécifiques (terrorisme, trafic de drogues, vente d'armes). Les dispositions de chaque programme peuvent être trouvées sur le site de l'OFAC. Par ailleurs, l'OFAC liste les personnalités avec lesquelles toute transaction à destination et en provenance des États-Unis ou en transit aux États-Unis est interdite. La liste des « Nationaux spécifiquement désignés et des personnes bloquées » (Specially Designated Nationals and blocked persons, SDN) inclut environ 5 500 noms et fait l'objet d'une révision toutes les deux semaines.

En 2017, l'OFAC gérait 27 programmes de sanctions économiques. L'OFAC peut poursuivre les entreprises pour violation des embargos selon un ensemble de critères qui varient selon les programmes. Le premier critère est celui

(2) Antoine GARAPON, Pierre SERVAN-SCHREIBER, *Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 16 octobre 2013.

de la nationalité : les sanctions s'appliquent aux « personnes américaines » définies largement, c'est-à-dire les entités américaines, leurs filiales et succursales étrangères, toute succursale ou filiale américaine d'une entité étrangère, tout citoyen américain (y compris les binationaux et les détenteurs de carte verte) et tout administrateur, dirigeant ou employé non-américain lorsqu'il se trouve aux États-Unis.

L'OFAC a ainsi développé une interprétation très souple des liens, étendant ainsi ses pouvoirs de juridiction en dehors des frontières. Ainsi, une société non américaine peut être poursuivie pour avoir exporté des biens définis comme américains dans le cadre de la réglementation de contrôle des exportations à un pays sous sanction, pour avoir utilisé directement ou indirectement le dollar, ou lorsque l'action a été effectuée depuis le territoire américain (lors d'une réunion de travail sur le territoire américain par exemple).

L'utilisation du dollar est le lien le plus contesté par les pays européens. Les autorités américaines considèrent en effet que tout paiement en dollars doit impérativement être traité, de manière directe ou indirecte, par des infrastructures du marché financier ou des banques de compensation aux États-Unis. Lorsqu'une banque non américaine exécute un paiement en dollars pour le compte de clients où que ce soit dans le monde, elle doit bénéficier d'un accès direct ou indirect aux processus de compensation et de règlement

(clearing and settlement) américains. Une connexion directe est possible si la banque dispose d'une filiale aux États-Unis, laquelle peut participer directement aux infrastructures du marché financier (Fedwire par exemple). Mais la connexion est plus souvent indirecte. La banque étrangère utilise alors les services de banques correspondantes et de banques dépositaires américaines, qui sont elles-mêmes connectées aux processus de compensation et de règlement américains.

Quatre textes peuvent être qualifiés de purement extraterritoriaux, c'est-à-dire s'appliquant en l'absence de tout rattachement. Il s'agit de la loi CISADA à propos de l'Iran ; la « Loi pour contrer les adversaires de l'Amérique au travers de sanction » (Countering America's Adversaries through Sanctions Act) visant la Russie, l'Iran et la Corée du Nord ; le régime de sanctions contre le Venezuela ; et le règlement de 2014 sur la Crimée. Ces quatre textes, qui appliquent des sanctions dites « secondaires », s'appliquent également à toute personne en lien avec des personnes figurant sur les listes SDN en dehors de tout lien de rattachement avec les États-Unis.

La question des embargos unilatéraux reste la plus complexe à naviguer pour les entreprises françaises, comme le montre les réactions après le retrait des États-Unis de l'accord nucléaire sur l'Iran ■

Du même auteur

Comply or die? Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis, Potomac Paper, No. 34, March 2018

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 entraînèrent 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

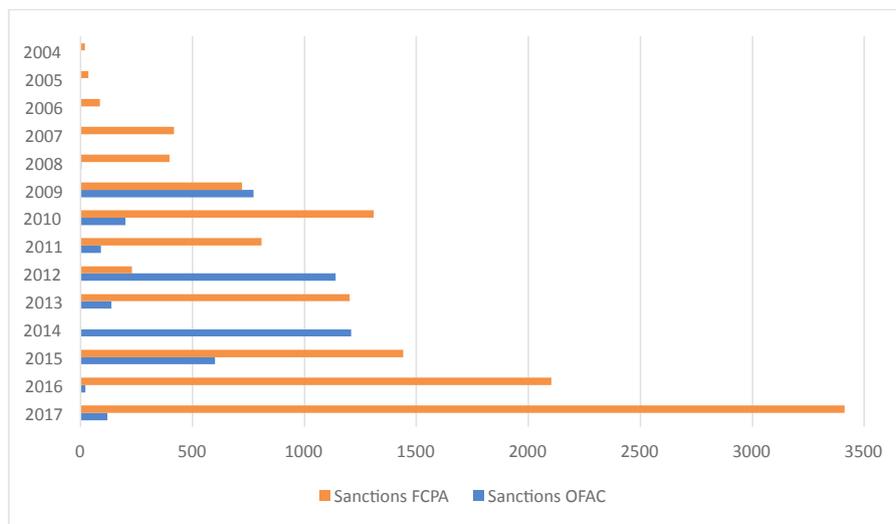
Cet écosystème et les réglementations qui en découlent impactent sur l'étranger, entreprises et Etats à plusieurs titres. D'une part, parce que les Etats-Unis poussent à l'adoption de textes internationaux et la mise à niveau des réglementations de ses partenaires. Cela a été le cas par exemple avec 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

ENTREPRISES FRANÇAISES ET LUTTE ANTICORRUPTION : RETOUR SUR UN ÉCHEC

Stéphane BONIFASSI

Avocat au barreau de Paris

Introduction

En 2000, quelque temps après la transposition en droit français de la Convention de l'OCDE sur la corruption internationale, j'avais été amené à faire une formation sur les nouvelles dispositions destinée notamment à des juristes d'entreprise, mais aussi à des avocats. Ce jour-là, je n'avais pas pu finir ma présentation. L'idée, même pour des juristes, que l'on puisse incriminer le versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers était un véritable anathème et il m'était reproché de ne pas comprendre la manière dont on faisait les affaires dans certains pays.

J'avais beau tenter de dire que ce n'était pas à moi qu'il fallait faire ces reproches, mais au législateur qui avait mis en place ces dispositions, rien n'y fit et je faillis partir avec les plumes et le goudron.

Ce que disait la loi n'avait, aux yeux de ces juristes, aucune importance. Il était clair que l'information selon laquelle de nouvelles dispositions existaient n'allait pas être prise en compte ni relayée et les entreprises françaises allaient continuer à faire leurs affaires de la manière dont elles les avaient toujours faites.

Et bien que leurs homologues anglaises ou allemandes neussent certainement pas de leçons à donner, la manière de faire des affaires par le truchement du versement de pots-de-vin à l'étranger, étant largement partagée et à l'origine de bien des succès à l'exportation, elles ont probablement été plus rapides à comprendre le changement de paradigme que la Convention de l'OCDE mettait en place.

20 ans plus tard, il faut bien constater que la mauvaise appréhension des risques par les entreprises et par la communauté juridique française est à l'origine d'un revers majeur pour nos entreprises qui figurent en bonne place sur

la liste des entreprises les plus fortement sanctionnées aux Etats-Unis en matière de corruption internationale.

Si l'on ajoute à la lutte anticorruption, le secteur parallèle, même si très discutable, des sanctions économiques, la France, avec les sanctions qui ont frappé la BNP, doit être sur la première place du podium. A cet égard, cette affaire est exemplaire d'une mauvaise appréciation des risques, la BNP n'ayant d'abord pas, puis très insuffisamment provisionné le risque dans ses comptes. Cette affaire et l'affaire Alstom ont été emblématiques de la mauvaise appréciation du fonctionnement des autorités de poursuite américaines.

Partialité et extraterritorialité américaines

Face à cette situation, une partie du monde politique, du monde juridique et du monde des affaires français s'est plaint d'une partialité et d'une extraterritorialité de la justice américaine.

Extraterritorialité

En ce qui concerne l'extraterritorialité américaine en matière de corruption internationale, il me semble que la critique n'est pas légitime. Dès lors que nous avons apposé notre signature sur la Convention de l'OCDE, nous avons accepté de lutter contre la corruption internationale, un phénomène qui a été considéré par nous, à ce moment-là, comme répréhensible. Or, force est de constater que jusqu'à présent la justice française (avec quelques exceptions depuis l'adoption de la loi Sapin II) a été incapable de sanctionner de manière significative des agissements de corruption internationale. Les critiques de l'OCDE dans le cadre du mécanisme d'évaluation de l'application de la Convention

ont été sévères avec la justice française (même si la France n'était bien évidemment pas seule dans ce cas). Et dès lors, reprocher aux Américains de condamner des entreprises françaises dont les agissements étaient critiquables au regard de la Convention de l'OCDE, alors que la justice française en était radicalement incapable, est difficilement recevable. Mais surtout, ces critiques sont inaudibles pour les Américains qui rétorquent que ce sujet pourra être abordé quand la France se sera mise au niveau pour poursuivre efficacement de tels agissements.

Si le terrain de la corruption internationale n'est pas celui qui est adéquat pour critiquer l'extraterritorialité de la justice américaine, la critique a plus de sens en ce qui concerne les sanctions économiques. En effet, on peut considérer que la justice américaine tente ainsi d'imposer la politique extérieure des Etats-Unis et il est intéressant de constater une tentative de réaction au niveau européen. Mais, quelle que soit la critique que l'on peut faire à ce sujet, cela ne nous dispense pas d'analyser avec précision le risque, ce que d'ailleurs les sociétés françaises, alertées par l'affaire BNP, semblent aujourd'hui avoir compris.

Partialité

En ce qui concerne la question de la partialité de la justice américaine à l'encontre des entreprises européennes et particulièrement des entreprises françaises, elle n'a rien de flagrant. Les procureurs américains et ceux qui sont devenus par la suite avocats dans des grands cabinets américains en défense, indiquent tous qu'il n'y a aucune partialité à l'encontre des entreprises européennes de la part du Department of Justice américain (le « DOJ »). Et sans avoir à les croire sur parole, une analyse des sanctions prononcées ne semblent pas concluante dans un sens ou dans un autre.

On peut faire plusieurs observations :

Tout d'abord, les entreprises américaines étaient soumises à une législation de lutte contre la corruption internationale depuis 1977. Cela faisait donc longtemps qu'elles étaient familiarisées avec le sujet et leur *compliance* était prête lorsque la Convention de l'OCDE est entrée en vigueur (ce qui ne veut bien évidemment pas dire qu'elles sont irréprochables).

De plus, les entreprises américaines sont habituées à l'extrême sévérité des autorités de poursuite en matière de droit pénal des affaires (contrairement à ce qui se pratique en France). A cet égard, on peut rappeler qu'Arthur Andersen a purement et simplement disparu à la suite d'accusations dans le cadre de l'affaire Enron, cabinet d'audit qui employait pourtant des dizaines de milliers d'employés. Jeffrey Skilling, l'ancien PDG d'Enron, a été condamné à 24 ans de prison, finalement ramenés à 14 ans à la suite d'un accord avec les procureurs américains sur la confiscation de ses avoirs. 24 ans ou 14 ans de prison sont des peines inconnues en droit pénal des affaires français.

Plus récemment, rappelons que JP Morgan a accepté de payer 13 milliards de dollars au titre de diverses sanctions financières pour des infractions commises dans l'affaire des subprimes. Etre un fleuron de l'économie américaine n'est pas un gage de protection aux Etats-Unis. Et ça, les entreprises américaines le savent et sont depuis toujours obligées d'en tenir compte.

Et c'est parce que la justice américaine sait être sévère avec les siens qu'elle peut se permettre d'être sévère avec les étrangers. Et c'est pour ça qu'elle prête difficilement le flan à l'accusation de partialité.

En conclusion sur ce point, on ne saurait exclure, même s'il n'est pas conscient, un biais en défaveur des sociétés européennes de la part des autorités américaines. Il n'est pas flagrant. Et il s'inscrirait dans une politique pénale ferme à l'encontre de tous les acteurs économiques, américains ou non, en des domaines jugés comme centraux par le DOJ tels que la lutte contre la corruption internationale.

Comment les entreprises françaises en sont-elles arrivées là ?

La réaction des juristes que j'ai relatée dans l'introduction n'aurait pas été absurde dès lors que l'on aurait regardé les choses d'un point de vue strictement français. La justice française comparée à d'autres justices est dans l'ensemble clémentine en matière de droit pénal des affaires, et en tout cas clémentine à l'encontre des entreprises françaises emblématiques et de leurs dirigeants. Dès lors, en l'absence de pression internationale et notamment américaine, il y a fort à parier que les dispositions sur la corruption internationale seraient restées lettre morte en France ; elles l'ont d'ailleurs été jusqu'à l'adoption de la Loi Sapin II. Et la lutte contre la corruption internationale aurait attendu.

Cette illusion de protection donnée par la clémence de la justice française a pu être renforcée par la loi de blocage française (Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968) dont la légitimité pourrait être débattue. Le problème, c'est que la lutte contre la corruption, au même titre quelques années plus tôt que la lutte contre les atteintes à la concurrence ou la lutte contre le blanchiment, est devenue incontournable et que les Etats-Unis ont décidé de faire en sorte qu'elle soit effectivement menée.

Malheureusement, les entreprises françaises et les juristes qui les conseillaient ne l'ont pas compris. Les entreprises françaises ont continué leurs pratiques, mis en place une *compliance* insuffisante ou l'ont contournée et lorsqu'elles ont été attrapées par la justice américaine, elles ont pensé avec leurs avocats que ces affaires pouvaient se traiter comme elles se traitaient en France. Dans notre culture de l'entre-soi, il n'est pas d'exemple de sanctions véritablement significatives contre des fleurons français ou contre leurs dirigeants. Le réveil fut cruel et la prise de conscience tardive.

Et des sociétés françaises majeures se trouvent encore aux prises de la justice américaine mais aussi, maintenant, de la justice anglaise pour des affaires significatives.

La Loi Sapin II est le résultat d'une prise de conscience salutaire, mais cette prise de conscience arrive bien tard, même si c'est incontestablement un pas dans la bonne direction.

Comment faire pour que la France redevienne un acteur sur ces sujets ?

Le paradigme de la lutte contre la corruption internationale est maintenant partagé par un grand nombre d'acteurs. Les Etats-Unis ont longtemps été seuls ; ils sont maintenant rejoints par l'Angleterre et par l'Allemagne, notamment. On voit d'ailleurs les entreprises françaises aux prises avec les autorités de poursuite anglaises.

Il n'est pas à exclure que d'autres pays montent en puissance et demain, ce sont d'autres autorités de poursuite (Brésil, Chine, ... ?) qui demanderont des comptes aux entreprises françaises.

Il serait dès lors légitime que les autorités de poursuite françaises puissent jouer ce même rôle au cas où les entreprises étrangères, et alors qu'il existerait un lien avec la France, ne respecteraient pas les dispositions anti-corruption. Mais, pour que cela soit possible, deux conditions devront être remplies :

- d'une part, il faudra que les autorités de poursuite françaises soient capables de poursuivre les entreprises françaises de manière significative et que ces autorités de poursuite obtiennent des juges que des condamnations sévères soient prononcées. Il faut donc que les procureurs en charge de ces questions soient conscients de leur rôle et les prennent à bras le corps dans le cadre d'une politique pénale clairement définie et mise en pratique de manière efficace et impartiale.

De ce point de vue, la création du Parquet national financier est une bonne chose. En regroupant des procureurs se spécialisant dans ces matières, on commence à voir une évolution positive en ce sens. Encore faut-il que l'on continue à lui accorder les moyens nécessaires. De ce point de vue, le choix qui semble être fait de faire monter en puissance l'Agence anti-corruption plutôt que le Parquet national financier, peut être discuté.

- d'autre part, pour que cette montée en puissance des autorités de poursuite soit possible, il faudra que la justice soit considérée comme un acteur pertinent dans la régulation du monde des affaires. Aujourd'hui c'est l'administration qui s'en charge avec les risques d'entre-soi déjà évoqués. Dans notre pays, la justice est considérée comme insuffisamment crédible pour s'en occuper ; pour que cela change, il faudrait une véritable révolution intellectuelle dont il n'est pas sûr qu'elle puisse se produire. En effet, la justice de notre pays n'inspire pas la confiance nécessaire pour qu'elle puisse jouer ce rôle. Pour que cette confiance soit établie, il faudrait une amélioration de la qualité des décisions rendues. Je considère que la comparaison avec la justice anglaise ou américaine mais également allemande, hollandaise ou suisse n'est pas en faveur de la France.

Il faudrait aussi que les décisions en matière pénale soient considérées comme justes pour pouvoir être acceptées, même en cas de peine sévère. La trop grande proximité des juges avec les procureurs, proximité institutionnalisée par l'unicité du corps de la magistrature, me semble être un obstacle à une telle acceptation. Une justice dont la balance penche de manière institutionnelle en faveur de l'accusation ne peut inspirer la confiance nécessaire à une montée en puissance dans les domaines économiques et financiers. Aujourd'hui, la justice, considérée comme partielle, imprécise et aléatoire, ne peut se faire accepter par le monde économique qu'en se montrant excessivement clément ■

JOUER DE NOS ATOUTS SANS TIMIDITÉ DANS UN CONTEXTE ÉCONOMIQUE RÉGI PAR LES RÈGLES DE LA *COMPLIANCE* ET DE LA COMMUNICATION STRATÉGIQUE



Stéphanie LHOMME

Directrice du Département Investigations, Compliance et Intelligence Stratégique
Pays Francophones, FTI Consulting

Le commerce international ne se résume pas à une simple équation offre-demande. La mondialisation extrême a redonné du sens aux politiques économiques et, in fine, aux guerres économiques. Les armes les plus efficaces sont l'information et la communication. Dans ce format de conflit, il n'est plus question de géographie et de temporalité, de déclaration officielle d'hostilités ou même d'adversaire identifié. Les cibles sont commerciales, scientifiques et techniques, industrielles et financières. La guerre économique est avérée, et indéniablement efficace lorsque l'information est acquise, analysée, maîtrisée et utilisée pour des objectifs stratégiquement définis.

Les Etats anglo-saxons, comme leur secteur privé, maîtrisent cet art, qu'ils exercent suivant des modes opératoires bien institués et une culture ancrée de l'Intelligence au sens noble et originel du terme, à savoir l'information au service de la décision stratégique. Une autre façon de voir les choses est de dire qu'ils sont opportunistes et savent utiliser les outils à leur disposition (notamment le droit). Leur domination est cependant remise en cause par la Chine. Les tactiques utilisées par cette dernière diffèrent et servent une culture fondamentalement différente et surtout une vision long-terme de leurs choix stratégiques.

Quid de la France et de ses partenaires européens ? Sommes-nous trop timides, Etat comme entreprises, pour oser nous mêler à ces guerres économiques avec une chance

d'en sortir gagnant (ou moins perdant) ? De quels outils disposons-nous, et surtout comment faire évoluer cultures et mentalités pour que communication, information, influence, intelligence, renseignement et conformité soient réhabilités en pratiques nobles et nous procurent enfin des avantages compétitifs ?

Les évolutions récentes, tant au niveau de l'Etat que dans la sphère privée sont positives, mais faire évoluer les consciences prendra du temps.

La guerre économique est avérée et indéniablement efficace

La guerre économique n'a pas été déclarée hier

On se gardera de confondre guerre et espionnage économique. L'espionnage économique n'est qu'une arme de la guerre économique, tout comme peuvent l'être la prise de participation ou le rachat d'une entreprise jugée d'enjeu national ou encore les stratégies d'influence, vitales dans les échanges internationaux pour s'assurer de la neutralité voire de la bienveillance des régulateurs et autorités dans les marchés visés.

Si depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale la guerre militaire directe entre les grands Etats a cédé le pas à

une lutte économique et technologique, les objectifs, eux, sont restés les mêmes : prendre l'ascendant sur l'adversaire afin d'étendre sa sphère d'influence et de contrôler sources d'approvisionnement stratégique et voies de communication. Au premier rang des moyens employés dans ce type de conflits figure l'intelligence économique, outil protéiforme articulant toute une série d'activités : collecte et analyse d'informations, veille de la concurrence, protection des données stratégiques, et capitalisation des connaissances en vue de contrôler et d'influencer l'environnement économique. L'intelligence économique est une arme puissante, longtemps considérée comme l'apanage des nations mais dont se sont aussi saisies les grandes multinationales qui utilisent l'information stratégique comme une arme pour maîtriser la concurrence et assurer leur sécurité économique.

Les Etats-Unis considèrent ces matières comme des outils nobles, et ne se font aucun scrupule à en user, là où l'Europe, et en particulier la France, y associe une connotation relativement négative. Ils auraient pourtant tort de s'en priver. La guerre économique n'est pas juste une phase, elle devient la norme. De plus en plus d'acteurs s'engagent sur ce chemin et mobilisent des outils inédits pour peser dans la compétition internationale (au premier rang desquels figurent la Chine, la Russie, l'Iran, le Brésil ou la Turquie). L'adoption de techniques dites agressives de prise de position dominante semble relever, pour ces acteurs publics comme privés, d'une dialectique de la puissance qui ne nous est pas familière (à quelques exceptions), et qui repose sur un principe : si la conquête du marché permet d'accéder à la puissance, tout est permis. L'Europe a trop souvent une position dogmatique sur les questions de concurrence libre et faussée.

Les modes opératoires anglo-saxons

Malgré les quelques différences qui existent entre les approches américaine et britannique, pour de nombreuses entreprises anglo-saxonnes, *compliance* (ou conformité) et intelligence stratégique et économique n'ont jamais été abordées en silo. L'approche est intégrale, et intégrée.

L'arsenal juridique dont les conformités

Dans ces cultures « légalistes », la *compliance* est utilisée comme un outil. Elle est décidée et non subie, stratégique et non vue comme un simple coût ou une simple fonction administrative. Elle est utilisée dans une démarche active, afin d'obtenir un avantage concurrentiel et d'imposer un désavantage compétitif à la concurrence. Ainsi les entreprises anglo-saxonnes, et notamment américaines, excellent dans l'art d'identifier les faiblesses et vulnérabilités de leurs concurrents en mobilisant tous les pans de l'*Intelligence* pour ensuite attaquer celles-ci dans leurs phases les plus vulnérables, par exemple lorsqu'elles sont affaiblies par des investigations diverses.

Evitons cependant ici de tomber encore une fois et inutilement dans les théories conspirationnistes. Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)¹ n'a pas été conçu pour être un outil de guerre économique au service des entreprises américaines dont certaines au demeurant ont été épinglées et sanctionnées par le DoJ et il faut cesser de croire que le gouvernement fédéral a une action directe sur la stratégie des entreprises ou sur les décisions des procureurs. En revanche, cette loi est l'une des composantes d'un ordre juridico-économique supranational que les Etats-Unis imposent pour le moment avec un certain succès au reste du monde en jouant sur la prééminence du dollar et sur leur avance dans la maîtrise des « autoroutes de l'information ».

Face à ce contexte imposé par les autorités fédérales et exploité par les entreprises américaines, la réaction européenne s'est révélée timorée et désorganisée. Le marché américain est certes important pour l'Europe mais les Etats de l'Union Européenne ont clairement manqué pendant longtemps de proactivité et de capacité de décision face à cela, quand ils n'ont pas fait passer d'autres considérations au premier plan comme le besoin de conserver le parapluie de protection américain contre le nouvel expansionnisme russe.

En France, une succession d'épisodes traumatisant économiquement (Alstom, BNP Paribas, Technip et bien d'autres) ont suscité des réactions critiques vis-à-vis du mode opératoire des Etats-Unis. Il y a certes à dire sur le sujet mais il est aussi temps de changer de prisme et de considérer la posture américaine et les moyens mis en œuvre avec intérêt afin de mettre en œuvre une stratégie susceptible d'atténuer les effets négatifs de la situation actuelle voire d'en tirer parti.

La communication stratégique

Les analystes et universitaires américains John Arquilla et David Ronfeldt, grands pontifes du *soft power* américain prêchent que la nation qui gagnera les conflits de demain ne sera pas celle qui aura développé la bombe la plus puissante, mais celle qui racontera la meilleure histoire. Entendue comme une composante de l'*Intelligence*, la « communication stratégique » est essentielle. Définie comme le contrôle de tout ce qui est ou peut être de l'information, elle a pour but de standardiser les pratiques, standards et régulations internationales sur le modèle américain (les autorités américaines n'ont-elles pas « formé » les autorités brésiliennes ou marocaines sur les lois anti-corruption ? Bel outil d'influence que d'avoir ainsi des lois plus proches du système juridique anglo-saxon que de tout autre) avec l'objectif de placer les organes décisionnaires sous leur contrôle.

Au-delà de cette stratégie d'influence de longue haleine, les Etats-Unis jouent aussi sur la globalisation et la rapidité

(1) Loi anti-corruption américaine

accrue de la transmission de l'information pour, en tant que de besoin, manipuler l'opinion publique internationale afin d'emmener leurs alliés dans une direction donnée. L'intervention en Irak décidée par George W. Bush sur de l'information manipulée a mis en lumière les conséquences potentielles de ces processus de désinformation institutionnalisés. La domination de l'information et sa maîtrise sont une priorité absolue de la stratégie globale américaine.

Au-delà de l'Etat, la communication stratégique est aussi un enjeu pour les entreprises et les groupes de pression. Grâce à la démocratisation d'Internet, la société civile, particulièrement sensible aux enjeux de responsabilité sociale (environnement, santé, sûreté et sécurité, libertés individuelles, égalités, etc.), s'informe plus facilement sur les sujets d'éthique. L'agrégation de commentaires, de messages et d'informations relayés dans les médias et réseaux sociaux sont autant d'armes qui permettent de déstabiliser, de manière efficace, la réputation des grands groupes et leur stabilité financière. Il faut également bien choisir sa ou ses cibles : s'en prendre à un adversaire qui n'est pas légitime sur le plan moral, mais dont la célébrité est incontestable, aura un impact fort et sera plus facilement escaladé dans les médias.

On s'assurera cependant de distinguer la production d'information destinée à orienter et influencer des règles, de la désinformation, qui n'est ni plus ni moins qu'une manipulation et une déformation d'informations aux fins de discréditer un adversaire. Cette dernière méthode de communication, apparentée à de la « guerre psychologique » est la plus sophistiquée, et finalement la moins connue et développée en France – y compris chez les militaires. Elle s'appuie sur plusieurs éléments : désinformation, propagande, interdiction et est souvent dirigée vers l'opinion publique pour la conditionner ou la manipuler. Elle ne peut être improvisée car elle doit reposer sur des structures opérationnelles organisées par des experts.

Les usages de l'information et de la communication ont mué et ont révolutionné nos méthodologies de 'formatage' de l'opinion ; faire et défaire une réputation est immédiat ; tous et chacun a aujourd'hui une capacité de nuisance réputationnelle. Grâce à la puissance des réseaux sociaux, tout individu est aujourd'hui un média potentiel. Les entreprises aux Etats-Unis ont totalement intégré ce nouvel environnement et savent en jouer en utilisant à bon escient l'*Intelligence* recueillie sur leurs concurrents et en prenant l'aspect communication en compte dès l'éclatement d'une crise pouvant les impacter.

Les entreprises européennes devraient s'inspirer de ce qui fait la force de la communication américaine et l'utiliser comme un outil anticoncurrentiel actif à part entière.

Les Etats-Unis face à la Chine dans « l'art de la guerre » économique

Pour les diplomates américains, Robert Blackwill et Jennifer M. Harris, les Etats-Unis arrivent toutefois à la fin d'un cycle qui les a vus établir et dominer des règles du commerce international depuis 60 ans, et dans lequel, à l'heure où une concurrence dérégulée s'accroît, ils s'y retrouvent à l'étroit face à certains concurrents qui ont appris à utiliser les failles du système (« War by other means »).

S'il est indéniable que les Etats-Unis dominent encore la scène internationale sur le plan militaire, la situation est plus compliquée sur le plan économique. Au niveau intérieur, la pression de certains pays, et notamment la Chine, sur l'emploi industriel est parfois insoutenable. A cet égard, la relance de certains secteurs sinistrés passera, pour Trump, par la restructuration et la redéfinition des relations bilatérales avec Pékin afin d'éviter, peut-être, la fameuse « Death by China » prédite par l'actuel Directeur du Conseil Commercial à la maison blanche, Peter Navarro. Sur le plan de la propriété industrielle, aussi, la menace est patente ; le représentant du commerce américain Robert Lighthizer a ainsi publié, en ce début d'année, les résultats d'une enquête menée durant plus d'un mois qui confirme ce que les universitaires et le secteur privé ont pointé depuis longtemps : les pratiques chinoises illicites auraient coûté 50 milliards de dollars par an à l'économie américaine ; la perte de propriété intellectuelle résultant de certaines de ces pratiques est chiffrée entre 225 et 600 milliards par an.

En mars 2018, Donald Trump annonçait ouvertement vouloir contrer la Chine dans ce qu'il estimait être une guerre économique dont les Etats-Unis auraient perdu la maîtrise des règles et des armes. La méthode est toute trouvée. Le Président américain a à sa disposition un arsenal étendu de mesures et de moyens : outils d'intelligence économique arrivés à pleine maturité, sanctions, tarifs douaniers et quotas, limitations d'accès aux marchés et renégociation des traités... autant de leviers que Trump a commencé et continuera à activer. Priorité est faite pour l'administration Trump d'empêcher les entités étatiques chinoises, proches de l'Etat et du Parti Communiste de prendre le contrôle de la technologie américaine, en interdisant aux sociétés américaines de transférer leurs technologies à la Chine et en persuadant l'Europe d'en faire de même avec ses propres entreprises. La guerre économique voit donc émerger des décisions inédites. Il est ainsi prévu d'interdire l'acquisition par des étrangers de sociétés et d'industries critiques pour le pays sur le plan technologique, notamment de celles qui détiennent de la donnée sensible.

De toute évidence, la Chine ne se laissera pas faire. Elle a déjà, par le passé, donné un aperçu de sa force de frappe en matière de représailles économiques sur des Etats toutefois bien moins puissants que les Etats-Unis (Philippines, Norvège...) et souvent pour faire pression sur des dossiers d'ordre politique (ex. en 2013 avec les représailles anti-dumping sur le vin français et italien suite aux droits de douanes européens

sur les panneaux solaires). La Chine n'utilise pas uniquement des mesures économiques punitives : elle s'emploie aussi à soutenir des pays, comme le Venezuela par exemple, qui se trouvent en difficulté suite aux sanctions instituées par les Etats Unis, en leur octroyant des prêts.

Le puissant fond souverain chinois est utilisé là où la Chine aspire à créer des liens politiques. La « Soccer Stadium Diplomacy », qui consiste en la construction de stades et d'infrastructures sportives dans des pays d'Afrique, dont la Chine convoite les ressources naturelles, répond bien de cette nouvelle donne. La Chine s'est dotée d'un *soft power* à l'américaine, et se donne les moyens de peser économiquement. Reste que cette démarche n'est pas encore arrivée à maturité, et la Chine a dû essayer quelques ratés. Ainsi, elle a vu son projet de construction de chemin de fer littoral au Brésil menacé par l'instabilité récente du pays dans la vague du scandale Petrobras, tout comme au Venezuela. La Chine a néanmoins un avantage dans ce jeu : même les entreprises privées ont une stratégie long-terme et en phase avec celle de l'Etat ; le long-terme est de plus en plus rare dans le secteur privé américain ou européen. Rappelons aussi que la Chine finance une grande partie du développement des infrastructures en Afrique par le biais de prêts liés à l'emploi de sociétés chinoises pour réaliser les travaux. En revanche, les Chinois n'imposent pas le cadre de *compliance* à l'américaine, ce qui permet à certains pays de pouvoir trouver des financements là où les institutions de Bretton Woods et les pays occidentaux ne veulent plus aller.

La France dans ce jeu

Faire de la compliance un avantage concurrentiel plutôt que de la subir

Conformité et avantage compétitif

La conformité (ou *compliance*), entendue comme un moyen de constituer un avantage compétitif, est un sujet souvent mal perçu par le monde des affaires en France.

La dimension juridique de la question a bien été appréhendée, du moins par les grands groupes ; les entreprises évoluent désormais dans un environnement aux réglementations de plus en plus nombreuses et dont l'application est de plus en plus contrôlée. Au corpus de normes et de règles décidées au plan national s'ajoutent les directives européennes que les Etats membres doivent transposer en droit interne ainsi que les règles américaines qui, on l'a vu précédemment, affectent potentiellement des acteurs non américains du fait d'une définition extensive de leur territorialité (FCPA, sanctions OFAC, etc.).

Le coût de mise en conformité avec ces différentes règles est important et implique des arbitrages budgétaires au sein des organisations concernées. Les risques induits par une

situation de « non-conformité » sont devenus tellement importants (réputation, responsabilité civile et pénale des dirigeants, amendes calculées sur un pourcentage de chiffre d'affaires mondial...), que ce nouveau poste de dépense est de toute façon devenu nécessaire. Les entreprises, surtout dans les secteurs financier et industriel (en particulier médical et pharmaceutique), dépensent en moyenne 10 000 dollars par employé pour les sujets de *compliance*.

Cependant, en dépit de la hausse des dépenses de conformité, nombreux sont les échecs et faiblesses illustrés par les cas récents ou en cours (Rolls Royce, Airbus, HSBC...). La *compliance* ne peut être figée et se réduire à un système de procédures et de « check the box ». Elle doit être dynamique et efficiente pour, d'une part, servir son objectif premier (conformité aux lois et réglementations en vigueur, et par extension se prémunir du risque juridique) et, d'autre part, devenir un avantage compétitif avec un retour sur investissement. Il est à déplorer que, trop souvent encore, les entreprises ne réalisent que cette première dimension en se contentant de « conformance ».

La mise en conformité devrait être utilisée comme un outil stratégique non négligeable. L'estimation du « moment opportun » pour mettre en œuvre des mesures de *compliance* à portée concurrentielle ainsi que le calcul du niveau d'investissement optimal découlent idéalement d'une modélisation attentive des pratiques du secteur et de l'évolution des lois de l'économie et du droit. *In fine*, il s'agit de faire de la conformité un avantage stratégique basé sur un modèle de risques efficace (cette idée a été développée par Robert Bird et Stephen Park, deux professeurs de l'Université du Connecticut – UConn en juin 2016).

Il incombe d'être réaliste. Il est sans doute impossible pour un acteur privé d'être conforme « à 100 % » ou de ne pas l'être du tout. Dans ce domaine, de nombreuses zones grises demeurent et restent tributaires de la jurisprudence développée par les juges. Nombreux sont les cas d'entreprises en conformité avec les réglementations, jusqu'à ce qu'un événement survienne et que le juge décide qu'elles ne le sont plus (cf. le cas de Ford). Trouver l'équilibre entre conformité et risques acceptables est un autre arbitrage d'importance, et une veille sur l'adéquation des procédures internes aux évolutions des pratiques recommandables doit permettre de réagir rapidement à l'évolution de l'environnement juridique et d'innover dans l'application des normes applicables en conformité – sous peine de faire face à des déconvenues judiciaires et financières.

Créer de la valeur par la conformité et le développement durable et solidaire

Au sein des grandes entreprises américaines (notamment Barrick Gold Corp., Lock Marteen Corp. ou Astra Zeneca PLC), et, parfois, européennes (par exemple, Novartis AG), la tendance actuelle vise à combiner les fonctions de Risques Conformité avec la « RSE ».

Aux Etats-Unis, la prise de conscience que la conformité doit tenir un rôle transverse est réelle. Mieux protéger la réputation d'une entreprise et donc mieux gérer les risques, y compris par une anticipation plus efficace, passe par une approche coordonnée et intégrée. En France, on note encore trop souvent un fonctionnement fragmenté où chaque fonction afférant à la conformité tient encore son propre agenda, ce qui conduit *in fine* à des problèmes de gouvernance (« *Comment la loi Sapin II peut-elle être disruptive ?* » Stéphanie Lhomme - Septembre 2016). Il s'agirait ainsi de s'inspirer du mouvement d'intégration de ces fonctions et de noter que certains risques sont intrinsèquement liés. La corruption découle souvent, par exemple, de failles dans le respect des droits de l'homme, et il est ainsi pertinent d'approcher ces risques de façon intégrée.

Sur un plan fonctionnel aussi, des rapprochements peuvent se faire. Des entreprises intègrent la fonction Audit Interne avec la *Compliance* (c'est le cas, par exemple, de Lockheed Martin) car les programmes, les processus et les outils d'analyse (*data analytics*) ont beaucoup de points communs. De la même manière, Novartis a procédé au rapprochement en avril dernier de ses fonctions Conformité et Management des Risques pour s'assurer raisonnablement que les objectifs stratégiques du groupe pourraient être atteints, et ce malgré des changements constants de l'environnement. Une approche combinée Gestion de Risques/Développement Durable/RSE permet donc une maîtrise sur le plus long terme des risques et une meilleure résilience.

La conformité dans la gestion des données : un avantage concurrentiel certain

Ces derniers mois ont vu s'opérer une succession de bouleversements dans les législations régissant la gestion des données en ligne : Le Cloud Act de 2018, permettant aux autorités américaines de contraindre leurs fournisseurs de services cloud, les plus utilisés dans le monde, de fournir des données stockées sur leurs serveurs, y compris lorsqu'ils sont situés à l'étranger, le Règlement général européen sur la protection des données, activé en mai 2018, et la directive européenne de 2014 concernant les marchés d'instruments financiers (MIFID II) instaurant une communication plus transparente des données relatives aux activités de trading des acteurs européens.

Les questions sous-jacentes à ces nouvelles réglementations, parfois aux effets contradictoires comme le Cloud Act et le RGPD, sont complexes et ne sauraient trouver de réponse définitive, mais des tendances ressortent : les entreprises ont plus de responsabilités, et cela doit s'accompagner de plus de transparence. Celles-ci peuvent désormais être responsables et tenues coupables (*responsible and accountable for*).

Les législations sur les données entérinent le fait que la « data » est devenu le nouveau « pétrole ». Enjeu de conformité certes, mais aussi de grandes opportunités :

les entreprises qui seront capables d'utiliser au mieux ces données en respectant les lois avec agilité, transversalité et collaboration en interne auront un avantage concurrentiel certain.

Orange Bank devrait à ce titre, être citée en exemple. Filiale de l'entreprise de téléphonie Orange, elle s'est donnée l'objectif de conquérir 25 % du marché bancaire en ligne en France à terme. Jusqu'alors, les entreprises Telecom n'étaient pas considérées comme des concurrents du secteur bancaire, mais Orange a créé par là-même un changement disruptif : l'entreprise aura su utiliser et optimiser les données de ses clients dans le cadre réglementaire et légal, tout en utilisant la gouvernance de l'information pour innover et offrir une alternative compétitive.

L'approche par les vulnérabilités : changement de méthode, évolution des cultures

Vulnérabilités : quand les risques viennent de l'intérieur

Face à la multiplication des réglementations et des législations et aux risques accrus en matière de réputation et de responsabilité juridique, les entreprises se préparent à une remise en cause externe et focalisent leurs procédures en direction des observateurs extérieurs. Cependant, une menace n'aura d'impact que si elle rencontre une vulnérabilité au sein de l'entreprise. Or, les entreprises n'intègrent pas toujours l'aspect introspectif et négligent ainsi l'existence de « faiblesses » internes.

Il y a plusieurs raisons à cela. Quand on pense risque, on pense adversaire ou ennemi et donc attaque extérieure. Quand on pense faiblesse, en revanche, on sous-entend une responsabilité et une faille d'une fonction et de celui ou ceux qui en sont responsables et cela induit une remise en cause de ses propres erreurs, parfois intégrées de longue date à la culture de l'entreprise.

Pourtant, occulter ses vulnérabilités met l'entreprise en danger. La vulnérabilité est la véritable faille du système qui, face à un risque, amènera un dysfonctionnement dont les conséquences peuvent être dramatiques. Pour s'en prémunir, les entreprises ont tout autant intérêt à cartographier les risques externes que les faiblesses internes. Après tout, les proverbes chinois nous apprennent depuis longtemps que « connaître autrui est une science, se connaître soi-même c'est l'intelligence ». Connaître ses points faibles et ses propres points de rupture, tout ce qui peut nous fragiliser, est le seul moyen efficace de travailler sur sa résilience et *in fine* d'améliorer ses performances.

Tout comme le risque zéro n'existe pas, il faut aussi accepter une part de vulnérabilité pour gagner la compétition des marchés mais cela doit découler d'une décision consciente et non pas d'un refus de voir la réalité.

En contrepoint, savoir déceler faiblesses et vulnérabilités des concurrents par le biais de l'intelligence économique procure un avantage concurrentiel indéniable. Les Etats-Unis sont très habiles à identifier les failles de leurs adversaires et concurrents pour les exploiter ensuite en utilisant la menace ou l'outil juridique.

Le focus imposé depuis quelques années sur la conformité dans son sens strictement juridique n'a pas permis de renforcer la résilience des entreprises face à des chocs externes, faute de flexibilité. Or, l'agilité est un facteur clé de succès dans un environnement aux changements rapides, parfois brutaux. Il faut oser se remettre en cause en permanence : son organisation, sa structure, sa gouvernance et surtout surveiller les failles internes, les vulnérabilités qui relèvent souvent de la culture et de l'humain. La résistance ou la méfiance des collaborateurs face à un projet est une vulnérabilité classique, difficile à mesurer, et qui nécessite une action de long terme du management pour parvenir à convaincre et entraîner les équipes vers les évolutions nécessaires.

L'audit interne peut s'avérer un bon moyen d'évaluer les vulnérabilités, d'où la fusion de cette fonction avec la gestion de risques et la conformité dans certaines entreprises, comme nous l'avons vu. Face aux risques nouveaux, l'audit reçoit pour mission nouvelle d'aider le management à prendre conscience des vulnérabilités afin d'établir un plan d'action. La conduite d'entretiens auprès du personnel permet de recueillir des éléments qualitatifs et de prendre en compte les situations spécifiques. La réponse aux problèmes rapportés par les auditeurs nécessite l'implication globale et transversale du management. Une fois les vulnérabilités identifiées, encore faut-il les accepter pour évaluer comment y parer. Pour y parvenir, une communication claire autour de ces failles est nécessaire. Elle se fait peu en externe, on comprendra pourquoi. Mais en interne, il faut partager un minimum afin que chaque influenceur du système puisse agir à son niveau. Pour cela, il faut évidemment un autodiagnostic objectif mais également la capacité à faire des retours d'expérience (« *retex* »), souvent encore difficile dans nos cultures.

Vision belliqueuse ? Nécessairement puisque c'est de guerre économique que l'on disserte. Vision réaliste néanmoins, qui ne se veut cependant pas pessimiste. La France et certains de ses alliés européens ont pris conscience des enjeux depuis longtemps mais passent seulement aujourd'hui à l'action. La France redéfinit sa nouvelle défense économique et le sujet n'est plus seulement traité au niveau administratif, il est désormais pris en main au plus haut de l'Etat, de Matignon à l'Elysée, et porté sur la scène européenne. La loi Sapin II a poussé à une remise en question des modes de gouvernance trop rigides. Il reste cependant à s'assurer que la nouvelle stratégie de défense soit en phase avec un « plan » de politiques industrielles.

Face à un environnement réglementaire de plus en plus complexe et sous la pression d'observateurs de plus en plus nombreux (juges, médias, concurrents), les entreprises apprennent à ne pas être seulement dans la réaction et sur une « compliance check the box » et à appréhender cela comme une opportunité de gagner des avantages concurrentiels face à des concurrents US ou autres qui ne sont pas aussi agiles. Ceci passe par une connaissance de ses vulnérabilités internes et externes, par une réflexion sur les risques acceptables et les problèmes à résoudre, par une approche qui emmène dans la même direction management et équipes, et par un benchmark des pratiques du secteur et un usage intelligent de l'intelligence pour savoir se positionner face aux concurrents ■

LES PROGRAMMES DE CONFORMITÉ : ENTRE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION ET RISQUE D'INSTRUMENTALISATION ¹



Sophie LEMAÎTRE

Docteur en droit, Chercheure associée
Institut Ouest : Droit et Europe (UMR CNRS 62 62), Université de Rennes 1

Au début des années 2000, les entreprises ont commencé à développer des programmes de conformité visant à prévenir, anticiper et gérer les risques de corruption pour répondre aux scandales de corruption internationale. Ces programmes sont particulièrement répandus dans les entreprises opérant dans de nombreux pays pour lesquelles les risques sont multipliés. Pour ces entreprises, le contrôle des opérations effectuées par les salariés à travers le monde nécessite de mettre en place d'importantes procédures pour prévenir les actes de corruption dans l'ensemble des pays dans lesquels elles ont des activités.

Répondre aux réalités opérationnelles tout en se conformant aux exigences légales

Lorsque des pays sont marqués par une mauvaise gouvernance et un haut niveau de corruption, il peut être extrêmement difficile d'opérer sans verser un seul pot-de-vin. Le cas des paiements dits de facilitation (« facilitation payments » en anglais) est illustratif en la matière. Ce sont des versements effectués afin de faciliter l'exécution de tâches administratives, par exemple afin d'accélérer les

procédures douanières, d'obtenir un permis de travail ou un visa. Ces paiements constituent une pratique récurrente dans certaines régions du monde, notamment en Afrique, sans lesquels il serait difficile d'opérer.

Les paiements de facilitation ont longtemps été considérés comme n'ayant pas d'impact particulier. Aux Etats-Unis, les paiements qui visent à s'assurer de l'exécution d'une action gouvernementale de routine par un agent public étranger ne sont pas interdits². La loi canadienne sur la corruption d'agents publics étrangers prévoit également une exception pour ces paiements qui ne sont pas considérés comme de la corruption³. Cependant, établir une ligne entre ce qui relève des paiements de facilitation et de la corruption est complexe⁴. Ces deux législations ne fixent, par exemple, pas de seuil ou de plafond pour ces paiements de facilitation. La qualification d'un versement en paiement de facilitation ou corruption se fera donc au cas par cas. C'est l'une des raisons pour lesquelles le mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies de lutte contre la corruption encourage les Etats Parties à considérer les paiements de facilitation comme de la corruption et à n'accorder aucune exemption⁵. Le Royaume-Uni s'est inscrit dans cette lignée : les paiements de facilitation constituent de la corruption et peuvent potentiellement conduire à des poursuites⁶. Cette

(1) Cet article est tiré des recherches menées dans le cadre d'un doctorat en droit à l'Université de Rennes 1 soutenu en décembre 2017 : Lemaître S. *Le droit à l'épreuve des flux financiers illicites dans le secteur extractif : entre manipulation et double discours*. Rennes. Université de Rennes 1. 2017. En cours de publication

(2) 15 U.S.C. § 78dd-1 (b)

(3) Article 3 (4) de la Loi sur la corruption d'agents publics étrangers (L.C. 1998, ch. 34). 1998

(4) YANGA M. L., *UK Bribery Act 2010: implications for business in Africa*. International Journal of Law and Management. Vol. 56, n°1. 2014. p. 3-28. p. 6

(5) Groupe d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. *Country Review Report of the United States of America*. Vienne. UNODC. 2012. 357 p. p. 5. Et Groupe d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. *Country review report of Canada*. Vienne. UNODC. 2013. 375 p. p. 11

(6) Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*. Londres. Ministry of Justice. 2011. 45 p. p. 19

interdiction a conduit à de vives réactions. Ainsi, selon un cadre de l'entreprise minière australienne, Tiger Resources, travaillant en Afrique depuis plus de 30 ans, l'interdiction des paiements de facilitation est « *révélateur d'une forme de naïveté et d'un manque de compréhension du mode de fonctionnement en Afrique*⁷ ». Face à une telle situation, les entreprises doivent, en effet, trouver une solution adéquate pour affronter la réalité du « terrain » tout en se conformant aux exigences légales anti-corruption auxquelles elles sont assujetties. Certaines entreprises s'organisent et tentent de mettre en place des mesures pour réduire ces risques. A titre d'illustration, dans un pays d'Afrique, une entreprise multinationale a entrepris de développer un réseau regroupant des entreprises à tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement afin de faire front aux demandes de corruption. En contrepartie, cette entreprise fournit un certain nombre d'avantages aux agents publics tels que les douanes (par exemple, achat d'ordinateurs pour améliorer les conditions de travail) qui ne disposent que de très peu de moyens pour accomplir leurs missions⁸. L'objectif est de diminuer les possibilités d'extorsions qui pourraient survenir par la suite. Dans un autre pays d'Afrique, des entreprises opérant dans des régions reculées ont opté pour le versement mensuel d'une indemnité aux agents de différents ministères afin non seulement de conserver de bonnes relations avec l'administration du pays mais aussi de limiter les risques de devoir faire face à de multiples sollicitations, obstacles ou menaces. Le développement de procédures anti-corruption adaptées prenant en compte ce type de situations devrait permettre de réduire ces risques.

Un risque d'instrumentalisation des programmes de conformité

Si l'instauration de programmes de conformité semble avoir conduit à une évolution des pratiques vers davantage d'intégrité et d'éthique, le fait que ces programmes visent à prévenir la corruption, à gérer et à diminuer les risques qu'un acte de corruption ne se produise, et non pas à lutter contre la corruption, pose la question de leur efficacité réelle. Selon le cabinet Control Risks, « *les entreprises sont très fortes pour énoncer les principes mais ne sont pas toutes capables de démontrer que ces principes sont mis en œuvre*⁹ ». La tentation peut ainsi être grande de se déclarer vertueux sans réellement mettre en œuvre les mesures et procédures nécessaires pour prévenir la corruption¹⁰. Le risque d'instrumentalisation des programmes de conformité et de mise en œuvre de programmes dits de façade ou cosmétiques est réel, et ce, notamment car il est difficile

d'évaluer l'efficacité et l'effectivité des mesures prises pour prévenir la corruption, à moins qu'une procédure judiciaire ne soit ouverte¹¹. Aussi, c'est bien souvent *a posteriori* qu'il est possible de le confirmer ou non.

L'existence de programmes de façade peut s'expliquer non seulement par le fait qu'il peut être plus avantageux de corrompre que de prévenir la corruption, le risque d'être poursuivi demeurant encore relativement faible, mais aussi par le fait qu'un programme de conformité peut constituer un moyen de défense en cas de poursuites pour diminuer le montant des sanctions ou éviter que l'entreprise ne voie sa responsabilité engagée. Il est donc crucial d'aller au-delà de la communication de l'entreprise pour voir comment ces mesures se traduisent en pratique.

Ainsi, il ne suffit pas uniquement de cocher des cases (« check boxes » en anglais) ou une liste de mesures pour qu'un programme de conformité puisse efficacement prévenir les risques de corruption¹². Il doit être réellement mis en œuvre. Par exemple, le simple fait pour certaines entreprises de réaliser des recherches sur des moteurs de recherche ou d'envoyer des questionnaires aux entreprises partenaires ne suffit pas à déterminer s'il existe ou non un risque de corruption. Il est donc important de conduire une véritable investigation et de ne pas se contenter des informations disponibles sur Internet ou fournies par les partenaires. Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'il est recommandé aux entreprises de conserver les documents démontrant que le risque a été évalué et que toutes les procédures ont été réalisées. En cas d'enquête, la question sera alors de savoir s'il s'agissait, pour l'entreprise, de simplement compléter des formulaires et rapports pour donner une apparence de prévention de la corruption ou si de réelles vérifications ont été effectuées, d'autant plus qu'il n'est pas rare que des éléments gênants soient expurgés des rapports de *due diligence*¹³.

D'autres éléments contribuent au fait qu'un programme de conformité puisse être considéré de façade. Pour n'en citer que quelques-uns : le montant du budget alloué aux départements en charge de la conformité est, par exemple, un indice de la volonté réelle ou non de prévenir le risque de corruption de même que le nombre de ressources humaines dédiées à ce sujet, le profil des personnes spécialistes de la conformité (des salariés responsables de la conformité ayant préalablement occupé des fonctions ayant fait l'objet de suspicions de corruption), ou encore le statut de ces personnes et leur autorité au sein de l'entreprise. En outre, lorsqu'un système d'alerte interne est prévu mais qu'aucun suivi des alertes émises n'est effectué, l'efficacité

(7) DE KRESTER A., *Miners reject anti-corruption reforms*. Financial Review. 2012

(8) Entretien avec l'auteur en octobre et novembre 2016

(9) Control Risks. *International business attitudes to corruption - Survey 2014/2015*. Londres. Control Risks. 2015. 41 p. p. 9

(10) Centre de Recherche LegalEDHEC. *De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique*. Lille. LegalEDHEC. 2009. 88 p. p. 29

(11) Centre de Recherche LegalEDHEC. *De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique*. op. cit. p. 29

(12) Control Risks. *International business attitudes to corruption - Survey 2014/2015*. op. cit. p. 5

(13) Entretien avec l'auteur en janvier 2017

du programme de conformité s'en trouve paralysée. Il en va de même en cas d'absence d'audits internes et/ou externes réguliers permettant de vérifier l'effectivité et l'efficacité des mesures en place et d'adapter ensuite les procédures et mesures en fonction de l'évolution des pratiques et de l'apparition de nouveaux risques.

A titre d'illustration, une entreprise multinationale, dénommée Alpha pour des raisons de confidentialité, fait actuellement l'objet d'une enquête pour des faits récents de corruption d'agent public étranger. L'entreprise disposait pourtant de procédures pour prévenir la corruption à travers notamment un code de conduite et d'éthique interdisant la corruption sous toutes ses formes, des formations, des contrôles internes, ou encore un système d'alerte interne. Ces mesures et mécanismes sont ceux que l'on retrouve habituellement dans un programme de conformité considéré comme robuste. Cependant, ce dispositif s'est montré inefficace et ineffetif en pratique. Des alertes ont été effectuées à plusieurs reprises auprès de la direction de l'entreprise. Elles détaillaient des allégations de corruption telles que le versement de pots-de-vin à des agents publics de différents ministères ou le recrutement de personnes et d'entreprises proches des gouvernements en exercice. Suite à ces alertes, un contrôle interne a certes été effectué conduisant au licenciement d'un membre haut placé de la direction impliqué dans ces allégations mais ce dernier fut ensuite recruté en tant que consultant par l'entreprise pour effectuer les mêmes tâches. L'audit interne aurait également eu pour objectif de trouver le salarié ayant donné l'alerte. Sur le papier, le programme de conformité d'Alpha semblait crédible. La réalité est ainsi tout autre.

Par ailleurs, le fait de fixer des objectifs commerciaux ou de performance difficiles à atteindre peut indirectement amener les salariés à adopter des comportements illicites, à transgresser les normes, et notamment, à corrompre pour remplir ces objectifs¹⁴. La conciliation d'objectifs court terme (performance / compétitivité) et long terme (conformité / éthique / intégrité) peut s'avérer complexe au sein de l'entreprise pouvant entraîner des tensions ainsi qu'un rapport de force entre les différents départements de l'entreprise et donc avoir une incidence sur l'efficacité des programmes de conformité. En effet, les départements conformité doivent, par exemple, veiller à ce que les autres directions se conforment aux obligations anti-corruption tandis que ces dernières ont des objectifs commerciaux qui peuvent être contraires aux intérêts défendus par les départements conformité.

Le risque d'instrumentalisation et de contournement des programmes de conformité peut également se poser lorsque les entreprises ont recours à des organismes de

certification attestant de la présence et/ou de la bonne application des procédures de prévention de la corruption. Le fait qu'une entreprise applique la norme ISO 37001:2016, qui définit des exigences et effectue des recommandations « pour la mise en œuvre et l'amélioration d'un système de management anti-corruption », et communique à ce sujet ne signifie pas forcément que l'entreprise met réellement en place les préconisations de la norme. La norme ISO ne fait qu'indiquer qu'un programme de conformité existe au sein de l'entreprise mais elle n'apporte aucune précision quant à l'adéquation ou non des mesures prises pour prévenir la corruption. Dès lors, l'entreprise peut se targuer de prévenir la corruption en communiquant sur l'adoption d'une telle norme mais sans la mettre en œuvre. En outre, la certification de la norme ISO 37001:2016 ou des programmes de conformité n'est pas non plus nécessairement un gage de mise en œuvre des procédures pour prévenir la corruption. En effet, la qualité de la certification peut être remise en cause lorsque, par exemple, celle-ci est attribuée sur une base déclarative sans contrôle approfondi au sein de l'entreprise ou lorsqu'elle est réalisée par des auditeurs non spécialistes des questions de corruption¹⁵. Il est donc important d'étudier la manière dont les certifications sont accordées, ce qui permet d'en évaluer le sérieux et la crédibilité. Il est d'ailleurs intéressant de relever que certaines entreprises certifiées par des cabinets d'audit font actuellement l'objet de poursuites pour corruption d'agent public étranger alors qu'elles étaient certifiées au moment où les faits de corruption ont été commis¹⁶. La certification pourrait donc être utilisée à des fins de communication par les entreprises sans qu'elles appliquent réellement les engagements qu'elles s'étaient fixés.

Le risque zéro n'existant pas, les programmes de conformité ne peuvent pas garantir qu'il n'y aura aucune corruption. Il est donc toujours possible qu'un acte de corruption soit commis par un salarié ou un partenaire à titre individuel. Cependant, l'organisation et la structuration actuelles des entreprises ainsi que les procédures et mesures mises en place font qu'il est difficile de concevoir que les entreprises n'aient pas pu identifier et prévenir le risque de corruption. Les risques d'instauration de programmes de conformité de façade sont donc non négligeables. En cas de poursuites, les autorités judiciaires devront déterminer s'il s'agissait d'un fait de corruption commis par un salarié unique sans le soutien direct ou indirect de la direction malgré des procédures adéquates mises en place ou bien d'une pratique de corruption couverte par l'apparence d'un programme de conformité robuste. Comme l'indique très justement un des experts rencontrés, l'entreprise peut ne pas savoir, ne pas vouloir savoir ou au contraire savoir ■

(14) LASCOURMES P., NAGELS C., *Sociologie des élites délinquantes - De la criminalité en col blanc à la corruption politique*. Paris. Armand Colin. 2014. 304 p. p. 141-142 et p. 144-145. Pour une illustration, voir Ernst & Young. *Corporate misconduct – individual consequences. 14th Global Fraud Survey*. New York. Ernst & Young. 2016. 48 p. p. 14-15

(15) Entretien avec l'auteur en novembre 2016 et janvier 2017. Il faut relever que dans le cas de la norme ISO 37001:2016 des critères ont été prévus : seuls des auditeurs spécialistes de la lutte contre la corruption pourront auditer et certifier cette norme

(16) On peut par exemple citer le cas d'Alstom. Voir Sherpa. *Corruption internationale – changer les pratiques : l'affaire Alstom*. Paris. Sherpa. 2015. 23 p

LE RETRAIT AMÉRICAIN DES USA DE L'ACCORD DE VIENNE SUR LE NUCLÉAIRE IRANIEN : UNE SITUATION JURIDIQUE CONTRASTÉE



Coline Baharéh DASSANT

Avocat Of Counsel chez
De Gaulle Fleurance & Associés



Dominique PERBEN

Ancien Garde des Sceaux, Avocat associé,
Betto Seraglini

Le désengagement américain de l'accord de Vienne, par-delà les raisons objectives de ce retrait, redonne une centralité accrue au concept de multilatéralisme, dans le sens où celui-ci se heurte de plus en plus à un retour du souverainisme sur la scène internationale.

Si le dialogue et la coopération entre les Etats restent encore le paradigme dominant au travers des grandes instances internationales (ONU, OMC, UNESCO, etc.), il semble aujourd'hui que cette architecture, héritée de la deuxième guerre mondiale, fasse l'objet de critiques de plus en plus marquées de la part de certains Etats.

Les Etats-Unis se sont lancés aujourd'hui, bien que fondateurs de la plupart de ces grandes instances internationales, dans une démarche de prise de distance, voire de défiance face à ces organismes. Du retrait de l'Unesco, à celui de l'accord de Paris ou de Vienne, c'est finalement la perception des intérêts propres d'un Etat qui se heurte à la notion de consensus commun.

L'Europe et la France se retrouvent désormais dans la nécessité de préserver et d'affirmer la souveraineté de leurs intérêts, tout en essayant de maintenir et de redynamiser les vertus du multilatéralisme face à la tentation de l'isolationnisme.

L'accord de Vienne constitue un moment charnière pour la France, l'Europe et les pays signataires car, *in fine*, il conduit ces puissances à devoir se positionner comme les garants de l'esprit du multilatéralisme. Et de ce fait, leur

impose d'être en mesure de faire respecter les règles du droit international, afin de ne pas bouleverser les équilibres qui régissent le rapport entre les Etats sur les plans commercial, diplomatique, etc.

Il est, de ce fait, nécessaire d'appréhender cette problématique au travers d'une acception plus large car, au-delà de la question de l'extraterritorialité des sanctions américaines liées au dossier iranien, ce n'est rien de moins que la liberté de commercer qui est en jeu. Le renoncement ou l'affirmation de la souveraineté européenne seront lourds de conséquences puisqu'il n'est pas à exclure de futures sanctions extraterritoriales imposées par les Etats-Unis à d'autres Etats comme la Russie ou la Chine, avec lesquels la France et l'Europe ont des flux commerciaux importants.

La question iranienne se situe au croisement des enjeux diplomatiques et commerciaux sur le plan international. Elle est à la fois un test de la capacité de l'Occident à promouvoir le droit comme un outil de règlement des conflits et le reflet d'une vision commune de ce même droit.

Lorsque le Conseil de Sécurité des Nations Unies (CSNU) s'est saisi du dossier iranien en 2002, il a entrepris de prendre des mesures restrictives pour cantonner le développement du programme nucléaire iranien à des fins exclusivement civiles.

Après plus de 10 années de négociation, l'Iran, les cinq membres du Conseil de sécurité des Nations Unies (États-Unis, Chine, Fédération de Russie, Royaume-Uni, France), l'Allemagne et l'Union européenne (désignés P5+1) ont posé

les bases d'un accord international afin de garantir la nature exclusivement pacifique du programme nucléaire iranien. L'accord historique entré en vigueur le 14 juillet 2015 a conduit ces pays à mettre en place un Plan d'action global commun appelé JCPOA (Joint Comprehensive Plan of Action).

Aux termes de cet accord (plus communément appelé « Accord de Vienne »), la plupart des sanctions commerciales, financières et économiques imposées à l'Iran par les Etats-Unis, l'Union Européenne et le CSNU, en raison de son programme nucléaire, ont été levées¹. En contrepartie de quoi, l'Iran est tenue de se conformer à un certain nombre d'obligations en matière de non-prolifération et notamment à un contrôle strict de ses infrastructures par les agents de l'Agence Internationale à l'Énergie Atomique (AIEA).

Du côté américain, les sanctions touchant les personnes non américaines dans le cadre de certaines activités en rapport avec l'Iran (sanctions dites « secondaires ») ont également été levées alors que les sanctions dites « primaires » ont été maintenues, sauf régime dérogatoire sectoriel. Les sanctions primaires instaurées après la révolution islamique, interdisent, de manière générale, aux « personnes américaines » d'importer ou d'exporter des marchandises, de la technologie et de services depuis et vers l'Iran et prohibent toute relation avec le gouvernement iranien.

Ce nouveau contexte réglementaire devait permettre à l'Iran de commercer de nouveau sur les marchés internationaux.

Pendant près de deux ans, les parties signataires se sont conformées à leurs engagements réciproques, ouvrant ainsi un espoir réel de relancer les échanges économiques entre l'Iran et le reste du monde, dont l'Europe. Ce développement économique a toutefois été long à se mettre en place, en raison essentiellement de la frilosité du système bancaire international, ou de la difficulté pour les Iraniens de réformer leur système bancaire afin de se conformer à la réglementation internationale en matière de lutte anti-blanchiment ou de lutte contre la corruption.

Dès 2015, de nombreuses entreprises internationales, et notamment françaises, ont investi dans d'importants projets en Iran. Avec cette ouverture du marché iranien, les relations économiques entre la France et l'Iran ont connu une hausse importante : les exportations françaises enregistraient une augmentation considérable pour atteindre 1,5 milliard d'euros en 2017 contre 515 millions d'euros en 2014, et les importations sont passées à 2,3 milliards d'euros en 2017 pour 70 millions d'euros en 2015².

Cette ouverture économique a connu un ralentissement brutal dès l'annonce de la sortie des Etats-Unis de l'accord de Vienne en mai 2018.

En effet, le 8 mai 2018, le Président Donald Trump revenait sur les engagements pris par son prédécesseur à la Maison Blanche et annonçait la remise en vigueur des sanctions américaines secondaires qui seraient rétablies en deux temps : une première échéance au 7 août 2018 pour certaines d'entre elles (interdiction pour le gouvernement iranien d'utiliser le dollar, interdiction du commerce de l'or et de certains autres métaux et minerais – aluminium, acier, charbon –, secteur automobile), puis une seconde salve au 5 novembre 2018 pour les autres (secteur maritime, transport, pétrolier et énergétique, financier et bancaire et des assurances).

La menace de sanctions américaines est évidemment un élément déterminant de la décision de nombreuses entreprises de quitter l'Iran dès le mois de mai 2018.

De leur côté, l'Iran, la Fédération de Russie, la Chine, la France, la Grande Bretagne, l'Allemagne et plus généralement l'Union européenne ont souhaité rester dans l'accord malgré le désistement américain.

L'accord de Vienne, quoiqu'initialement peu engageant pour les pays signataires - puisqu'ils n'étaient pas strictement obligés de faire ce qui y était prévu, a néanmoins produit des effets très concrets. Les parties, États-Unis compris, ont exécuté leurs engagements. L'Iran a gelé le développement de son programme nucléaire afin de le cantonner à des fins civiles. Les autres pays signataires ont, en contrepartie, levé les sanctions du fait de ce renoncement.

De plus, les dispositions de l'accord de Vienne sont à l'origine d'autres textes internationaux que le droit français ne peut ignorer : d'une part, l'accord a été repris à son compte par le CSNU aux termes de la résolution 2231 du 20 juillet 2015 ; d'autre part, le règlement UE 2015/1863 du Conseil du 18 octobre 2015 adoptant l'accord de Vienne a été intégré au droit français en vertu de l'article 288 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le maintien de l'ensemble des parties signataires de l'Accord en dépit de la sortie unilatérale américaine, décision symbolique sur le plan politique, a des conséquences juridiques dans le sens où les dispositions de la résolution 2231 de l'ONU et du Règlement UE semblent se trouver paralysées par l'application du régime de sanctions extraterritoriales américaines.

Cette situation crée une incertitude juridique au détriment des Etats qui ont souhaité manifester leur souveraineté en se maintenant dans l'accord de Vienne. De plus, la question de l'efficacité de cet accord international peut se poser, alors que ces Etats disposent pourtant de différents outils juridiques leur permettant de dissiper ce brouillard réglementaire.

(1) A l'exception des sanctions imposées en raison du développement du programme balistique iranien, ou celles liées à l'atteinte aux droits de l'homme ou au financement du terrorisme qui sont maintenues contre l'Iran.

(2) Les échanges commerciaux entre la France et l'Iran en 2017 : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2018/02/14/les-echanges-commerciaux-entre-la-france-et-l-iran-en-2017>

Le mécanisme de sortie anticipée prévu par l'Accord de Vienne et la Résolution 2231 n'a pas été actionné par les Etats-Unis

L'accord de Vienne prévoit un mécanisme de sortie avant son terme fixé au 18 octobre 2025, appelé *Snap back*. Il s'agit d'un processus de résolution des différends en deux étapes.

- La première étape consiste à saisir une commission *ad hoc* (appelée « Commission conjointe »), chargée d'examiner les manquements éventuels de l'un des participants aux obligations mises à sa charge, afin d'y apporter une solution.

La finalité de ce mécanisme est d'offrir une voie de sortie consensuelle.

À défaut d'accord consensuel dans les délais prévus à l'accord, le pays « plaignant » est alors en droit de considérer que « le non-règlement de la question est un motif justifiant le non-respect de la totalité ou d'une partie de ses propres engagements ».

Cette première étape ne peut être actionnée qu'à l'initiative (1) soit de l'Iran qui considérerait que l'un ou tous les autres signataires ne respectent pas leurs engagements, (2) soit de l'un des États UE+3 qui considérerait que l'Iran ne respecte pas ses propres engagements.

Si les Etats-Unis avaient souhaité sortir de l'accord de Vienne avant son terme en toute légalité, la saisine de la Commission Conjointe le leur aurait permis. Néanmoins, cette saisine aurait été subordonnée à la preuve d'un manquement par l'Iran à ses engagements de non-prolifération, ce qui aurait été difficile étant donné que l'AIEA a conclu aux termes de plus de 11 rapports que l'Iran se conformait strictement à ses obligations. À l'inverse, seul l'État iranien pourrait considérer que la sortie unilatérale des États-Unis constitue un manquement à ses engagements.

Quoiqu'il en soit, les autres Etats signataires n'ont pas été en mesure d'enclencher ce mécanisme de *Snap back* pour se plaindre de la sortie unilatérale des États-Unis, car l'accord de Vienne ne prévoit pas la possibilité pour un membre du groupe P5+1 d'enclencher le mécanisme des articles 36 et 37 du JCPOA pour régler un différend l'opposant à un autre membre du groupe P5+1.

- La seconde étape peut ensuite être envisagée à l'initiative de chaque État signataire qui aura la faculté de porter devant le CSNU le différend en lui soumettant un projet de résolution visant à maintenir la levée des sanctions onusiennes³. Si le Conseil de sécurité n'adopte pas ce projet de résolution dans le délai imparti, les résolutions onusiennes qui avaient été levées en application de l'accord de Vienne retrouveraient

immédiatement leur plein effet et l'ensemble des sanctions seraient réactivées contre l'Iran « sauf décision contraire du Conseil de sécurité ». On conçoit difficilement qu'une « décision contraire » puisse être adoptée par le CSNU sans l'accord des États-Unis, membre permanent disposant d'un droit de veto.

Le 8 mai 2018, les États-Unis n'ont pas invoqué ni appliqué ces dispositions régissant les conditions de sortie de l'accord de Vienne qui auraient pourtant pu leur permettre d'opposer une exception d'inexécution et de se désengager sans que les autres Etats signataires ne puissent contester cette sortie unilatérale anticipée.

Pour autant, l'Iran pourrait envisager d'actionner le mécanisme de résolution des litiges afin de contester les conditions de sortie des États-Unis. Seulement, une telle action serait de peu d'utilité puisqu'elle aurait pour résultat ultime de remettre en place l'ensemble des sanctions à son encontre.

De leur côté, les autres signataires (France, Allemagne, Royaume-Uni, Union européenne, Fédération de Russie et Chine) sont relativement démunis puisque l'accord de Vienne n'a pas prévu la possibilité d'une saisine de la Commission conjointe à l'initiative d'un membre du groupe P5+1 dans le cadre d'un différend l'opposant à un autre membre du groupe P5+1. Ils pourraient certes saisir le CSNU, mais l'accueil serait le même que pour l'Iran puisque le résultat ultime serait le rétablissement des sanctions onusiennes, ce qui est précisément ce que ces pays ont souhaité éviter jusqu'à maintenant.

Reste que l'accord de Vienne est toujours en vigueur, de même que la résolution 2231 du Conseil de sécurité des Nations unies et que le règlement UE 2015/1863 du Conseil du 18 octobre 2015 intégré au droit français. Ces textes non résiliés continuent de produire leurs effets non seulement à l'égard des États signataires et de leurs ressortissants.

Dans ce contexte, il paraît juridiquement contestable qu'une partie d'un contrat conclu entre une entité iranienne et une entité étrangère ressortissant à l'un des pays signataires de l'accord de Vienne puisse valablement se prévaloir du rétablissement des sanctions secondaires pour résilier ledit contrat (sous réserve bien entendu des termes du contrat et de la loi applicable à ce dernier) puisque les conditions de sortie des États-Unis apparaissent contestables.

Il apparaît donc éminemment souhaitable que les signataires qui ont entendu manifester leur souveraineté en restant dans l'accord, au premier rang desquels figurent la France et l'Union européenne, exercent tous les recours possibles à leur niveau et prennent toutes les mesures qu'elles sont en pouvoir de prendre.

(3) Articles 10 à 13 de la Résolution 2231 du CSNU

Quels sont les voies de recours à la disposition des Etats signataires maintenus dans l'accord de Vienne afin de contester les sanctions extraterritoriales américaines ?

Les Etats qui ont souhaité faire vivre l'accord de Vienne ne sont pas dépourvus de recours afin de s'opposer à la remise en place des sanctions extraterritoriales américaines.

La Commission ad hoc « Questions iraniennes : analyses juridiques » du Club des juristes a publié, en juillet 2018, un rapport intitulé « La sortie américaine de l'accord de Vienne sur le programme nucléaire iranien : une situation juridique contrastée » qui avance un certain nombre de préconisations sur cette question⁴.

- En premier lieu, la Cour internationale de Justice pourrait être saisie dans son champ de compétence consultatif, à l'initiative de l'AIEA ou de l'Assemblée Générale des Nations unies (après qu'une résolution adoptée à la majorité des 2/3 l'y autorise, étant précisé que le droit de veto des Membres permanents du Conseil de Sécurité n'est pas opposable pour le vote d'une résolution par l'Assemblée Générale des Nations Unies).

La Cour pourrait ainsi se prononcer sur la validité des motivations des États-Unis justifiant sa sortie de l'accord de Vienne alors que les obligations de l'Iran au titre de l'accord semblaient être respectées. Un tel avis, quoique non obligatoire, pourrait constituer un point de référence pour le juge de l'OMC, les arbitres, les juridictions nationales, etc.

Il sera rappelé que l'Iran a d'ailleurs saisi la Cour internationale de justice en août dernier afin qu'elle ordonne des mesures provisoires à l'encontre des États-Unis en raison de la remise en place de son régime de sanctions. Cette requête fondée sur le Traité d'amitié conclu avec les États-Unis en 1955, a été tranchée le 3 octobre 2018. La Cour Internationale de justice a jugé que les États-Unis doivent « *par les moyens de leurs choix, supprimer toute entrave que les mesures annoncées le 8 mai 2018 mettent à la libre exportation vers l'Iran de médicaments et de matériel médical et de denrées alimentaires et de produits agricoles* ». Il en est de même pour la prohibition visant l'importation de biens nécessaires à la sécurité aérienne iranienne (pièces détachées pour la maintenance des avions de ligne). La Cour a ordonné que les licences et dérogations accordées par les États-Unis pour les transactions liées à ces secteurs (ainsi que les opérations de financement, assurance et transport qui s'y rapportent) soient de nouveau remises en vigueur⁵.

- En second lieu, une « plainte pour violation » devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) est également envisageable par la France ou l'Union européenne afin de contester les sanctions secondaires des États-Unis contre l'Iran (qui en tant que Membre observateur de l'OMC ne peut prendre l'initiative d'une telle saisine). Il s'agirait de démontrer que les sanctions extraterritoriales américaines portent atteinte aux textes fondateurs de l'OMC et restreignent ainsi sans justification valable, la liberté de commerce des entreprises européennes.

- Enfin, le règlement du Conseil de l'UE n°271/96 dit « règlement de blocage », adopté en 1996 et remis en vigueur en Aout dernier, pourrait être renforcé de sorte à offrir aux entreprises ressortissantes des Etats membres un bouclier suffisamment large face aux enquêtes de l'OFAC et aux menaces de sanctions américaines. Cette protection pourrait passer par une entrave efficace des enquêtes OFAC en amont, mais également par la possibilité de contester les sanctions imposées par l'OFAC devant des juridictions nationales. Naturellement, le règlement de blocage doit lui-même se doter de mécanismes juridiques lui permettant d'avoir une portée extraterritoriale afin de protéger toutes les filiales d'un groupe dans le monde.

L'affirmation européenne face aux sanctions américaines – visant l'Iran – doit se lire au-delà du contexte moyen-oriental car *in fine*, c'est bien la capacité de l'Europe et de la France à défendre leurs intérêts économiques qui est en jeu au travers de la problématique de l'extraterritorialité. Le respect du droit, des conventions internationales et autres traités signés par les Etats revêt un caractère d'autant plus majeur que l'actualité internationale souligne à bien des égards le risque de voir émerger une société internationale basée sur les rapports de force et non plus sur le dialogue et la concertation.

Face à cet écueil, c'est à la fois le respect des architectures multinationales qu'il faut préserver ; mais aussi leur évolution qu'il faut envisager, afin d'accompagner les Etats dans un monde où les règles du droit international doivent jouer pleinement leur rôle de garde-fou.

Les sanctions extraterritoriales représentent un moment crucial pour l'Europe et la France. La capacité européenne à préserver ses intérêts face à ce contexte réglementaire d'exception déterminera le poids et l'influence de l'Europe dans la définition des normes juridiques internationales ■

(4) <http://www.leclubdesjuristes.com/le-retrait-des-etats-unis-de-laccord-de-vienne-sur-le-programme-nucleaire-iranien-une-situation-juridique-contrastee/>

(5) <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/175>

ENTRETIEN AVEC



Louis De GAULLE

Président et avocat associé chez de Gaulle
Fleurance & Associés

? La France a manifesté sa volonté de se maintenir dans l'accord de Vienne, dès lors quels sont les recours des entreprises qui souhaitent poursuivre leur activité face à cette décision de l'Etat français ?

La dénonciation unilatérale de l'accord de Vienne par les Etats-Unis en mai 2018 et la réactivation des sanctions secondaires à l'encontre de ressortissants français commerçant avec l'Iran ou en Iran, a incité grand nombre d'entreprises françaises à rompre leurs contrats commerciaux les liant à des entreprises iraniennes.

La sortie américaine de l'accord de Vienne repose sur une base légale contestable, puisque la partie américaine s'est abstenue d'actionner le mécanisme du SNAP BACK qui lui aurait permis de se retirer avant le terme prévu au 18 octobre 2025, en conformité avec ses propres engagements. Une étude précise sur ce sujet a été réalisée par la Commission ad hoc « Questions iraniennes : analyses juridiques » du Club des juristes qui a permis de souligner l'absence de fondement juridique justifiant la sortie unilatérale américaine¹. Dès lors, la rupture unilatérale des relations contractuelles à l'initiative des entreprises, sur la base de la menace de sanctions américaines, est de nature à engager la responsabilité desdites entreprises au titre d'une rupture abusive de contrat.

Du côté des entreprises françaises, la question d'une éventuelle recherche en responsabilité de l'État français peut, dès lors, se poser puisque les entreprises françaises pourraient estimer que l'inaction du gouvernement français ou le refus de prendre toutes mesures de nature à annuler les effets de la décision américaine de rétablissement des sanctions, leur causerait une charge spéciale et anormale.

Le régime de la responsabilité, du fait des lois et règlements, fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques causée par une décision administrative qui fait peser une charge spéciale et anormale sur un usager/citoyen ou une catégorie restreinte d'usagers/citoyens pourrait être envisagé. Cette responsabilité ouvre ainsi droit à une réparation fondée pour peu que le préjudice soit anormal.

La jurisprudence administrative retient qu'une décision administrative prise au nom de l'intérêt général qui impose à un usager une sujétion particulière qui rompt à son détriment l'égalité devant les charges publiques ouvre droit à réparation, sous réserve que le préjudice soit anormal².

Ce principe d'une responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques a été étendu tout d'abord aux lois et règlements (Conseil d'État, 14 janvier 1938, Société des produits laitiers La Fleurette) puis aux conventions internationales³.

Le Conseil d'État a d'ailleurs posé le principe que « *la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée [...] en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France* »⁴.

Certes, l'accord de Vienne n'est pas un traité international, mais les dispositions de cet accord international ont été intégrées au corpus juridique français à travers l'application directe en droit interne du Règlement du Conseil de l'Union UE 2015/1836 du 18 octobre 2015. En vertu de l'article 288 §2 du Traité du Fonctionnement de l'Union Européenne, l'État français doit ainsi être en mesure de donner à l'accord de Vienne la force juridique normalement attendue.

(1) <http://www.leclubdesjuristes.com/le-retrait-des-etats-unis-de-laccord-de-vienne-sur-le-programme-nucleaire-iranien-une-situation-juridique-contrastee/>

(2) Conseil d'État, 30 novembre 1923, Couiteas

(3) Note Waline sous arrêt Conseil d'État, 30 mars 1966, Compagnie générale d'énergie radioélectrique

(4) Conseil d'État, 8 février 2007, Gardedieu

Il pourrait être soutenu que le refus du gouvernement de prendre toutes mesures d'indemnisation des entreprises contraintes de résilier unilatéralement leurs engagements avec l'Iran est une décision susceptible d'engager la responsabilité sans faute de l'administration car elle fait peser des sujétions anormales et spéciales sur une catégorie d'usagers.

En se maintenant dans l'accord de Vienne, l'Etat français n'a, d'une part, instauré aucun régime délibérément discriminatoire et, d'autre part, il n'a pris aucune mesure de sanction contre ses entreprises nationales ayant un lien commercial avec l'Iran. Le régime discriminatoire par nature qui porte sa propre inégalité ne peut donc justifier la rupture du principe d'égalité devant les charges publiques⁵.

Dès lors, un éventuel refus de l'État de s'opposer aux sanctions américaines, même s'il était qualifié d'acte de gouvernement (et donc insusceptible de recours en annulation ou d'engager la responsabilité de l'État), pourrait difficilement être considéré comme remplissant un objectif de satisfaction d'intérêts généraux et prééminents pour la nation puisque précisément le gouvernement français ne s'est pas retiré de l'accord de Vienne.

Du côté des entreprises iraniennes, la responsabilité de l'État français pourrait également être recherchée sur la base d'un manquement au Traité bilatéral pour l'encouragement et la protection réciproque des investissements conclu entre l'Iran et la France le 12 novembre 2004, dès lors que l'État français ne prend pas les mesures nécessaires pour protéger les investisseurs iraniens en France ou pour favoriser les investissements entre les deux pays, contrairement à ses engagements prévus dans le traité.

A cet égard, une sentence arbitrale de la CNUDCI a fait droit en juillet 2018, à la requête de ressortissants iraniens qui sur la base du Traité d'amitié conclu entre l'Iran et la Corée du Sud avaient engagé la responsabilité de l'Etat sud-coréen pour avoir refusé sur fond de sanctions américaines, le rachat par la partie iranienne d'un conglomérat DAEWOO majoritairement détenu par une entreprise parapublique sud-Coréenne⁶.

? **Les mesures mises en place par l'UE afin de permettre aux entreprises de reprendre pied en Iran vous paraissent-elles juridiquement valables pour bloquer les conséquences de l'extraterritorialité des sanctions américaines ?**

Le règlement du Conseil de l'UE n° 271/96 du 22 novembre 1996, dit « règlement de blocage » interdisant à tout ressortissant d'un État membre de l'Union européenne de se conformer aux injonctions ou interdictions résultant d'une sanction extraterritoriale, et bloquant l'exécution de

ces sanctions sur le territoire de l'Union européenne, a été réactivé en Août dernier. Ce règlement prévoit également la possibilité d'obtenir une compensation financière à titre de dommages et intérêt pour les préjudices qui pourraient résulter de l'exécution d'une sanction extraterritoriale sur le territoire de l'Union européenne, qui s'effectuerait selon les dispositions de la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Cette initiative européenne avait pour objectif d'affirmer la souveraineté européenne face aux sanctions extraterritoriales américaines remises en vigueur unilatéralement par le Président Donald Trump en mai dernier, en contradiction avec les engagements pris par son prédécesseur dans le cadre de l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien de 2015.

Le règlement de blocage avait été initialement mis en œuvre par l'Union européenne en 1996 comme contre-mesure aux sanctions américaines imposées par le président Clinton à l'encontre de Cuba, de la Lybie et de l'Iran (lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy). La même année, l'Union européenne avait parallèlement saisi l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC afin qu'il soit statué sur le différend résultant de la limitation des échanges commerciaux imposés par les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy. Cette posture contestataire de l'Union Européenne avait aboutie à la renonciation des Etats-Unis à leurs sanctions à l'encontre de ces pays et le conflit fut résolu par la voie diplomatique.

En définitive le Règlement de blocage n'a jamais été appliqué à ce jour.

Le 6 août 2018, ce Règlement a été mis à jour pour couvrir les derniers textes réglementaires américains imposant des sanctions contre l'Iran en raison du développement de son programme nucléaire. Cette décision de l'Union européenne s'inscrit dans une démarche visant au maintien de ses engagements pris dans le cadre de l'accord de Vienne et à la protection des entreprises souhaitant poursuivre leur activité licite en Iran contre les sanctions extraterritoriales américaines.

Cette initiative européenne n'a pas pour autant dissuadé les entreprises de se retirer du marché iranien. Dès l'annonce de la menace de sanctions par les Etats-Unis, bien avant le 7 août 2018 - date de la première vague de sanctions américaines qui a été suivie par une seconde salve de sanctions le 5 novembre 2018 - la plupart des entreprises ressortissantes de l'Union européenne avaient quitté l'Iran.

Cette situation n'est pas surprenante puisque, en l'état, le Règlement de blocage ne paraît pas suffisamment dissuasif vis-à-vis du bras armé financier du Trésor américain qu'est

(5) Conseil d'État, 17 octobre 1978, Perthusis

(6) Mohammad Reza Dayyani, et al. v. The Republic of Korea, CNUDCI 11/6/18, PCA Case No. 2015-38

l'OFAC (Office of Foreign Assets Control) et certainement pas assez protecteur pour les entreprises européennes.

Le Règlement de blocage se veut le garant de la liberté des opérateurs et entreprises de l'Union européenne dans leur choix de poursuivre ou non leur activité en Iran dès lors qu'elles sont en conformité avec le droit de l'Union et les lois nationales applicables, et non pas au regard des sanctions américaines. Mais il n'échappera à personne que c'est en réalité la menace des sanctions américaines qui dissuade ces opérateurs de se maintenir en Iran. Leur décision stratégique se limitant soit à se maintenir en Iran au risque de se voir interdire l'accès au marché américain, soit à se voir infliger des sanctions pénales peu dissuasives telles que prévues par chaque Etat membre de l'UE. Sur le plan national, le dispositif législatif renvoi à la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 dite « loi de blocage » relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales. En l'état actuel, cette loi apparaît inefficace et les sanctions pénales qui y sont prévues sont peu contraignantes pour être suffisamment dissuasives face à un OFAC qui s'annonce extrêmement pugnace dans la mise en œuvre des nouvelles sanctions extraterritoriales américaines. C'est certainement pour cette raison, que le Premier Ministre, Edouard Philippe, a confié en juin dernier au Député Raphaël Gauvain la mission de renforcer la loi de blocage afin d'identifier des solutions juridiques pour protéger plus efficacement les entreprises et leurs dirigeants face aux requêtes des autorités judiciaires étrangères.

Les opérateurs européens sont donc confrontés à une difficulté pratique liée à l'application de ce Règlement qui leur inflige finalement à une double peine dans la mesure où elles sont prises entre deux feux : d'une part se soumettre aux dispositions du Règlement et prendre le risque de se voir infliger des sanctions par l'administration américaine sur leurs filiales étrangères, ou se conformer aux sollicitations de l'OFAC et se mettre en contravention avec le Règlement. Certes la possibilité d'obtenir une autorisation auprès de la Commission Européenne est prévue dans le cadre du Règlement, mais les critères d'appréciation restent extrêmement flous et l'absence de jurisprudence en la matière risque de dissuader les entreprises européennes de recourir à cette démarche. Il faudra préciser à ce titre, qu'une demande d'exonération auprès de l'OFAC peut elle-même être interprétée comme une reconnaissance par la partie européenne de la compétence américaine et donc la voir confrontée à des sanctions pénales.

Quoique tout le monde soit conscient des limites opérationnelles et juridiques de telles mesures, l'Union européenne serait bien avisée de renforcer le Règlement de blocage de sorte qu'il puisse offrir un bouclier suffisamment large afin d'entraver les enquêtes de l'OFAC, mais surtout de permettre de contester les décisions prises par l'OFAC contre les entreprises ressortissantes de l'Union européenne.

Le Règlement de blocage devrait lui-même avoir des effets extraterritoriaux afin de protéger toutes les filiales d'un groupe dans le monde. Par exemple, la loi pourrait prévoir le prononcé d'une décision par l'État français interdisant la communication de documents et le recueil de témoignages par un État étranger ou ses représentants.

? **L'initiative européenne du « *Special Purpose Vehicle* » (SPV) permettant de financer des transactions en Iran peut-elle créer une dynamique globale permettant à d'autres pays de s'inspirer de ce modèle ?**

Le 24 septembre 2018, en marge d'une rencontre dédiée à la question du nucléaire iranien au sein de l'Assemblée Générale des Nations Unies, la cheffe de la diplomatie de l'Union européenne, Federica Mogherini et le Ministre des Affaires Étrangères iraniennes, Javad Zarif ont annoncé le lancement d'une plateforme dédiée au financement des échanges commerciaux avec l'Iran qui permettrait d'échapper aux sanctions américaines.

A ce jour, aucune précision n'a été fournie par l'Union européenne ou les Etats membres concernant le mode de fonctionnement de ce Véhicule dédié (SPV), ni son champ d'application qui paraît se limiter dans un premier temps aux exportations de pétrole iranien.

D'aucuns affirment qu'il s'agirait d'une structure comptable qui permettrait d'inscrire les exportations de produits iraniens en recettes qui viendraient se compenser avec les importations de biens en Iran. Ce mécanisme permettrait certes de ne pas utiliser le dollar dans les transactions à destination ou en provenance de l'Iran, ou d'éviter le financement par des capitaux propres ou par le biais des établissements financiers internationaux contraints par le système de compensation américain ou par l'utilisation du système SWIFT prohibés par le régime de sanctions américains.

Ce système de troc qui n'est autre qu'un système de commerce international par compensation (à l'instar des contrats offset, clearing, pré-compensation, buy-back, etc.) qui connaît la limite classique liée à la garantie de telles opérations. L'on imagine mal une banque ou une assurance d'Etat venir garantir les transactions réalisées via un SPV en lien avec l'Iran.

Si ce mécanisme permet d'éviter l'emploi du dollar et de contourner les sanctions liées au financement pas le circuit bancaire classique, il n'en demeure pas moins que le destinataire final des opérations demeurent l'Etat iranien ou des entités iraniens. Or, les sanctions secondaires américaines prohibent les transactions avec l'Etat iranien ou des ressortissants iraniens dans un certain nombre de secteurs économiques.

De plus, la possibilité pour l'administration américaine d'inscrire le SPV sur liste noire (SDN) n'est pas à exclure.

Quoiqu'il en soit, les modalités pratiques du SPV (nombre d'Etat participants, lieu du siège du SPV, etc.) semblent encore loin de faire l'unanimité parmi les initiateurs de ce projet, ou encore la nature des transactions qui pourraient s'effectuer au travers du SPV étant précisé qu'à date la finalité première semble être le financement de l'achat d'hydrocarbures iraniens.

Au-delà du positionnement diplomatique et de la manifestation de la volonté des Etats signataire de l'accord de Vienne de se maintenir dans l'accord en dépit de la sortie unilatérale américaine en mai 2018, la mise en place d'un tel système de troc pourrait constituer une démarche symbolique visant à rassurer l'Etat iranien pour qu'il puisse tirer quelques bénéfices de l'accord de 2015.

En effet, l'exportation de pétrole représente un enjeu majeur à la fois pour l'Iran mais également pour les pays importateurs en Europe ou en France en contribuant

à la diversification des sources d'approvisionnements énergétiques. Le potentiel économique et scientifique iranien constitue également pour l'Europe une opportunité de partenariat sur le long terme que l'Europe doit intégrer, si elle souhaite pérenniser son rôle et son influence au Moyen-Orient. Enfin, il va de soi que l'accord de Vienne s'il ne parvient pas à assurer à la partie iranienne un minimum de bénéfice n'aura plus aucune raison d'être et l'Iran n'hésitera pas à en sortir définitivement. Une telle situation et le non-respect de ses engagements par la partie américaine risquerait de compromettre durablement les négociations internationales portant sur des enjeux majeurs et l'on voit mal l'Iran revenir dans l'immédiat à la table des négociations ■

Du même auteur

« Iran – Le recours de l'Iran devant la Cour internationale de Justice », La Semaine Juridique – Edition générale n°36 – 3 septembre 2018, co-écrit par Louis de Gaulle et Coline Bahareh Dassant

« La sortie des États-Unis de l'accord iranien est juridiquement contestable », La Croix, 23 Août 2018, interview de Louis de Gaulle, propos recueillis par Antoine d'Abbundo

« Iran, commerce : l'Europe à la remorque de Trump ? », Emission 28 Minutes sur Arte, 8 août 2018, intervention de Louis de Gaulle (replay plus disponible)

« Les Etats-Unis ont-ils le droit de punir des entreprises françaises en Iran ? », www.nouvelobs.com, 8 août, interview de Louis de Gaulle, propos recueillis par Benjamin Arnaud

« Sanctions en Iran : comment la France peut protéger ses entreprises », Lepoint.fr, 7 août 2018, citations de Louis de Gaulle, par Armin Arefi

LE RENSEIGNEMENT À L'HEURE DE LA *COMPLIANCE* : DU PARADOXE AU DÉFI



Philippe HAYEZ

Magistrat de la Cour des Comptes,
responsable des enseignements sur le renseignement à Sciences-po Paris

Près de cinq ans avant les révélations fracassantes d'Edward Snowden, en 2009, la *National Security Agency* (NSA), puissante agence de renseignement numérique américaine, se dotait discrètement d'une direction de la *compliance*. Le mot, que l'on peut simplement traduire comme « conformité normative », n'est donc pas vraiment une découverte dans l'univers feutré du renseignement occidental mais il peut étonner appliqué à une activité dont les pratiques ont souvent jusqu'ici été considérées comme « hors la loi ». Comment expliquer que les agences de renseignement et de sécurité soient touchées par ce mouvement de conformation au même titre que de nombreuses organisations publiques et privées ? Que recouvre-t-il précisément ? Si l'on peut penser qu'il est *a priori* de nature à renforcer la légitimité de l'action des services, ne risque-t-il pas d'avoir pour effet de réduire leur efficacité comme peuvent le laisser entendre certains praticiens et observateurs ?

La mise en conformité à des normes des services de renseignement des Etats démocratiques¹ correspond à une étape d'un mouvement historique séculaire qui s'est accéléré avec la concentration des services, depuis plus d'un quart de siècle, sur la lutte contre le terrorisme transnational. Elle représente une dimension managériale distincte du contrôle (*oversight*) et de la redevabilité (*accountability*), qu'elle ne saurait remplacer, et ne revêt pas seulement une dimension juridique mais comporte également des aspects éthiques et politiques. Contrairement à l'idée reçue, elle ne doit pas être perçue comme une source d'affaiblissement de l'effort de renseignement, plus que jamais nécessaire, mais offre la possibilité d'un nouvel élan, sous réserve de mesures

d'accompagnement. Elle s'inscrit ainsi dans les exigences qui font désormais du renseignement l'objet d'une politique publique à part entière².

L'évolution du renseignement vers la *compliance* : la sortie du paradoxe

La représentation générale du renseignement, propulsée par la fiction et les scandales qui tendent à ponctuer l'existence de cette activité périlleuse, en fait un objet apparemment « hors normes ». Aussi ancienne que l'Histoire, la recherche et l'exploitation des secrets d'autrui a longtemps consisté en une pratique jugée indispensable à la survie d'un groupe ou de ses dirigeants avant de se transformer en métier au XVII^e siècle, du moins chez les puissances européennes, puis de s'intégrer au XIX^e siècle dans des organisations permanentes, les « services ». Ce double mouvement de professionnalisation et de bureaucratisation,³ qui s'est inscrit dans la construction de l'Etat moderne, s'est bien entendu accompagné de règles spécifiques, relatives par exemple à la protection du secret des communications ou à la rémunération des sources humaines recrutées. Mais ces normes n'avaient qu'une valeur toute relative, n'étaient pas vraiment codifiées et visaient avant tout à protéger le secret dans lequel des individus ou des organisations étaient appelés à opérer, selon le bon plaisir de leurs gouvernants.

Jusqu'à la fin du siècle passé, on a ainsi pu affecter de considérer le renseignement comme un mal nécessaire,

(1) On prendra garde de ne pas oublier dans les développements ci-dessous que ce mouvement de mise en conformité du renseignement ne vaut que pour la minorité de services relevant d'Etats de droit démocratiques.

(2) COUSSERAN J.-C., HAYEZ P., *Leçons sur le renseignement*, Odile Jacob, septembre 2017.

(3) DEWERPE A., *Espion : une anthropologie historique du secret d'Etat contemporain*, Gallimard, 1994.

enfant illégitime d'un Etat condamné à y recourir pour préserver sa sécurité intérieure ou extérieure. Les pratiques de surveillance clandestine d'individus ou d'entités, d'acquisition de secrets en violation de la souveraineté et du droit des Etats tiers, voire l'engagement d'actions subversives, ont rendu difficile, sinon impossible, la construction d'un discours intégrant pleinement l'activité de renseignement dans l'Etat et la société démocratique. En témoignent, par exemple, les propos de l'un des pères fondateurs et dirigeants historiques de la CIA, Allen Dulles, pour qui « l'espionnage n'est entaché par aucune « légalité »⁴ ou, plus récemment, ceux d'un vétéran français du renseignement extérieur, Alain Chouet, selon qui « c'est ne rien comprendre que d'accuser les services secrets de faire « dans l'illégalité ». Ils ne font même que cela. C'est leur vocation et leur raison d'être. En effet, le renseignement se recueille en violant ou en faisant violer la loi par les autres »⁵.

Cette attitude résolument cynique s'est cependant progressivement effritée à partir des années 1970 sous le poids de scandales qui n'ont épargné aucune démocratie (« joyaux de famille » de la CIA révélés par les commissions d'enquête du Congrès, « plombiers » du *Canard enchaîné*, ...) ⁶. La critique croissante de l'« Etat secret » a conduit les responsables politiques des démocraties à mettre en place, avec plus ou moins de réticences ou d'allant, des mécanismes de contrôle et de transparence (relative) du renseignement qui ont eu pour effet de ligoter quelque peu ce Gulliver⁷. Ainsi en France, dès 1978, les fichiers contenant des informations nominatives ont-ils été soumis au contrôle (restreint) de la Commission nationale Informatique et libertés (CNIL) et, dès 1991, une loi sur le contrôle des « interceptions de sécurité » domestiques a-t-elle posé les premières bases d'une mise en conformité de cette modalité de recherche particulièrement intrusive. Les calendriers ont varié en fonction des séquences nationales et c'est ainsi que la France n'a accompli sa transformation qu'à partir de 2007, soit bien après les Etats-Unis, le Royaume-Uni ou l'Allemagne, se dotant, dans le désordre, d'un dispositif de contrôle parlementaire (loi du 13 octobre 2007), d'un mécanisme de pilotage par l'exécutif (coordonnateur national du renseignement formalisé par le décret du 24 décembre 2009) et d'une loi-socle pour le renseignement (loi du 24 juillet 2015), qui peut être considérée comme le véritable acte de naissance de la conformité pour le renseignement en France.

L'entrée dans l'âge de la conformité n'aurait cependant pas pu être aussi massive dans les démocraties sans l'engagement de leurs services de renseignement et de sécurité dans la lutte contre le terrorisme transnational, qui constitue,

aujourd'hui encore, le cœur de leur activité. L'effondrement des tours jumelles du *World Trade Center* a conduit à une mobilisation sans précédent de moyens humains, financiers et techniques au profit des services, perçus comme l'arme première de cette « guerre contre le terrorisme ». Les excès de la riposte des Etats-Unis, symbolisés par les *extraordinary renditions*, la prison de Guantanamo et le recours intensif à partir de 2004 aux frappes de drones ainsi que les révélations d'Edward Snowden⁸ en 2013 sur les excès incontrôlés des possibilités de surveillance que la technologie offre sous les ordres de la CIA à certains de leurs alliés, ont convaincu les opinions et leurs représentants par le monde entier de chercher à établir des règles plus strictes pour encadrer le renseignement.

En France, le marché américain de l'obéissance mondialisée, Antoine Garapon

La conformité du renseignement : une triple dimension juridique, éthique et politique

La conformité est un mouvement récent qui trouve son origine dans le secteur bancaire. Afin de prévenir les risques de crise systémique, les autorités nationales (Commission bancaire en France) et supranationales (Comité de Bâle de la banque des règlements internationaux, Commission européenne) ont entrepris, à partir de la fin des années 1990, de définir des normes auxquelles les acteurs du secteur ont progressivement dû se conformer⁹. Ces normes ont eu pour effet de transformer les organisations en les dotant de structures et de processus de contrôle interne et s'étendent désormais à d'autres secteurs que le secteur bancaire et financier.

La transposition de la conformité au monde du renseignement ne va pas de soi. Les normes externes y étaient jusqu'ici peu présentes. Bien que les services anglo-saxons aient développé assez tôt des fonctions de conseil juridique (*general counsel*)¹⁰ et d'inspection générale (*inspector general*), la place des juristes a été relativement marginale dans ces organisations marquées par la primauté donnée aux activités opérationnelles. L'approche par les risques, au cœur de la démarche contemporaine de conformité, a longtemps été circonscrite à sa dimension opérationnelle et politique, ce qui a plutôt provoqué la mise à distance des services par rapport aux gouvernants et aux citoyens que leur mise aux normes communes.

Si dans chaque démocratie un cadre légal pour l'activité de renseignement a bien été posé, il est cependant encore nécessaire de préciser ce que signifie la notion de conformité

(4) DULLES A., *The Craft of Intelligence*, Lyons Press, 1963.

(5) CHOUET A., *La sagesse de l'espion*, Jean-Claude Béhar, 2010.

(6) Cf. pour la France, WARUSFEL B., « La légalisation du renseignement en France (1991-2015) » in LAURENT S. et WARUSFEL B., *Transformations et réformes de la sécurité et du renseignement en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2016.

(7) BORN H. et CAPARINI M., *Democratic Control of Intelligence Service s: Containing the Rogue Elephant*, Ashgate, 2007.

(8) HAYEZ P., « L'effet Snowden, les politiques de renseignement dans les démocraties », *Le Débat*, n°181, septembre-octobre 2014.

(9) Pour les entreprises du secteur financier français, la première norme a été le règlement CRBF 97-02 du 21 février 1997.

(10) Respectivement en 1949 et en 1952 pour la CIA par exemple.

(*compliance*) appliquée aux services de renseignement et à leur personnel. On doit à cet égard la distinguer aussi bien du contrôle, qui prend lui-même des formes diverses (parlementaire, judiciaire, médiatique, ...), que de la redevabilité (*accountability*) qui vise à instiller une certaine transparence - variable selon les Etats - sur les missions, les organisations, les dirigeants ou les budgets des services de renseignement et de sécurité¹¹.

La conformité aux normes suppose que ces dernières soient préalablement posées et que leur respect s'impose aux services. Ces normes se concentrent en réalité sur l'activité de collecte de renseignement par les services et sur les méthodes et techniques spéciales qu'ils sont susceptibles d'utiliser à cette fin. Sans entrer dans une analyse détaillée de ces normes émanant des droits nationaux¹², il est essentiel de retenir qu'elles posent désormais un cadre dans lequel doit s'inscrire l'action des services. Ce cadre est fondé sur des principes qui ont été clairement définis par l'expert britannique David Omand en 2006¹³, ont inspiré de nombreux Etats et se retrouvent dans la loi française de 2015. Ces principes sont au nombre de six : existence d'une cause durable suffisante pour justifier l'emploi du renseignement ; vérification de l'intégrité de ces motifs ; caractère proportionnel des méthodes spéciales employées ; limitation des autorités habilitées à solliciter l'emploi de ces méthodes ; perspective raisonnable de succès du recours au renseignement ; caractère subsidiaire du recours au renseignement. Ce corpus est de nature en principe à prévenir les abus que cette activité est susceptible d'engendrer (usage à des fins privées, politisation, ...).

La loi française de 2015 illustre cette « révolution de la conformité » : elle limite les motifs du recours au renseignement ; elle définit les « techniques spéciales » (interceptions de communications, poses de balises, intrusions électroniques, ...) concernées ; elle fixe limitativement par décret le nombre des administrations autorisées à solliciter l'emploi de ces techniques ; elle instaure une procédure formelle d'autorisation préalable qui passe par l'expression d'une demande par une autorité ministérielle, l'émission d'un avis sur cette demande par une commission indépendante (Commission nationale des techniques de renseignement) et l'octroi d'une autorisation limitée dans le temps par le Premier ministre, celle-ci étant susceptible de recours devant le Conseil d'Etat et de vérification par la commission.

La conformité est donc bien une construction avant tout juridique, en ce qu'elle soumet une partie significative et sensible des activités de renseignement à un contrôle

procédural. Mais elle ne saurait être réduite, comme dans les entreprises concernées, au rôle des seuls juristes, même si leur place est appelée à s'accroître au sein des services. Elle inclut en effet des aspects éthiques, dont témoigne l'instauration progressive de normes déontologiques (chartes ou codes internes aux services) et des aspects politiques, qui font tendre la conformité vers le contrôle de la pertinence du recours au renseignement. Cette dimension est particulièrement illustrée au Royaume-Uni par la mise en place d'un système de « double verrou » (*double lock*) depuis la loi *Investigatory Powers Act* de novembre 2016, qui conduit à recueillir préalablement l'autorisation d'un ministre et d'une autorité administrative indépendante (*independent powers commissioner*) préalablement à toute opération de renseignement.

Le défi de la *compliance* : la possibilité d'un nouvel élan plus que l'entrée dans une nouvelle ère

L'entrée des services de renseignement et de sécurité dans le monde de la conformité appelle néanmoins diverses précautions : elle ne peut faire disparaître la part principale qui doit revenir au jugement professionnel dans la conception, la conduite et le contrôle des opérations de renseignement ; compte tenu du caractère intrinsèquement souverain du renseignement, la *compliance* requise a et aura encore pour longtemps pour origine des normes nationales¹⁴ et une portée extraterritoriale limitée ; elle doit, au nom du principe de réalité, s'adapter à la rapidité des changements qu'imposent les nouvelles technologies numériques aux activités de recherche¹⁵ ; si la sanction des éventuels manquements à cette conformité ne peut exclure une dimension pénale, celle-ci devra être soigneusement calibrée pour ne pas dissuader la prise de risque inhérente à la collecte de renseignement.

Pour autant, si la conformité a fait entrer, sans désormais plus aucune ambiguïté, l'activité de renseignement dans la légalité nationale, elle ne peut être réduite à sa mise en procédures. Pour les services et leurs autorités de tutelle, elle doit être comprise comme une opportunité qui permettra de garantir que les investissements importants que les Etats consentent sur les plans humain et financier sont rationnels dans un contexte général de rareté des financements publics. Au sein d'organisations qui comptent généralement plusieurs milliers d'agents, la conformité peut se révéler comme une pédagogie et une pratique managériale présentant les mêmes vertus que les dispositifs d'assurance-

(11) HILLEBRAND C., « Intelligence Oversight and Accountability » in DOVER R., GOODMAN M. et HILLEBRAND C., *Routledge Companion to Intelligence Studies*, Routledge, 2014.

(12) Ces normes sont, selon les Etats, aussi bien posées par la Constitution (Loi fondamentale en Allemagne depuis 2009) que par la loi, le règlement ou le « droit souple ».

(13) OMAND D., « Ethical Guidelines in using Secret Intelligence for Public Security », *Cambridge Review of International Affairs*, décembre 2006.

(14) Malgré le rôle important joué par la Cour européenne des droits de l'homme, dont plusieurs décisions, inspirées par les principes de conformité ci-dessus exposés, ont depuis 1978 conduit à l'évolution des cadres normatifs nationaux.

(15) Ainsi, le débat à Londres s'est-il déplacé depuis deux ans sur les activités de surveillance non ciblée (*bulk powers*) des services plutôt que sur celles de surveillance ciblée (*targeted surveillance*).

qualité et de certification des processus mis en œuvre dans les organisations publiques et privées les plus performantes. Elle imposera indubitablement un effort accru de rigueur et de traçabilité, celle-ci devant être conciliée avec le souci de maintenir la plus grande confidentialité sur les sources et les méthodes des opérations. Elle devra aussi impérativement s'accompagner d'une exigence forte de *leadership* chez les responsables des services et d'une incitation de leurs personnels à faire assaut de créativité et d'imagination pour la recherche des solutions opérationnelles adaptées aux enjeux et aux possibilités du moment¹⁶.

Pour les autorités politiques, la conformité permettra de justifier de l'emploi du renseignement, comme le prévoit la loi¹⁷, pour des causes qui ne se réduisent pas à la prévention des agressions et attentats de toute nature. Elle pourra ainsi contribuer à ce que les démocraties ne soient pas prises au dépourvu par ce basculement du monde auquel chacun assiste. Plus concrètement, on peut escompter de ce mouvement l'homogénéisation par le haut des pratiques des services formant les communautés de renseignement nationales, la poursuite du renforcement des structures de pilotage du renseignement placées auprès des exécutifs et la formalisation de chaînes opérationnelles en matière de renseignement, qui demeurent encore très embryonnaires en France¹⁸.

Faute de pouvoir vivre dans le monde rêvé par Emmanuel Kant¹⁹, les citoyens, qui ont raison de conserver une certaine méfiance pour une activité que le Président Dwight Eisenhower qualifiait de « dégoûtante mais nécessaire », ne peuvent espérer être rassurés par la seule application des principes de transparence ou de contrôle de l'activité de renseignement. Non seulement la conformité garantira que « la maîtrise des services de renseignement par le pouvoir civil est au cœur de la démocratie, en commençant par l'autolimitation des services quand ils sont bien commandés »²⁰ mais, pleinement assumée par ceux-ci dès lors qu'elle aura été clairement définie, elle leur permettra de mieux remplir leur exigeante mission ■

(16) Comme le soulignait un responsable français du renseignement, « les services ont besoin de profils conformes mais pas conformistes ».

(17) Selon la loi de 2015, le renseignement concourt à la « stratégie de sécurité nationale » et à « la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la nation », notions traduisant une conception qui dépasse la notion de menaces.

(18) HAYEZ P., « La nécessité demain d'un pilotage plus affirmé de notre appareil de renseignement » in PASCALLON P., *Rendre le renseignement plus efficace dans la lutte contre le terrorisme*, L'Harmattan, avril 2018.

(19) HAYEZ P., « *Fighting Terrorism in a Kantian world* », *Inteligencia y Seguridad : revista de analisis y prospectiva*, n°7, décembre 2009-mai 2010.

(20) VIGOUROUX C., *Du juste exercice de la force*, Odile Jacob, 2017.

INTERVIEW WITH



Hui CHEN

Ethics and compliance advocate and consultant,
former compliance Counsel Expert at the US
Department of Justice's Fraud Section

? **How do you explain the maturity of the US on compliance?**

Corporate compliance programs were, and often still are, developed in response to scandals. In the US, corporate compliance programs were first born in reaction to a series of corporate scandals in the 1970s and 1980s. In 1991, the United States Sentencing Commission - which sets guidelines on penalties for criminal offenses under United States federal laws - formally amended its guidelines to allow reduced penalties for companies if they can demonstrate they have “an effective program to prevent and detect violations of law”. This development in the US provided incentive to companies in the US to develop their compliance programs, giving them a head start compared to companies outside of the US. However, this is not necessarily a disadvantage for companies outside of the US. Companies that are only now starting to develop compliance programs have the opportunity to learn from some of the mistakes that we have made in the US and begin to develop their programs in ways that focus more on results than on formalities. This is similar to how, in many new economies, people have skipped landline telephones and go from no telephone straight to mobile phones.

? **One year after the implementation of the Sapin II Act in France and its execution, what is your perception of the French plan and its evolution?**

As it is with most legal requirements, like GDPR, companies are often not as ready as they need to be. My impression is that many French companies are still struggling with the requirements of Sapin II. My other concern is that there may be more focus on meeting the requirements than on achieving actual effectiveness. For example, setting up an internal whistleblowing system is easy, but making sure employees trust the company enough to use the system

is what really matters; having a third-party due diligence based on a one-time assessment is a good start, but having the ability to monitor the third parties' activities is what will actually reduce corruption risks.

? **Among the changes that this law has brought, what is the most innovating part according to you?**

To what extent is it a progress? Is there any area of effort? Is it raising awareness? Conceptually, Sapin II has brought new ideas to the French legal tradition. The establishment of the French Anti-Corruption Agency and the introduction of “convention judiciaire d'intérêt public” (CJIP) are both conceptual game changers. These new ideas are certainly raising awareness. It will take a few years, however, before anyone can really assess the impact of these innovations. The nature of corruption is such that any short-term assessments are likely unreliable.

Charles Duchaine's very active international policy conducted on behalf of the French Anticorruption Agency is allowing France to have a prominent place in international talks, which was not the case until today. Does it change the perception of other countries about France?

? **Is it considered as a progress?**

Yes, I have met Mr. Duchaine and very much appreciate his advocacy on behalf of AFA. Perception will very much depend on France's enforcement actions. This is similar to what I have said about “Tone from the Top” in corporate compliance: employees don't just hear what their leaders say, they watch what they do. The same idea applies in the public context as well. People will watch what AFA does.

? What are the interactions among the federal departments and agencies, particularly those in charge of the Economy and Intelligence (FBI-NSA)?

Is there an American model of operation between public and private organizations?

The US federal departments and agencies are set up quite differently than in France. The Federal Bureau of Investigations (FBI) is a criminal investigation agency that is part of the Department of Justice: it investigates crimes, including bribery and corruption; it does not collect intelligence. The National Security Agency, on the other hand, monitors and processes data for foreign and counterintelligence purposes, and protects U.S. communications networks and information systems. Neither the FBI nor NSA have economic intelligence missions.

The U.S. national and international economic strategies are formed by a variety of different federal departments and agencies, including the Departments of Commerce, Treasury, and State, the United States Trade Representative's Office, the Council of Economic Advisors, etc. These departments and agencies play various administrative and regulatory functions.

In terms of combatting corruption, again a number of departments and agencies – both federal and state – play different roles. In domestic corruption, agencies such as the Government Accountability Office, the Office of Government Ethics, and the Inspectors General of the different federal department agencies play critical front-line roles. In foreign corruption, the Department of Justice and the Securities and Exchange Commission are lead players. The cooperation among them certainly occurs on a case-by-case basis. There is also some programmatic cooperation where there are common interests. In terms of public-private sector interaction in the area of anti-corruption, I would say there is more informal dialogue than formal cooperation.

? Is there a possible/potential cooperation between the US Department of Justice and the French Parquet National Financier?

For example: the Société Générale case: joint efforts and mutual acknowledgement took place concerning the decision to share and establish the penalties. Would the US Department of Justice be willing to cooperate? Does the penalties system put other countries' prosecutors/attorneys at the same level? I would simply point out that the US Department of Justice has in fact cooperated with law enforcement authorities of many nations on both corruption and non-corruption investigations, including the UK, Netherlands, Sweden, Brazil, just to name a few. In some very well-known international corruption cases, penalty has been shared among countries who participated in the prosecution.

? Monitors' work conducted under the penalties of the US Department of Justice is often considered as an infringement for the organization and its information capital. Is there any ongoing work to prevent companies from those methods and procedures?

Should not the negotiations be taking place beforehand during the investigation? It is important to understand that the US Department of Justice does not appoint monitors for the purposes of penalizing an organization. The Department's intent is to "reduce[] recidivism of corporate crime and...protect[] of the integrity of the marketplace." (*Morford Memorandum, 2008*). Therefore, the best way to avoid a monitor is to demonstrate that the company has a strong, established, and independently tested compliance program that can be effective in preventing recidivism. In other words, the way for a company to avoid a monitor is for it to prove that it is capable of monitoring itself.

It should also be noted that, in the United States, monitors are not only appointed by the Department of Justice, but also by other departments and agencies and by the courts. International organizations such as the World Bank also use monitors. Monitors in the United States are also appointed not just for companies, but for public organizations as well. The New York City Police Department, for example, has been under a court-appointed monitorship since 2013. From what I have seen, the monitor structure under the Fraud Section of the US Department of Justice is among the least intrusive monitor structures when compared with many other monitorships imposed against organizations in the United States. Companies who are under monitorship appointed by Justice Department are also more likely to be able to protect its confidential information from public disclosure than organizations being monitored by the courts.

? About the execution of the sanctions and their amount (calculating systems). Can we say there is some sort of standardization? Is there any attempt to day to elaborate common rules/legislation?

The United States Sentencing Guidelines provides the formula and criteria for calculation penalties for all federal criminal offenses. For Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) cases, the resolutions typically contain the specific calculation of the cases according to the Sentencing Guidelines, and all the resolutions are posted on the Fraud Section's website.

? Is it fair to say that the United States has raised the international standards for other countries regarding anticorruption?

Yes, I believe it is fair to say that US enforcement has raised international standards on the prosecution of foreign corruption. It is important, however, to also note that the US has also been active in its enforcement of domestic

corruption laws. The US Department of Justice prosecutes approximately 1000 cases per year of domestic corruption: and that is not including prosecution brought by state-level authorities. I believe it is equally, if not more, important that countries prosecute their corrupt officials as well as bribe-paying companies. Corruption does require two parties: bribe takers and bribe givers. Both parties need to be penalized and deterred.

? **You resigned from the Department of Justice for various reasons. How do you perceive the current federal policy conducted on compliance and anticorruption?**

The primary reason I left the Department of Justice was my discomfort with the integrity of our current administration under Donald Trump. I believe we are facing some serious challenges in terms of government ethics in our country.

There have been numerous allegations and instances of conflicts of interest and corruption, from the Trump Family's business interests to various acts of questionable ethics at the Environmental Protection Agency, the Department of Commerce, the Department of Housing and Urban Development, etc. The current United States Senator from my state (New Jersey) was on trial for bribery, though he was not convicted. I am, unfortunately, reminded every day that corruption is an evil that affects our lives. I am, however, grateful that we have dedicated civil servants as well as an active civil society that are fighting every day ■

LA CONFORMITÉ A LA FRANÇAISE, NOUVEAU RISQUE PÉNAL POUR L'ENTREPRISE ?



Marie-Laure INGOUF

Avocate Associée MI2 AVOCATS, Barreaux de Paris et de Bruxelles,
Auditrice INHESJ 29^e session nationale Sécurité et Justice

Les entreprises tournées vers l'international et travaillant notamment avec les Etats-Unis connaissent bien le sujet et le savent depuis longtemps : on ne plaisante pas avec la conformité américaine compte tenu des sanctions pénales et financières susceptibles de frapper les entreprises et ses dirigeants. En cause, l'extra-territorialité attachée au Foreign and Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977 qui permet aux Etats-Unis de poursuivre toute entreprise se rendant coupable de corruption et pouvant être rattachée au territoire des Etats-Unis (*via* des transactions en dollars, la présence d'une filiale ou le passage sur le territoire...). L'affaire Alstom-Pierucci en est un exemple récent retentissant.

Et la conformité à la française ? La question du risque pénal prête à sourire en France lorsqu'elle n'est pas éludée. Il est vrai que les manquements aux nouvelles réglementations ne sont pas tous sanctionnés pénalement et/ou le sont timidement en comparaison des lourdes sanctions administratives financières susceptibles d'être prononcées. Et pourtant ce risque pénal est bien réel. Plus encore, les lois et jurisprudences successives évoluent - lentement mais sûrement - vers une pénalisation renforcée des obligations de l'entreprise, notamment de son obligation de vigilance à l'égard de son écosystème et non plus seulement de ses employés, faisant ainsi place à une nouvelle forme de responsabilité pénale pour défaut de vigilance du fait d'autrui, qu'il soit subordonné ou non.

Les sanctions pénales explicitées par les nouvelles réglementations

Les nouvelles réglementations en matière de conformité sont inégales face aux sanctions pénales : si le RGPD¹ sanctionne pénalement l'atteinte au dispositif de protection des données personnelles, à l'inverse, la loi Vigilance² n'a prévu aucune sanction pénale. De son côté, la loi Sapin II³ est partagée : pas de sanction pénale immédiate pour manquement à la loi et/ou au dispositif instauré (à la place des sanctions administratives prononcées par l'Agence Française Anti-corruption, « AFA ») mais des sanctions pénales dans un deuxième temps en cas d'atteintes aux condamnations de l'AFA.

Une obligation de vigilance de moyens de l'entreprise à l'égard de ses filiales et/ou partenaires habituels

La loi Sapin II a mis en place une obligation de « prévention » contre les risques de corruption, même en l'absence de faits de corruption avérés, allant ainsi « plus loin que les dispositions prévues au FCPA américain ou au UK Bribery Act (UKBA) britannique dont elle s'inspire », selon Transparency International France.

(1) R.U.E n°2016/679 du 27 avril 2016 dit Règlement Général sur la Protection des Données entrée en application au 25 mai 2018

(2) Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

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

Sapin II

- Peine pénale de mise en conformité sous le contrôle du Procureur de la République en cas de condamnation d'une personne morale pour des faits de corruption ou de trafic d'influence, pour une durée maximale de 5 ans (art. 131-39-2 du c. pénal)
- Délit d'abstention ou d'entrave à la mise en place du programme anti-corruption à la suite d'une condamnation (peine de deux ans d'emprisonnement et 50 000 € d'amende, art. 434-43-1 du c. pénal)
- Sanction financière (de nature administrative, non pénale) prononcée par l'AFA

Vigilance

- Pas de sanction pénale explicitée par la loi
- Sanctions civiles

RGPD

- La violation des dispositions issues du RGPD expose son auteur à une peine de 5 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. 226-19 à 226-24 du c.pénal)
- Sanction financière (de nature administrative, non pénale) prononcée par la CNIL

Cette nouvelle obligation de vigilance prend la forme d'un plan de prévention qui se décline en plusieurs mesures précises et réglementées (cartographie des risques, code de conduite, régime disciplinaire, dispositifs internes d'alerte, de formation, de contrôle comptable et des tiers) dont on retrouve l'esprit et la feuille de route dans la loi Vigilance dédiée aux risques en matière de santé, sécurité, droits humains et environnement. L'obligation de vigilance instaurée dans les deux lois n'est pas de résultat mais de moyens : à défaut de « diligences normales » et « mesures raisonnables », la loi Vigilance met expressément à la charge de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre la réparation des préjudices que l'exécution normale et raisonnable du plan de prévention aurait permis d'éviter. En clair, sa responsabilité civile sera engagée. De son côté, si la loi Sapin II est restée silencieuse sur cette conséquence civile, elle paraît néanmoins logique en droit et en fait.

La vigilance de l'entreprise au travers des programmes mis en place doit s'exercer auprès de ses filiales et sociétés contrôlées, lesquelles sont réputées satisfaire à ces obligations légales lorsque le groupe a mis en place les dispositifs adéquats. Elle doit aussi s'exercer auprès des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie (lorsque ces activités sont rattachées à cette relation). Une relation commerciale établie est caractérisée par le caractère sérieux et la régularité des contrats et intègre donc les fournisseurs de rang⁴.

De l'entreprise entité juridique autonome à l'entreprise entité économique : vers un assouplissement du voile de la personnalité morale ?

Au travers de ces nouvelles dispositions, le législateur a marqué sa volonté d'appréhender l'entreprise en tant qu'agent économique donneur d'ordre pour atteindre la société mère derrière ses filiales et inclure dans sa sphère d'influence toutes « parties prenantes » susceptibles d'intervenir dans l'activité génératrice de dommages.

C'est pourquoi la loi Vigilance a instauré l'obligation d'un plan de vigilance à élaborer avec les « parties prenantes »⁵ de l'entreprise. Cette innovation législative est issue de théories anglo-saxonnes de la gouvernance d'entreprise⁶ que l'on retrouve dans les principes directeurs de l'OCDE⁷, mais aussi les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme⁸ et diverses autres normes RSE (responsabilité sociétale des entreprises) comme la norme ISO 26 000. Si la loi Vigilance n'en donne pas de définition, il est permis de se reporter à celle offerte par l'exposé des motifs du projet de loi⁹ : « (...) parties prenantes entendues comme l'ensemble de ceux qui participent à sa vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par ses activités (...) ». En somme, il s'agit de l'écosystème de

(4) Analyse et recommandations de Transparency International France, 15 décembre 2016, page 6

(5) Art. 1 loi Vigilance

(6) N. Cuzacq, *Quelle place peut-on octroyer aux parties-prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ?*, Rec. Dalloz 2017, p. 1844 ; faisant référence aux travaux de R. Edward Freeman sur la théorie des parties prenantes : R.-E. Freeman et D.-L. Reed, *Stockholders and Stakeholders : A new perspective on corporate governance* : California Management Review, vol. 25, 1983. 91

(7) V. OCDE 2011, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* : éd. OCDE, p.22

(8) V. NU, CDH, 2011, principe 18, p.23

(9) AN, rapp. n°2578, renvoyant à la définition posée par la loi du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement

l'entreprise avec lequel cette dernière va devoir composer, certes de manière incitative¹⁰ et non impérative, pour élaborer son plan de vigilance.

Cette responsabilité étendue pose la question de l'assouplissement du voile de la personnalité morale, autrefois bouclier juridique efficace. Plusieurs avocats se sont interrogés en ce sens¹¹ : « *la loi sur le devoir de vigilance pourrait-elle s'inscrire dans ce mouvement d'assouplissement possible du voile de la personnalité morale, notamment au travers des obligations de vigilance qu'elle pose ?* ». Selon eux, « *il pourrait s'agir d'un contournement du voile de la personnalité morale, ainsi que le soulignent les premiers travaux préparatoires à la Loi¹², par le moyen des sanctions, même si une partie de la doctrine semble écarter une telle hypothèse¹³.* ».

La suprématie de la dimension économique sur le bouclier juridique n'est pas nouvelle et est appliquée de longue date en droit de la concurrence, communautaire et interne. C'est dans le sens d'une remise en cause de la dissociation patrimoniale qu'évolue le droit communautaire de la concurrence depuis les années 1970¹⁴, fondé sur le fait qu'en l'absence d'autonomie¹⁵ de la filiale par rapport à la société mère, ces deux sociétés font partie d'une seule et même entité économique et, partant, forment une entreprise au sens du droit de la concurrence. La circonstance qu'une filiale ait une personnalité morale distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère, lorsque la filiale ne détermine pas son comportement de façon autonome et applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère¹⁶. Ce droit économique vise ainsi à mettre en avant, « *derrière la fiction de l'indépendance juridique des personnes morales constituant un groupe, la réalité des liens de dépendance économique qui peuvent y exister* ». C'est encore la présomption « d'influence déterminante » consacrée par la CJUE en 2009¹⁷. Ce régime d'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles de la filiale ainsi défini par le juge communautaire est également mis en œuvre en droit interne par l'autorité française de concurrence et les juridictions de contrôle¹⁸.

Vers une responsabilité pénale de l'entreprise entité économique ?

La pratique professionnelle tend à confirmer l'analyse du juge pénal sous l'angle économique. Cette jurisprudence

pénale est désormais constante à l'égard des entreprises donneuses d'ordre en matière de sous-traitance et de travail dissimulé. Elle n'est pas encore clairement fixée en matière de groupe de sociétés, mais le raisonnement paraît transposable surtout en cas d'unité économique au sens précité du droit de la concurrence.

Le raisonnement du juge pénal¹⁹ est simple et fait écho à celui retenu par le droit de la concurrence : en l'absence d'autonomie (notion floue appréciée *in concreto* – autonomie économique et/ou administrative et/ou juridique), le sous-traitant forme une entité économique avec l'entreprise donneuse d'ordre qui devient, *ipso facto*, employeur des employés non déclarés par le sous-traitant. Par manquement à ses obligations déclaratives et/ou manquement à son obligation de surveillance à l'égard de ses employés, l'entreprise est responsable pénalement sur le fondement classique du droit de la responsabilité pénale des personnes morales en application de l'article 121-2 du code pénal.

Ainsi analysée sous cet angle économique et non plus strictement juridique, la question du risque pénal de l'entreprise du fait de ses filiales et/ou sous-traitants en matière de conformité devient centrale. Le risque pénal devient prégnant si l'on met en perspective cette analyse avec les nouvelles obligations de vigilance.

Vers un risque pénal de l'entreprise entité économique pour manquement à son obligation de vigilance ?

Un autre risque pénal non explicité par les nouvelles réglementations doit être pris en compte : il s'agit du risque pénal susceptible de naître à l'occasion d'une défaillance et/ou d'une mauvaise exécution des obligations de vigilance instaurées, sur le terrain juridique de l'imprudence ou de la négligence.

C'est le sens de l'évolution générale du droit et de la jurisprudence pénale que d'aller vers un système généralisé de responsabilité pénale au titre de l'imprudence et/ou de la négligence. En ce sens, l'article L.561-41 du Code monétaire et financier prévoit déjà en matière de lutte contre le blanchiment qu'un avis soit donné au Procureur de la République en cas de « grave défaut de vigilance » ou de « carence dans l'organisation de ses procédures

(10) Portée incitative explicitée par le Conseil Constitutionnel : *Cons. Const., déc. 23 mars 2017, n°2017-750 DC, parag. 22*

(11) Stéphane BRABANT et Elsa SAVOUREY, Avocats Herbert Smith Freehills, *Loi sur le devoir de vigilance – Pour une approche contextualisée*, Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires supplément à la semaine juridique entreprises et affaires n°50 du 14 décembre 2017

(12) An, rapp. N°2628, 11 mars 2015, spéc. 78

(13) V. M. Lafargue, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres : l'entrée dans une nouvelle ère ?* JCP 2017, 1169, spéc. 5

(14) CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd, Rec. CJCE, p.619

(15) C'est-à-dire qu'elle n'est pas en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et ne peut s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège dont elle dépend : *Cons. conc., déc. N°03-D-17, 31 mars 2003*

(16) CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6/72, Eu-ropemballage e.a., Rec. CJCE, p. 215

(17) CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, Azko Nobel e.a., Rec. CJCE, I, p. 8237

(18) *Cons. conc. déc. n°00-D-50, 5 mars 2001 ; déc. n°09-D-06, 5 févr. 2009*

(19) Cass. Crim. 2 oct. 2001 n°01-81.145

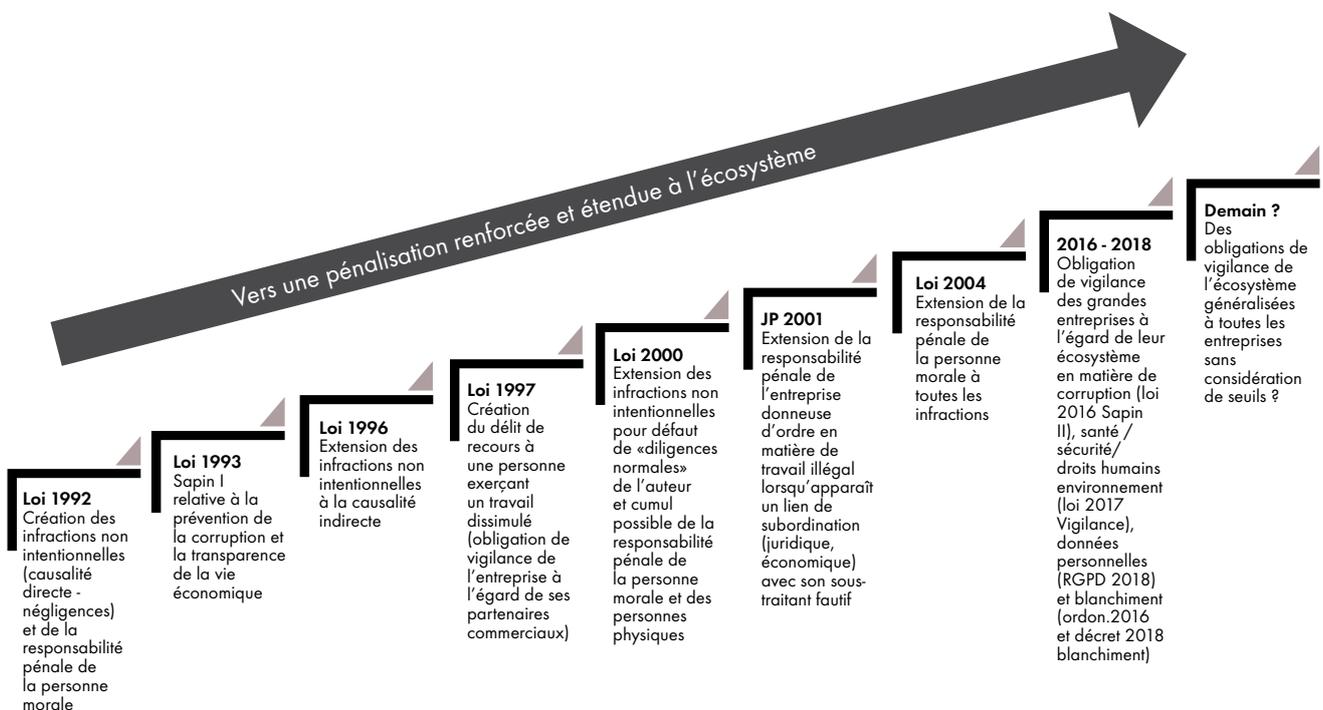
internes de contrôle » par l'une des entités astreintes à ces obligations de vigilance. Dans un registre différent, le juge pénal a condamné en 2017²⁰ un élu pour détournement de fonds par négligence en application de l'article 432-16 du Code pénal²¹ au motif qu'il avait signé, « *sans procéder aux vérifications élémentaires qui auraient révélé des anomalies patentes, des ordres de paiement étayés de 47 fausses factures confectionnées à l'adresse du syndicat par la Secrétaire générale de ladite communauté, qu'elle lui a présentées et qui ordonnaient le versement des montants qui y figuraient sur le compte bancaire personnel de son époux* ».

Cette analyse de la responsabilité pénale pour imprudence ou négligence combinée à celle de l'entreprise entité économique conduit le raisonnement à anticiper raisonnablement la responsabilité pénale de l'entreprise agent économique donneur d'ordre pour manquement à son obligation de vigilance à l'égard de ses filiales, sociétés contrôlées et partenaires commerciaux établis, sans considération de son intentionnalité. Dès lors, la conformité pourrait générer un nouveau risque pénal pour l'entreprise, passant du souci éthique d'instaurer un programme de vigilance à une obligation en soi, dont l'inobservation serait pénalement réprimée.

Le sens de l'histoire : vers une pénalisation renforcée et une généralisation de l'obligation de vigilance de l'entreprise à l'égard de son écosystème

L'évolution du droit de la responsabilité pénale en France au cours des dernières décennies abonde dans le sens de la recherche d'une responsabilité juridique attribuée là où le pouvoir économique est exercé et le profit perçu.

Il est encore intéressant de relever que Sherpa et d'autres associations membres du Forum Citoyen pour la RSE avaient participé à l'élaboration d'une première proposition de loi en 2013 qui prévoyait un triptyque en matière de responsabilité (pénale, civile et commerciale) des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre en cas de défaut de vigilance sur leur(s) filiale(s), fournisseurs et sous-traitants, assorti d'une présomption de responsabilité pesant sur l'entreprise²². Si cette loi n'a pas passé le vote de l'Assemblée²³ en 2013, force est de constater que le projet de loi Vigilance prévoyait une amende civile de 10 à 30 millions d'euros, censurée par le Conseil Constitutionnel²⁴. C'est dire si le concept persiste...



(20) Cass., Crim. 22 févr. 2017, n° 15-87.328

(21) Article 432-16 du code pénal réprimant le délit de détournement de fonds, disposant que « *lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

(22) BEAU DE LOMENIE Th. et COSSART S., Sherpa, « Parties prenantes et devoir de vigilance », Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires – supplément à la semaine juridique entreprise et affaires n°50 du jeudi 14 décembre 2017

(23) AN, prop. de loi n°1519, 6 nov. 2013

(24) Déc. Conseil Constitutionnel n°2017-750 DC du 23 mars 2017

Transparency International France a également émis la recommandation d'aller plus loin que Sapin II en étendant la conduite des *due diligences* à toute personne « associée » à l'entreprise (notion qui dépasse celles de client, fournisseur de premier rang et intermédiaire prévues dans la loi) tel que le prévoit le Guidance anglais (principe n°4)²⁵.

Il est permis de craindre que ces idées fassent leur chemin et aboutissent, tôt ou tard... Tel paraît être le sens de l'histoire que le principe de précaution commande d'anticiper.

Conclusion

Sous ce prisme, le risque pénal de l'entreprise, maison-mère et/ou donneuse d'ordre, en matière de conformité est loin d'être hypothétique. De ce point de vue, les obligations et outils nouvellement imposés sont l'occasion d'appréhender globalement le risque pénal de l'entreprise au-delà des seules contraintes de conformité. Il s'agit d'une réalité très concrète devant conduire à intégrer largement dans les habitudes quotidiennes de l'entreprise la vigilance sans considération des seuils imposés par la loi et des secteurs protégés (corruption, données personnelles, santé, sécurité, droits humains, environnement), par une application extensive des dispositifs imposés (notamment charte éthique ou code de conduite, règlement intérieur, contrôles élargis). Sous cette considération et par application du principe de

précaution, les entreprises sont invitées à mettre en place un maximum de dispositifs internes qui contribueront à limiter ou exonérer sa responsabilité pénale en ce qu'ils seront appréciés par le juge pénal comme autant d'indices de bonne foi et d'exécution de son obligation de moyens de vigilance.

Que l'on soit pour ou contre, une bonne gouvernance de l'entreprise passe désormais par une bonne gouvernance de la conformité et l'anticipation de ce risque pénal d'un nouveau genre. Ce changement de paradigme doit intervenir au plus vite car il s'agit désormais d'un enjeu stratégique et de compétitivité, y compris pour les entreprises non (encore) assujetties à ces nouvelles normes (en-dessous des seuils). C'est en effet à ce prix qu'elles conserveront leurs partenariats commerciaux avec les entreprises soumises à ces nouvelles règles qui leur sont applicables par capillarité ■

(25) Analyse et recommandations de Transparency International France, 15 décembre 2016, page 7

NÉGOCIER SA PEINE AVEC PLUSIEURS JURIDICTIONS : LE *NON BIS IN IDEM* GRAND ABSENT ?

L'EXEMPLE DE LA LUTTE ANTI-CORRUPTION



Bénédicte GRAULLE

Associée, cabinet d'avocat Jones Day

Non bis in idem, pas deux fois pour la même chose.

Cet adage latin conserve toute son universalité dans un environnement juridique globalisé. Appliqué indifféremment par les juridictions de Common et de Civil Law (sous le terme de « *double jeopardy* » aux Etats-Unis), il est un enjeu primordial pour les multinationales confrontées à des procédures dans différentes juridictions pour des faits identiques.

Les infractions liées à la corruption sont symptomatiques de ce phénomène. En effet, elles se distinguent par la portée largement extraterritoriale de leur incrimination. Depuis une dizaine d'années, sous l'impulsion de l'OCDE, le nombre de juridictions dotées d'un arsenal juridique anti-corruption a augmenté de manière exponentielle.

Face à cette menace, les entreprises sont encouragées à s'engager sur la voie de la négociation, que ce soit au moyen des *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, ou des Conventions Judiciaires d'Intérêt Public (CJIP) en France. Les Etats y trouvent leur compte : ces procédures sont moins chronophages, permettent d'éviter l'aléa d'un procès mais surtout, peuvent aboutir au versement de sommes colossales qui profitent directement aux finances publiques locales. En 2016 une société

brésilienne a accepté de régler la somme de 2,6 milliards de dollars aux autorités suisse, brésilienne et américaine¹. L'amende était telle qu'elle a dû être réduite en 2017 face au risque de défaut de l'entreprise².

Les entreprises doivent donc appréhender deux paradigmes nouveaux: la multiplicité des autorités compétentes et la gestion d'une négociation pénale. Les transactions signées conjointement par le *Department of Justice* et le Parquet national financier (PNF) le 24 mai et le 5 juin derniers en sont de bons exemples³. Elles n'en seront probablement pas les derniers.

Quelle est la place du principe *non bis in idem* dans les procédures pénales négociées avec les autorités de plusieurs juridictions ? A quels sujets les entreprises doivent-elles se montrer attentives avant, pendant et après ces négociations ?

En amont des négociations, la multinationale doit identifier les autorités compétentes avec lesquelles elle pourra transiger (a.). Lors des négociations, il lui est nécessaire de connaître les règles auxquelles obéissent ces autorités pour faire respecter en amont le principe de *non bis in idem* dans le prononcé de la sanction (b.). Suite à la conclusion de la transaction, la multinationale doit s'interroger sur l'autorité de la chose jugée adossée à la transaction négociée (c.).

(1) Communiqué de presse du U.S. Department of Justice, « *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History* », 21 décembre 2016

(2) DoJ's and Eastern District of New York Sentencing Memorandum, 11 avril 2018

(3) CJIP signée entre le Parquet national financier et une banque française le 24 mai 2018 et *Deferred Prosecution Agreement* entre le Department of Justice et cette même banque le 5 juin 2018

Identifier ses interlocuteurs : les entreprises navigent à vue

Il est dans un premier temps essentiel d'identifier les interlocuteurs avec qui négocier sa peine pour des faits de corruption. Or, les compétences extraterritoriales en matière de corruption sont désormais nombreuses et se chevauchent nécessairement. Pour des faits identiques, plusieurs juridictions seront désormais compétentes (A.). A l'intérieur de ces juridictions, des conflits de compétence matérielle surgissent inévitablement (B.).

Concours de juridictions compétentes

En novembre 2017, 20 membres de la Convention anti-corruption de l'OCDE avaient déjà sanctionné des faits de corruption survenus à l'étranger⁴. La France les a rejoints en 2018⁵. La négociation simultanée avec plusieurs juridictions est donc devenue la norme⁶.

Aucun texte de droit international⁷ ne régit l'application du principe *non bis in idem* spécifiquement dans le cadre de la justice négociée. Avant l'essor des DPA et autres CJIP, il ne trouvait à s'appliquer en droit interne français que dans le cadre de procédures pénales répressives classiques⁸.

Enfin, aucun texte conventionnel⁹ s'appliquant entre autorités de poursuite ne semble prévoir de mécanisme d'aiguillage des procédures au bénéfice d'une seule juridiction.

Pourtant, l'article 4.3 de la Convention anti-corruption de l'OCDE¹⁰ prévoyait de résoudre ces conflits de compétence en contraignant les Etats-parties à confier l'exercice des poursuites à une seule autorité. Mais force est de constater que ce texte n'a pas été appliqué.

Concours d'autorités compétentes au sein de chaque juridiction

Plusieurs autorités au sein d'un même pays peuvent se saisir. Sur ce point, les situations divergent d'une rive à l'autre de l'Atlantique.

En Europe, la plupart des pays de Civil Law confient le monopole des poursuites pénales au Parquet. C'est le cas de la France, qui a préféré créer en 2014 un procureur de la République financier plutôt qu'une autorité administrative. Au Royaume-Uni, le modèle est similaire : le *Serious Fraud*

Office (SFO) est placé sous la même autorité hiérarchique que le *Crown Prosecution Service*. L'interlocuteur sera alors unique et ainsi facile à identifier.

Aux Etats-Unis, le *Department of Justice* (DoJ) et les *District Attorneys* sont tous placés sous l'autorité de l'*Attorney General*. La *Securities and Exchange Commission* (SEC), bien qu'elle ne puisse prononcer que des peines administratives, est concurremment compétente pour appliquer le FCPA¹¹. Ainsi, une entreprise cotée aux Etats-Unis devra fréquemment composer avec le DoJ et la SEC simultanément.

C'est pourquoi sous l'impulsion de Jeff Sessions, actuel *Attorney General*, le DoJ a publié le 9 mai 2018 une circulaire visant à limiter ces empilements de procédure, surnommés « piling-on », que ce soit au niveau interne ou international¹².

Négocier sa peine : le flou imposé par les autorités

L'accroissement des chevauchements de compétences a pour corollaire une multiplication des transactions multi-juridictionnelles. Celles-ci permettent une résolution négociée et simultanée entre plusieurs autorités et une société prévenue, comme celles intervenues entre le DoJ et le PNF le 24 mai et le 5 juin derniers. Jusqu'à aujourd'hui, le DoJ a été impliqué dans chacune d'entre elles.

Ces transactions opèrent un partage des sanctions, à la fois au niveau de l'amende (A.) et des peines de mise en conformité (B.).

Sanctions monétaires

Le partage des amendes respecte le *non bis in idem, lato sensu*. En effet, les multinationales ne sont, à proprement parler, sanctionnées qu'une seule fois en ce sens que l'amende est systématiquement partagée entre les autorités. Mais ce mode de sanction soulève deux questions.

D'une part, s'agissant du calcul de l'amende. Les Etats-Unis semblent ici avoir la main haute. Non seulement leurs *U.S. Sentencing Guidelines* sont systématiquement suivies pour fixer le montant total de l'infraction, mais c'est bien souvent le Trésor américain qui capte les fonds pour le compte des autorités étrangères avant de les leur reverser.

(4) 2016 Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention, OCDE

(5) Cass. crim., 14 mars 2018, n°16-82.117

(6) GRIFFITHS Robert, *Cooperate with everyone simultaneously to avoid piling-on, says FCPA Chief*, Global Investigation Review, 14 juin 2018

(7) Seul l'article 14 7° du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 lui octroie une certaine reconnaissance en droit pénal international

(8) Articles 113-2 et 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale

(9) Par exemple, le SFO britannique et le MPF (Ministère Public Fédéral) brésilien ont noué un protocole d'accord le 23 janvier 2018

(10) Convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales

(11) Foreign Corrupt Practices Act du 19 septembre 1977

(12) US. Department of Justice, « Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties », 9 mai 2018, www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/download

Cette ingérence pose la question de la souveraineté, ce qui explique peut-être pourquoi le Trésor français a perçu lui-même les sommes qui lui étaient dues dans les transactions signées les 24 mai et 5 juin derniers¹³.

Toutefois, *quid* lorsque le DoJ sera absent d'une procédure de transaction, comme dans les probables transactions à venir avec le PNF et le SFO dans l'enquête pour corruption visant un acteur majeur de l'aéronautique ?

D'autre part, s'agissant de la répartition de l'amende entre les autorités. Dans l'affaire précitée impliquant une société brésilienne, 80 % du montant de l'amende étaient destinés au MPF (Ministère Public Fédéral) brésilien tandis que le solde a été partagé entre le DoJ et son homologue suisse. En revanche, le montant de l'amende imposée dans les transactions des 24 mai et 5 juin 2018 a été partagé à parts égales entre le DoJ et le PNF.

A l'instar de cette affaire, la nature et le montant des sanctions prononcées dans le cadre des transactions sont généralement rendus publics. Il en va en revanche tout autrement des *méthodes* de répartition de ces sommes entre les autorités concernées, qui sont gardées confidentielles. En pratique, si des critères de territorialité de l'infraction et du préjudice sont parfois à l'origine de ces répartitions, elles résultent principalement d'un rapport de force entre autorités.

Cette opacité s'explique – et se justifie opportunément – par le caractère secret des négociations : cette confidentialité est un atout indéniable des transactions, y compris pour les entreprises.

Néanmoins et quand bien même ils intéressent moins les entreprises que le montant de l'amende encouru, une clarification de ces critères de répartition serait salutaire. Qu'en serait-il par exemple si, subitement, deux autorités cessaient de coopérer et décidaient plutôt d'entrer en concurrence pour maximiser les montants qu'elles percevront ?

Sanctions de mise en conformité

Les Etats jugent qu'il ne suffit pas de réprimer la corruption, il faut aussi la prévenir. C'est pourquoi la plupart des autorités, en sus d'une sanction monétaire, infligent des peines de mise en conformité. Il s'agit notamment de l'adoption dans l'entreprise d'un code de conduite, de la mise en place d'une cartographie des risques, de la création de procédures de contrôles comptables *ad hoc*, etc.

En France, c'est la loi Sapin II qui les a introduites¹⁴.

En la matière, c'est encore la coopération entre autorités qui prime. Par exemple, dans les transactions signées les 24 mai et 5 juin derniers, il a été décidé que la nouvelle Agence Française Anticorruption (AFA) prendrait en charge le contrôle de cette sanction et le DoJ a explicitement évoqué cette délégation dans le DPA signé par la banque.

Toutefois, des règles transparentes et contraignantes, qui pourraient être convenues conventionnellement entre autorités, seraient souhaitables.

La transaction signée et homologuée : quelle efficacité ?

Une fois la transaction signée, une application stricte du principe *non bis in idem* signifierait que l'entreprise ne pourrait plus faire l'objet d'une quelconque sanction, y compris négociée. En pratique, les jurisprudences européennes et françaises n'offrent pas de garantie aussi nette (A.). Plus encore, le contenu de la transaction peut se révéler auto-incriminant (B.).

L'application asymétrique du principe non bis in idem par les juridictions européennes et françaises

Au plan européen, les avis divergent. De jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) considère que le principe *non bis in idem* ne s'applique qu'aux décisions intervenues au sein d'un même Etat¹⁵. La Cour de Justice de l'Union européenne, quant à elle, fait application du principe *non bis in idem* entre Etats membres mais uniquement dans les cas où la réglementation en jeu se situe strictement dans le cadre du droit de l'Union¹⁶. C'est le cas en matière de lutte anti-corruption¹⁷.

Au plan national, le principe *non bis in idem* n'est pas applicable lorsque l'un des éléments constitutifs de l'infraction a été commis en France¹⁸ : c'est ce qu'a récemment jugé la Cour de cassation dans des arrêts *Pétrole c. Nourriture*. Selon ces arrêts, « les décisions rendues par des juridictions étrangères n'ont l'autorité de la chose jugée que lorsqu'elles concernent des faits commis en dehors du territoire de la République »¹⁹. Or, ce critère de rattachement est très malléable, s'agissant d'infractions transfrontières et complexes.

(13) Néanmoins, en cas de non-paiement au Trésor public français, la somme restait due au Trésor américain.

(14) Article 131-39-2 du Code pénal créé par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016

(15) Voir récemment : CEDH, 20 février 2018, *Krombach c. France*, n°67521/14

(16) CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, pt. 19

(17) CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, aff. C-299/95, pt. 14 à 19

(18) Articles 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale

(19) Cass. crim., 17 janvier 2018, n°16-86.491 et 14 mars 2018, n°16-82.117

En définitive, les Cours suprêmes européennes et française n'offrent guère de garantie de prévisibilité quant à l'application du *non bis in idem*. Cette incertitude est renforcée par la nature transactionnelle des procédures de DPA, qui ne sont pas à proprement parler des décisions de justice.

Les transactions sont-elles auto-incriminantes ?

En France, la CJIP aussi bien que la procédure de Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité (CRPC) doivent contenir « *un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée* »²⁰. Néanmoins, cette reconnaissance des faits ne doit pas être confondue avec une reconnaissance de culpabilité, expressément exclue en matière de CJIP.

De la même manière **aux Etats-Unis et au Royaume-Uni**, les DPA américains et britanniques²¹ contiennent un *Statement of Facts* par lequel l'entreprise reconnaît la véracité des faits sans admettre sa culpabilité. A l'inverse, la procédure américaine de *plea agreement* implique une reconnaissance de culpabilité.

Par ailleurs, ces mécanismes transactionnels doivent le plus souvent faire l'objet d'une publication.

Ainsi, les transactions ne laissent pas l'entreprise totalement blanchie. Ces reconnaissances de faits ou de culpabilité sont problématiques dans l'éventualité où l'entreprise doit se défendre ultérieurement dans une autre procédure. Cela pose d'autant plus problème que des « clauses-muselière », introduites dans les transactions américaines, interdisent aux prévenues de remettre en cause les faits précédemment reconnus, sous peine de voir le DPA révoqué par le procureur américain.

Entre protection contre l'auto-incrimination et interdiction de désavouer ses précédentes déclarations, les multinationales sont ainsi prises au piège.

Pour conclure, l'écosystème encore balbutiant de la justice pénale transactionnelle éprouve les principes fondamentaux du droit pénal, parmi lesquels celui du *non bis in idem*. Aucune norme ne garantit à la multinationale un seul interlocuteur et la négociation de sa peine se fait encore dans des conditions opaques. Enfin, le traitement juridictionnel des transactions postérieurement à leur conclusion est incertain et la jurisprudence française et européenne doit encore s'affiner ■

(20) Article R15-33-60-2 du Code de procédure pénale ; Article 495-8 du Code de procédure pénale

(21) Crime and Courts Act 2013, Schedule 17, Part 1, Article 5

LA COOPÉRATION : UNE SOLUTION POUR METTRE FIN À L'UTILISATION DES LÉGISLATIONS ANTI-CORRUPTION COMME DES « ARMES JURIDICO-ÉCONOMIQUES MASSIVES » ?



Sophie SCEMLA

Avocat aux Barreaux de Paris et New-York, associée Droit Pénal des Affaires et Compliance, Eversheds Sutherland (France) LLP

De nombreuses législations sanctionnant la corruption internationale ont un champ d'application extraterritorial. Sur le fondement du FCPA, les autorités américaines se sont érigées en gendarmes du monde pour sanctionner très lourdement les entreprises étrangères et utiliser leur législation comme une puissante arme économique.

Faute pour les autorités de poursuites de prendre en compte la compétence concurrente des juridictions étrangères, le risque de double poursuite, voire de double condamnation, est très important car le principe *non bis in idem* a une portée limitée en matière internationale.

Une plus grande coopération internationale et la conclusion d'accords globaux tels que celui conclu dans l'affaire Société Générale avec le Department of Justice américain et le Parquet national financier français pourraient être une solution à ces abus.

Sur fondement du *Foreign Corrupt Practices Act* (ci-après le « FCPA »), les Etats-Unis se sont érigés en gendarmes du monde pour sanctionner la corruption, sans se soucier de la compétence concurrente des juridictions étrangères. Prétextant que leurs homologues ne sont pas suffisamment répressifs, les autorités américaines ont ainsi prononcé (ou plus exactement « négocié ») des sanctions exorbitantes contre de nombreuses entreprises étrangères pour des faits ne présentant pas de lien direct avec les Etats-Unis. L'affaire Alstom dans laquelle Alstom a plaidé coupable de faits

de corruption dans des pays tels que l'Indonésie, l'Arabie Saoudite, l'Egypte ainsi que les Bahamas, et a payé une amende record de 772 millions de dollars en est une parfaite illustration.

Le montant des sanctions prononcées à l'encontre des sociétés étrangères et l'absence de lien direct entre les faits et la protection de l'ordre public américain conduisent à s'interroger sur le but réellement poursuivi par les autorités américaines, que l'on pourrait accuser d'utiliser cette arme juridique pour pénaliser leurs concurrents étrangers.

Avec l'entrée en vigueur du *UK Bribery Act* (ci-après le « UKBA ») doublée de la loi sur les « *Deferred Prosecution Agreement* » (ci-après le « DPA »), les Britanniques pourraient être tentés de s'inspirer du modèle américain.

De même, le droit français a un champ d'application extraterritorial.

Ces condamnations/transactions entraînent des risques importants de double poursuite pour les sociétés concernées car la plupart des juridictions n'appliquent pas le principe *non bis in idem* en matière internationale.

La coopération judiciaire internationale et la négociation d'accords globaux entre les autorités de poursuites tels que l'accord récemment conclu entre la Société Générale, le **Department of Justice** (ci-après le « DoJ ») et le Parquet

national financier français (ci-après le « PNF ») pourraient être un moyen efficace de mettre fin ou, à tout le moins, d'atténuer les effets de ces armes juridico-économiques très dangereuses pour les entreprises.

Est-ce la raison pour laquelle le législateur français, qui réprime la corruption d'agents publics étrangers et le trafic d'influence d'agents étrangers ou de membres d'une organisation internationale publique, a institué la faculté de conclure des conventions judiciaires d'intérêt public dans les affaires de corruption internationale ?

Les législations anti-corruption ont un champ d'application extraterritorial

Le FCPA s'applique en dehors des Etats-Unis

Le FCPA qui sanctionne la corruption d'agents publics étrangers s'applique à :

- tout émetteur de titres américains (« *issuer* »), c'est-à-dire à :
 - toute société cotée en bourse aux Etats-Unis ou émettant des titres sur un marché américain ou ;
 - toute société qui émet des titres en vente libre aux Etats-Unis mais qui est tenue de soumettre des rapports périodiques à la SEC, peu importe que la société soit de nationalité américaine, ainsi qu'à tout directeur, salarié ou représentant de l'émetteur ou tout actionnaire agissant au nom de l'émetteur ;
- toute entreprise nationale (« *domestic concerns* »), c'est-à-dire toute personne physique, citoyen, national ou résident des Etats-Unis ou toute personne morale immatriculée aux Etats-Unis ou ayant son principal établissement aux Etats-Unis ou à tout directeur, salarié ou représentant d'une telle entreprise nationale ou tout actionnaire agissant au nom de l'entreprise ;
- toute personne étrangère, qui n'est ni émetteur de titres ni entreprise nationale, qui, directement ou par l'intermédiaire d'une tierce partie, **commet un acte de corruption sur le territoire américain ou à tout directeur, salarié ou représentant d'une telle personne** ou tout actionnaire agissant au nom de cette personne.

Le DoJ américain a considérablement étendu le champ d'application du FCPA en engageant des poursuites

contre des sociétés étrangères ayant commis des actes de corruption internationale ne présentant quasiment aucun lien avec les Etats-Unis au prétexte que :

- l'infraction a été très partiellement commise aux Etats-Unis en raison, par exemple, de l'existence de discussions concernant le versement d'une somme illicite intervenues aux Etats-Unis, d'un transfert de fonds sur un compte bancaire ouvert aux Etats-Unis, ou encore parce que des données ont été stockées sur des serveurs situés aux Etats-Unis ;
- ces dernières agissaient en qualité d'« agents » ou d'« affiliés », d'« *issuers* » ou de « *domestic concerns* » ;
- elles avaient commis des actes de complicité ou d'incitation à un acte de corruption commis par une société américaine ou une société cotée aux Etats-Unis.

S'agissant des personnes physiques, une décision très récente de la *United States Court of Appeals for the Second Circuit* a rappelé les limites au champ d'application extraterritorial du FCPA.

L'arrêt *United States v. Hoskins* du 24 août 2018¹ a jugé que le **FCPA ne pouvait pas s'appliquer à un ressortissant étranger n'ayant pas de lien avec des entités américaines** du groupe Alstom². Dans cette affaire, le DoJ avait engagé des poursuites contre un salarié d'Alstom UK qui travaillait également pour une filiale française Alstom SA. Ce salarié aurait approuvé le paiement de pots-de-vin en Indonésie mais ne s'était pas rendu aux Etats-Unis au moment de la mise en place du pacte corruptif.

La *Second Circuit* rappelle que si certaines dispositions du FCPA ont un champ d'application extraterritorial, le **FCPA ne permet pas de mettre en cause la responsabilité d'un citoyen étranger n'ayant pas la qualité d'agent, de salarié, de représentant, de dirigeant ou d'actionnaire d'un « issuer » américain ou d'un « domestic concern » s'il n'a pas commis d'infraction sur le territoire américain.** Elle précise, en outre, que le **FCPA n'a pas un champ d'application extraterritorial automatique.**

Il convient d'espérer que cette excellente décision, qui rappelle les limites légales du FCPA, soit appliquée par les autorités américaines et que ces principes soient étendus aux personnes morales. On peut toutefois en douter compte tenu de la politique actuelle du DoJ et du fait que toutes les sociétés mises en cause pour violation du FCPA transigent avec les autorités, sans jamais se défendre devant les tribunaux³.

(1) United States Court of Appeals for the Second Circuit, *United States v. Hoskins*, August 24 2018, n° 16-1010 cr

(2) "Legal Alert: Shortening the long arm of the law – the Second Circuit limits the extraterritorial reach of the Foreign Corrupt Practices Act", *Eversheds Sutherland*, 2018: <https://us.eversheds-sutherland.com/NewsCommentary/Legal-Alerts/213926/Legal-Alert-Shortening-the-long-arm-of-the-law-the-Second-Circuit-limits-the-extraterritorial-reach-of-the-Foreign-Corrupt-Practices-Act>

(3) "Legal Alert: DOJ Announces Changes to FCPA Corporate Enforcement Policy", *Eversheds Sutherland*, 2018: <https://us.eversheds-sutherland.com/NewsCommentary/Legal-Alerts/206662/Legal-Alert-DOJ-Announces-Changes-to-FCP-Corporate-Enforcement-Policy>

Le UKBA s'applique aux sociétés étrangères ayant des activités ou des liens étroits avec le Royaume Uni

Le UKBA est applicable :

- à **tout acte de corruption commis sur le territoire du Royaume-Uni**. Ce critère de rattachement est apprécié de façon très large par les autorités britanniques. Il suffit qu'un des éléments de l'infraction de corruption (tels qu'un paiement transitant par un compte au Royaume-Uni, un paiement intervenu en livres sterling, un email envoyé depuis le Royaume-Uni...) soit commis sur le territoire britannique pour que les autorités britanniques aient compétence pour connaître des faits ;

- à **tout acte de corruption commis par une personne ou entité ayant un lien étroit avec le Royaume-Uni**. Ces personnes recouvrent toutes les entités établies et ayant une activité au Royaume-Uni ainsi que toute personne de nationalité britannique ou résidant au Royaume-Uni.

S'agissant de l'infraction spécifique de « *failure to prevent bribery* »⁴ par des « *associated persons* »⁵ définie à la section 7 du UKBA, le champ d'application extraterritorial est beaucoup plus large. Les autorités britanniques pourront poursuivre toute « *relevant commercial organisation* »⁶.

Les « *associated persons* » sont tous les salariés, agents, courtiers ou intermédiaires qui agissent pour le compte d'une société, et peuvent engager la responsabilité de cette dernière, que la société soit ou non informée des faits allégués de corruption. Il s'agit d'une responsabilité pénale stricte.

L'extraterritorialité de la loi française

Les textes français sanctionnant la corruption d'agents publics étrangers⁷ et le trafic d'influence d'agents publics étrangers ou de membres d'une organisation internationale publique⁸ ont également un champ d'application extraterritorial.

En effet, la loi française est applicable dans certaines conditions⁹ lorsque :

- la victime est française ;
- l'infraction a été commise, même partiellement, en France, c'est-à-dire que :

- le paiement des commissions a été effectué ou a été viré de France ou
- le pacte corruptif a été conclu en France ;

- l'auteur de l'infraction est une personne physique ou une société française.

Compte tenu du champ d'application extraterritorial de ces législations anti-corruption, il existe un risque important de poursuites multiples, voire de condamnations multiples.

Le risque de double poursuite et double condamnation

Les entreprises qui concluent des accords négociés avec des autorités étrangères encourent le risque d'être condamnées une deuxième fois sur le fondement des mêmes faits dans d'autres juridictions car le principe *non bis in idem* a une portée très limitée en matière internationale.

Ce principe, qui consacre le droit à ne pas être puni deux fois pour les mêmes faits, n'est pas appliqué lorsque les sanctions sont prononcées dans deux Etats étrangers.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 mars 2018¹⁰ dans l'affaire « *Pétrole contre Nourriture* » est une illustration concrète de cette problématique dans les affaires de corruption internationale¹¹.

Dans cette affaire, il était reproché à plusieurs personnes physiques et morales d'avoir participé à un système de paiements et de commissions occultes sous forme de « surcharges » à l'Etat irakien, en contournant les règles du programme « *Pétrole contre Nourriture* », ce qui constituait une violation à l'embargo édicté par les Nations Unies contre le régime de Saddam Hussein.

La découverte de ce système de « surcharges » a donné lieu à l'ouverture de plusieurs enquêtes dans différents pays, dont les Etats-Unis. Mises en cause du chef de corruption d'agents publics étrangers, plusieurs entreprises ont conclu des accords transactionnels et payé de très lourdes amendes aux Etats-Unis. Elles ont, par la suite, été poursuivies en France sur le fondement des mêmes faits. Une des sociétés a alors été condamnée une deuxième fois en France sur le fondement des mêmes faits.

(4) Défaut de prévention de la corruption

(5) Personnes associées

(6) Organisations commerciales concernées. La section 7(5) du UKBA ainsi que les lignes directrices (« *Guidance* ») publiées le 30 mars 2011 par le Ministry of Justice britannique précisent que peuvent être considérées comme de telles « *relevant commercial organisations* » : (i) une entité constituée en vertu du droit du Royaume-Uni ou immatriculée au Royaume-Uni, peu important l'endroit où la société exerce ses activités, ou (ii) une entité exerçant ses activités en tout ou partie sur le territoire britannique, peu important son lieu d'immatriculation ou d'établissement. Cette notion de « *relevant commercial organisation* » exerçant en tout ou partie ses activités sur le territoire britannique est interprétée largement et souverainement par les autorités britanniques en fonction des circonstances propres à chaque espèce.

(7) Articles 435-1 et 435-3 du Code pénal

(8) Articles 435-2 et 435-4 du Code pénal

(9) Articles 113-2, 113-6 et 113-7 du Code pénal

(10) Crim. 14 mars 2018, n° 16-82.117

(11) SCEMLA (S.), 2018, « Double jeopardy in corporate crime cases », Corporate Crime Reporters, Volume 32 n° 32, p. 1-4 et 14-16 <https://www.corporatecrimereporter.com/news/200/eversheds-sutherland-partner-sophie-scemla-double-jeopardy-defense-corporate-crime-cases/>

En effet, la Cour de cassation a considéré, à tort, que les dispositions des articles 4 du protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme et 14-7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques¹² qui énoncent le principe *non bis in idem*, ne s'appliquent pas lorsque les deux procédures ont été engagées sur le territoire du même Etat.

Cette décision est contestable car :

- d'une part l'article 14-7 du pacte international relatif aux droits civils et politique n'opère pas de distinction selon que les poursuites sont exercées dans un Etat ou un autre et ne pose donc pas comme condition d'application du principe *non bis in idem* que les faits soient poursuivis dans un même Etat, et
- d'autre part, cette approche est contraire à l'article 4§3 de la Convention OCDE¹³ qui énonce que lorsque plusieurs juridictions ont compétence, les autorités des différents Etats « *se concertent, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites* ».

Une plus grande coopération et une concertation réelle entre les autorités de poursuite pourraient limiter ce risque de double condamnation.

Une plus grande coopération internationale indispensable

La transaction globale conclue récemment dans l'affaire Société Générale avec le DoJ et le PNF marque une grande avancée car elle est la démonstration de cette collaboration entre les autorités de poursuites qui est indispensable en matière de corruption internationale¹⁴.

Dans cette affaire, la Société Générale faisait l'objet d'une enquête en France et aux Etats-Unis du chef de corruption d'agents publics étrangers pour avoir versé des commissions à un intermédiaire proche de la famille Kadhafi afin d'obtenir des marchés auprès de la *Libyan Investment Authority* entre 2007 et 2010.

Les autorités américaines ont, toutefois, pour la première fois, pris en compte la souveraineté et la compétence des autorités françaises pour poursuivre ces faits susceptibles d'être qualifiés de corruption commis par cette société française en Libye¹⁵.

Le PNF et le DoJ ont en effet coordonné leurs enquêtes¹⁶ et leurs actions afin de parvenir à la conclusion simultanée d'accords mettant fin aux poursuites :

- un DPA aux Etats-Unis dans le cadre duquel Société Générale SA a payé l'équivalent de 250 150 755 euros au Trésor public ;
- une convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») en France dans le cadre de laquelle la société a payé la même somme en France.

Cette décision constitue donc une avancée en matière de lutte contre la corruption internationale car les autorités de poursuites de plusieurs Etats se sont concertées pour sanctionner conjointement des faits de corruption. Ce type de coopération devrait permettre de limiter les poursuites multiples et de sanctionner plus efficacement la corruption internationale.

La CJIP, d'inspiration anglo-saxonne et introduite par la Loi Sapin II¹⁷, est ainsi un outil efficace pour parvenir à la conclusion d'accords globaux dans le cadre d'une réelle coopération internationale. On peut cependant regretter que la CJIP ne s'applique pas aux personnes physiques¹⁸.

Il convient d'espérer que les autorités de différentes juridictions continueront à se concerter pour parvenir plus souvent à la conclusion de ce type d'accords globaux, qui devraient être étendus aux personnes physiques ■

(12) Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966

(13) Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, entrée en vigueur en France le 29 septembre 2000

(14) SCEMLA (S.) ET SORRELS (S.), 2018, "Cross interview regarding the differences between the FCPA and Sapin 2 Law", Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires, supplément à la Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 39, p. 8-9

(15) SCEMLA (S.), 2018, "International : les décisions conjointes entre les Etats-Unis et la France ouvrent-elles un nouveau chapitre en matière de collaboration internationale entre juridictions ?", Option Droit & Affaires n°406, p. 10-11

(16) GREENBERG (O.), SCEMLA (S.), ZDROJESKI (R-W.), WILLIAMS-WASS (Y-M.) KOGAN (L-G.), "Legal alert: In a first coordinated resolution, US and French authorities announce agreement to settle criminal charges with Paris-based Société Générale S.A.", *Eversheds Sutherland*, 2018 <https://us.eversheds-sutherland.com/NewsCommentary/Legal-Alerts/212324/Legal-Alert-In-a-first-coordinated-resolution-US-and-French-authorities-announce-agreement-to-settle-criminal-charges-with-Paris-based-Socit-Gnrle-SA>

(17) SCEMLA (S.), 2018, « Avec l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, quels enseignements tirer des recommandations publiées par l'US DoJ sur l'évaluation des programmes de conformité ? », Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires, supplément à la Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 40, p. 34-36

(18) SCEMLA (S.), 2018, « La défense de l'AFA des intérêts des entreprises françaises à l'étranger », Relais d'Opinion <https://www.lopinion.fr/blog/relais-d-opinion/defense-l-afa-interets-entreprises-francaises-a-l-etranger-152117>

ENTRETIEN AVEC



Nicola BONUCCI

Directeur des Affaires Juridiques, OCDE

Depuis 1997, M. Bonucci a été étroitement impliqué dans le suivi de l'application de la Convention anti-corruption de l'OCDE et participe régulièrement à des conférences sur ce thème.

? On compte 40 pays signataires de la convention anti-corruption. Quels sont-ils ? Quels sont les pays les mieux notés en matière de *compliance* sur les différents volets (blanchiment, embargos, corruption, protection des données) ?

La question est complexe car les différents volets que vous évoquez sont en réalité suivis par différentes institutions et ont des bases juridiques différentes, ce qui est un des challenges de la *compliance*. En ce qui concerne la convention anti-corruption de l'OCDE, elle comprend en réalité 44 parties, y compris des pays non-OCDE. Tous les pays sont examinés par leurs pairs sur une base de rotation et les rapports sont tous rendus publics. Nous sommes actuellement dans le 4ème cycle d'évaluation. Chaque pays a ses forces et ses faiblesses et nous n'avons pas de classement à proprement parler. Ceci étant posé, il suffit de lire le communiqué de presse produit au moment de la publication de chaque rapport pour comprendre que tous les pays n'ont pas le même niveau.

? Les recommandations et guides sont-ils suffisamment contraignants pour prétendre endiguer la corruption ?

Il peut sembler paradoxal de l'affirmer dans un contexte où des scandales apparaissent régulièrement dans les médias mais la réalité est que le cadre juridique de la lutte contre la corruption s'est singulièrement renforcé durant les vingt dernières années, tant sur le plan national qu'international. Bien évidemment, des progrès peuvent encore être faits mais nous ne manquons pas de textes, contraignants ou non, en matière de lutte contre la corruption. N'oublions pas qu'il y a vingt ans, payer un pot de vin à un fonctionnaire étranger n'était sanctionnable ni en France ni dans aucun pays au monde sauf aux USA, ce qui mesure le chemin parcouru.

? Quelles sont les marges de progrès sur le plan de l'édition des règles et de leur application au national ? Qu'en est-il au niveau européen ?

En ce qui concerne la France, il est indéniable que la loi Sapin II a constitué un grand pas en avant non seulement pour ce qu'elle contient mais aussi au titre de la manière dont elle a été élaborée et du message de « policy » qu'elle délivre. On peut dire qu'il s'agissait d'une mise à niveau nécessaire et bienvenue. Il est trop tôt pour déterminer les marges de progrès mais toute loi peut être améliorée. Au niveau européen, la question est plus nuancée. Il existe des textes européens contre la corruption mais qui visent essentiellement des atteintes aux intérêts de l'UE. La négociation d'adhésion de certains pays à l'UE a aussi donné lieu à d'importantes discussions et progrès en la matière même si l'on voit qu'il est plus difficile pour la Commission de continuer à exercer une pression efficace sur les Etats une fois qu'ils sont devenus membres. Ce que l'on peut peut-être regretter est l'absence d'un discours fort et univoque de la Commission au même titre que celui qu'elle a en matière de droit de la concurrence ou de lutte contre l'évasion fiscale.

? Existe-t-il un référentiel anti-corruption français et européen ?

Je crois qu'il faut toujours prendre le mot « référentiel » avec précaution. En matière de lutte contre la corruption (comme dans d'autres), l'entreprise est soumise à différents régimes juridiques qui sont pour l'essentiel compatibles mais pas forcément identiques. C'est à l'entreprise de prendre en compte les différentes exigences et les différents contextes pour les rendre opérationnels au sein de l'entreprise. Je conçois que cela ne soit pas toujours aisé mais il s'agit aussi d'une forme de reconnaissance par le régulateur que l'on ne puisse imposer une norme unique et universelle sur des

réalités de terrain qui peuvent être très diverses. Ainsi, si le régulateur peut déterminer l'obligation d'une cartographie des risques, il ne devrait pas imposer un modèle unique mais laisser aux entreprises la responsabilité d'une telle cartographie.

? Un contreponds à l'égard des sanctions américaines et de l'extraterritorialité peut-il s'organiser au niveau de l'Europe ?

Cette question semble beaucoup plus centrale en France que dans d'autres pays. Toute sanction en matière de corruption internationale est par nature « extraterritoriale » dans le sens où le régime juridique du pays va s'appliquer sur une conduite qui aura eu lieu en tout ou partie à l'étranger. Le problème n'est donc pas tant l'extraterritorialité mais la perception particulièrement prégnante en France que la loi américaine sur la question (le FCPA) vise de fait les entreprises européennes. Que les autorités judiciaires américaines aient une politique juridique extérieure est indéniable et l'on peut regretter que l'Europe ne fasse pas de même. Il n'en reste pas moins que les affaires comme celle d'Alstom reposaient i) sur des faits avérés et ii) sur l'absence d'action des autorités françaises. On voit avec le récent règlement par la Société Générale de son litige sur la base d'une Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP) que le paradigme peut évoluer.

? Les outils de lutte contre les atteintes au droit de la concurrence se sont révélés très efficaces. Que faudrait-il pour atteindre des objectifs similaires en matière de *compliance* ?

Les outils de lutte contre les atteintes au droit de la concurrence se sont en effet révélés efficaces dans la durée. En comparaison, la lutte contre la corruption en est encore à ses prémises... Le Sherman antitrust act américain date de 1890 et la protection du droit de la concurrence a été inscrite dans le Traité de Rome de 1957. Il y a bien évidemment des similarités et des points de convergence importants entre ces deux aspects. Des législations nationales en matière de lutte contre la corruption, telles que la loi Sapin II (e.g CJIP), s'inspirent des pratiques mises en place en droit de la concurrence, notamment au niveau des sanctions. Je suis convaincu que les deux régimes vont se rejoindre de plus en plus car la corruption est aussi une atteinte au droit de la concurrence.

? Les ONG ont-elles un rôle déterminant ? Sont-elles des partenaires en matière de prévention ?

Une organisation comme Transparency International (TI) a été déterminante pour la négociation et l'entrée en vigueur de la Convention Anti-Corruption. Plus récemment, son chapitre français a joué un rôle clé dans la définition de la loi Sapin II. Les ONG sont donc essentielles en tant que contre-pouvoirs, organes de contrôle extérieurs et forces de proposition. Elles peuvent être aussi un partenaire utile en matière de prévention. TI a souvent publié de la « guidance » en direction des entreprises. Pour autant, il est important que chacun joue son rôle et que les ONG continuent à être la « mouche du coche » dont une société démocratique a tant besoin ■

CONFORMITÉS RÉGLEMENTAIRES ET SÉCURITÉ ÉCONOMIQUE : FOCUS BRÉSIL



Dominique PAÏVA, PhD.

Avocat aux barreaux de Paris et São Paulo
Président de la Commission Bonnes Pratiques/CCBF

Face à des scandales successifs et à l'aune des attentes internationales grandissantes, les autorités et les entreprises opérant au Brésil ont dû faire preuve d'avancées significatives en matière de conformité réglementaire et sécurité économique.

Dans un pays aux dimensions continentales, structurellement impacté par des taux d'inégalité sociale et de criminalité alarmants, il est attendu que le problème de l'insécurité dans les affaires soit l'objet de mesures non seulement répressives (p. ex. : opération *Lavajato*), mais aussi préventives, afin d'ancrer une plus forte culture d'intégrité (p. ex. : règles de bonne gouvernance, programmes d'éthique & conformité, RSE, etc.).

Le besoin de sécurité économique et d'actions responsables nourrit en fait le droit en vigueur - ainsi que les politiques et stratégies des entreprises - dans des domaines très larges : les restrictions des pratiques déloyales ; la protection de la concurrence et des consommateurs ; le respect de la propriété intellectuelle et des données personnelles ; la protection de l'environnement, des conditions de travail et de la santé ; la bonne gouvernance d'entreprise ; l'anticorruption ; la lutte anti-blanchiment ; etc.¹

Ne pouvant développer ici tous ces aspects, nous nous limiterons à quelques remarques autour de trois axes :
(1) vers la généralisation des programmes anticorruption ? ;
(2) gouvernance et conformité : l'exemple PETROBRAS ;
(3) conformité anti-blanchiment/FT : les banques au pas !

Vers la généralisation des programmes anticorruption ?

Les obligations de conformité des entreprises en matière de prévention de la corruption au Brésil trouvent fondement légal dans la loi fédérale n° 12.846 du 1er août 2013 - dite « nouvelle loi anti-corruption » - et dans son décret d'application n° 8.420 du 18 mars 2015, qui définit les grandes lignes de la *compliance* anticorruption des personnes morales.

Différemment du cadre français - qui rend obligatoire l'instauration d'un programme anticorruption pour les entreprises atteignant certains seuils (loi du 9 décembre 2016, dite « Loi Sapin II ») - la législation brésilienne leur laisse le choix. Ainsi, l'absence de dispositif anticorruption, même pour une entreprise de très grande taille, n'engendre pas de pénalité administrative, ni pour la personne morale, ni pour ses administrateurs.

En revanche, l'existence d'un dispositif adéquat pourra jouer en faveur de la personne morale, en réduisant le montant de la pénalité administrative qu'elle serait condamnée de payer pour des faits avérés de corruption d'agent public².

En effet, l'entreprise qui se verrait poursuivre - sur le plan administratif - pour un acte de corruption commis par l'un de ses collaborateurs et/ou un tiers agissant à son nom et intérêt, pourrait bénéficier d'une réduction significative de la condamnation pécuniaire, à proportion de la qualité

(1) Ces différents domaines sont traités dans le *Guide des risques et bonnes pratiques commerciales Brésil-France*, 2017, 47 p., préparé par les experts de la Commission Bonnes Pratiques, que j'ai l'honneur de présider, au sein de la Chambre de commerce du Brésil en France (CCBF) : <http://www.ccbf.fr/bonnes-pratiques-commerciales/>. Pour une approche universitaire, cf. notre ouvrage collectif : PAIVA DE ALMEIDA, D. (dir.), *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006, 508 p.

(2) Le calcul de la pénalité doit prendre en compte : « l'existence de mécanismes et procédures internes d'intégrité, d'audit et d'incitation à la dénonciation d'irrégularités et l'application effective de codes d'éthique et de conduite au sein de la personne morale » (loi 12.846/2013, art. 7, VIII). « Le programme d'intégrité doit être structuré, appliqué et évalué en fonction des caractéristiques et des risques actuels des activités de chaque personne morale, qui, pour sa part, doit veiller à son amélioration et adaptation continues, afin d'en assurer l'efficacité » (décret 8.420/2015, art. 41, paragraphe unique).

du dispositif anticorruption en place. Plus le dispositif est complet et efficace, plus forte sera la réduction de la pénalité administrative. L'amende maximum pouvant atteindre 20 % du chiffre d'affaires de l'entreprise, le *bonus* maximum pour un dispositif anticorruption de qualité peut aller jusqu'à 4 %³.

Pour limiter la marge de décision discrétionnaire, la réglementation prévoit un barème détaillé de *bonus* et *malus* qui conditionnent le calcul de l'amende, servant de circonstances aggravantes et atténuantes. La réglementation énumère en outre les éléments d'évaluation du « programme d'intégrité », avec un allègement pour les micro et petites entreprises - dont le chiffre d'affaires est inférieur à 4,8 millions R\$, soit environ 1 million €⁴.

En alignant leurs dispositifs aux éléments d'évaluation, les intéressés peuvent ainsi espérer limiter, voire neutraliser complètement, le montant potentiel d'une condamnation pécuniaire.

Différemment du système français - avec l'autorité centrale (AFA) chargée de contrôler l'existence et la qualité du dispositif anticorruption sous peine d'amende - le système brésilien se contente donc d'une méthode en apparence moins contraignante. Mais dans le contexte récent de scandales à profusion, les entreprises exposées à des risques de corruption d'agent public comprennent vite l'intérêt (sinon moral, du moins financier...) de se doter de dispositifs solides.

Il convient de savoir qu'en droit brésilien, à l'exception des crimes environnementaux, il n'existe pas de responsabilité pénale de la personne morale. En cas de corruption, l'incrimination ne repose in fine que sur les personnes physiques reconnues coupables individuellement. La personne morale ne répond que sur le plan civil (pénalités contractuelles, dédommagement) et/ou administratif (amendes, réparation, restrictions diverses).

Sur le plan civil, outre les conséquences contractuelles, la personne morale peut être poursuivie en justice en demande de dédommagement à l'initiative de certaines autorités et/ou parties ayant un intérêt à agir (p. ex. le Ministère public, certaines ONGs, les entreprises victimes de détournements de fonds). Sur le plan administratif, la personne morale peut faire l'objet d'enquêtes et condamnations devant différentes instances (p. ex. cours de comptes, autorité de la concurrence/CADE)⁵.

Par rapport aux solutions précédentes, la loi 12.853/2013 a permis surtout d'engager la responsabilité objective (*sans faute*) de la personne morale au moyen de procédures spécifiques, soit devant des autorités administratives, soit devant le juge.

Devant les autorités administratives, la personne morale est passible d'amendes pouvant atteindre jusqu'à 20 % de son chiffre d'affaires annuel. La responsabilité ne dépend pas d'une *faute*. Le simple constat d'une malversation ou de la promesse d'un avantage indu à un agent public peut, en principe, motiver une enquête et, après la phase contradictoire, donner lieu à la pénalité. Il n'est donc pas nécessaire d'établir l'existence d'actes volontaires (*dol*) ou involontaires (*négligence, imprudence*) de la part de mandataires sociaux individuellement identifiés, ou relevant d'une faute collective dans la chaîne de management.

Additionnellement, devant le juge, les mêmes agissements, indépendamment de *faute*, peuvent donner lieu à des saisies de biens ou avoirs, à des restrictions d'activité économique ou professionnelle, à l'interdiction d'aides d'État ou financements publics et même la dissolution de la personne morale.

Autre caractéristique brésilienne : la concurrence entre autorités administratives. Il résulte de la Constitution brésilienne de 1988, que les différentes « entités fédératives » - l'Union, les 26 États membres, le District fédéral et les plus de 5 000 communes - ont des pouvoirs administratifs d'enquête, poursuite et condamnation, mais aussi des pouvoirs normatifs pour *légiférer* en matière de sanctions administratives et, dans une certaine mesure, de passation de marchés publics.

Au niveau fédéral (Union), l'autorité administrative principale au regard de la loi 12.853/2013 et du décret 8.420/2015 est le Ministère de la Transparence, appelé aussi CGU (*Controladoria Geral da União*). En décembre 2017, il poursuivait une trentaine d'entreprises pour corruption d'agent public, six d'entre elles ayant été frappées d'interdiction temporaire de marchés publics (*blacklist*).

Les autres entités fédératives doivent suivre globalement la législation-cadre fédérale, mais des particularités existent. Par exemple, l'État de Rio de Janeiro et le District fédéral (Brasília), ont réservé la passation de certains marchés publics aux seules entreprises dotées d'un « programme d'intégrité ».

(3) Décret 8.420/2015, article 18, V

(4) L'évaluation du « programme d'intégrité » doit prendre en compte : l'engagement du haut management ; des standards de conduite, code d'éthique, politiques et procédures d'intégrité applicables en interne et vis-à-vis des tiers concernés ; des formations périodiques ; la réévaluation périodique de risques et de la qualité du programme ; des écritures comptables complètes et précises ; des contrôles internes efficaces ; des procédures propres de prévention de fraude aux appels d'offres, dans l'exécution des contrats publics et lors des interactions avec le secteur publics ; l'indépendance des responsables du programme en interne ; des canaux d'alerte ; des mesures disciplinaires ; des procédures correctives permettant d'interrompre immédiatement les irrégularités et d'y remédier ; des procédures de *due diligence* des tiers, notamment lors de fusions acquisitions ; l'évaluation continue de l'efficacité du programme ; et la transparence des dons aux candidats et partis politiques (décret 8.420/2015, article 42)
V. aussi : *Portaria* CGU n° 909 du 7 avril 2015 énumérant les éléments d'évaluation des programmes d'intégrité

(5) En décembre 2015, sur le fondement de la législation *antitrust*, l'autorité de la concurrence (CADE) poursuivait plus d'une vingtaine d'entreprises du BTP et une soixantaine de leurs haut-dirigeants pour formation de cartel et fraude dans les marchés publics. Sept accords de clémence (*leniency agreements*) avaient été signés avec celles qui ont apporté une collaboration substantielle (*source* : CADE).

Cette obligation contractuelle concerne les marchés publics avec une durée d'exécution égale ou supérieure à six mois et qui franchissent certains seuils : 1,5 million R\$ pour les travaux, 650 000 R\$ pour les fournitures et services, dans les contrats de l'Etat de Rio de Janeiro (loi étatique n° 7.753 du 17 octobre 2017) ; seulement 80 000 R\$ dans les contrats du District fédéral (loi districtale n° 6.112 du 02 février 2018). Dans l'histoire du fédéralisme brésilien, il n'est pas rare que ce type d'initiative ait l'effet de contagion.

Face à ces évolutions réglementaires et sous le traumatisme des scandales de corruption, l'adoption de « programmes d'intégrité » - comme ils sont appelés au Brésil - tend à devenir une pratique courante. La « peur du gendarme » y est certainement pour quelque chose⁶. Celle d'être exclu d'un appel d'offres, aussi.

Gouvernance et conformité : l'exemple PETROBRAS

Plus grande entreprise brésilienne, un moment considérée la cinquième compagnie pétrolière au monde, PETROBRAS⁷ a été au cœur de l'un des plus grands scandales de corruption de l'histoire - l'opération *Lavajato* avec ses développements tentaculaires mondiaux.

Les enquêtes et condamnations multiples ont révélé au grand jour les détails des pots-de-vin pharamineux versés à des directeurs et managers, à des politiciens et à des intermédiaires, ainsi que les circuits de blanchiment d'argent empruntés à l'échelle planétaire, avec la bienveillance ou la négligence de nombreux établissements. Le montant des fonds détournés de PETROBRAS *via* ces arrangements frauduleux de marchés publics surfacturés et d'acquisition d'actifs surévalués, est estimé à des milliards de dollars. A cela s'ajoute le coût des accords de dédommagement signés récemment avec des groupes d'investisseurs, pour la plupart nord-américains, qui se sont sentis dupés.

Face à ces problèmes financiers et réputationnels majeurs, PETROBRAS s'est employée à reformer sa gouvernance et améliorer ses politiques internes d'intégrité et de prévention des fraudes.

Sur le plan de la gouvernance, le conseil d'administration a connu une certaine diversification. Si la majorité des sièges appartient toujours à l'actionnaire majoritaire (l'Union fédérale), les actionnaires minoritaires titulaires d'actions ordinaires, les minoritaires titulaires d'actions de préférence

et les employés de l'entreprise élisent chacun, désormais, 1 siège, soit un total de 3 des 11 sièges actuels.

En outre, 40 % des sièges doivent être pourvus par des « membres indépendants ». Cela suppose que le candidat : ne soit ni prestataire, ni fournisseur, ni client, ni lié à une entreprise prestataire, fournisseur ou client de PETROBRAS ; et qu'il n'appartienne ni à la famille proche - jusqu'au troisième degré - du président de la République, des ministres, des gouverneurs, des maires, de leurs adjoints, ni à celle des administrateurs d'autres entreprises publiques.

Quant aux membres du comité exécutif, les *directeurs*, leurs pouvoirs ont été mieux encadrés. Ceux impliqués dans des scandales ont été restitués. Leurs directions ont été supprimées et les différents services et divisions internes ont été reconfigurés. Les décisions d'ampleur patrimoniale (p. ex. attribution de contrats ou projets d'investissement) ne peuvent plus être prises qu'au niveau collégial (*Diretoria Executiva*). Les pouvoirs de surveillance du conseil d'administration ont été renforcés et un comité des actionnaires minoritaires a été créé. Davantage de responsabilités ont été réservées aux managers-dirigeants (*gerentes executivos*) - des employés de carrière évoluant au sein de l'entreprise - de sorte à limiter une fois de plus les influences *politiques* sur des sujets éminemment *techniques*.

La désignation même des mandataires sociaux est devenue plus sélective, pour satisfaire aux critères de bonne gouvernance de la loi fédérale n° 13.303 du 30 juin 2016 relative aux entreprises publiques. En ce sens, en septembre 2016, le conseil d'administration a ajouté au Code des bonnes pratiques une « Politique de désignation des dirigeants » : pour être nommé directeur, il faut désormais justifier de dix ans d'expérience dans des fonctions décisionnelles et de cinq ans en tant que directeur ou manager-dirigeant (*gerente executivo*) d'une société du groupe, ou au sein d'une grande entreprise.

En remontant à novembre 2014 - au lendemain de l'annonce d'ouverture de l'enquête de la *Securities & Exchange Commission* (SEC) aux États-Unis contre PETROBRAS - le conseil d'administration a créé la direction « Gouvernance, risques et conformité ». Son but annoncé était de veiller à la conformité de l'entreprise avec les normes et standards de vigilance imposés par la SEC, par le gendarme de la bourse brésilien (*Comissão de Valores Mobiliários* - CVM) et d'autres régulateurs compétents.

Le directeur « Gouvernance et conformité » - selon la dénomination actuelle - doit avoir au minimum un diplôme

(6) Fin 2016, le géant de BTP brésilien ODEBRECHT et sa filiale pétrochimique BRASKEM ont signé avec des autorités nord-américaines (DOJ, SEC), suisses et brésiliennes, un accord de 3,5 milliards USD en pénalités et restitutions, soit le montant le plus élevé de l'histoire mondiale, en conséquence des malversations estimées à un milliard de dollars à des agents publics dans différents pays d'Amérique latine et d'Afrique. V. notre note du 02/01/2017 : <http://www.paivapartners.com/index.php/actualites/11-the-historic-odebrecht-settlement>

(7) Du nom officiel « *Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras* », la compagnie PETROBRAS est une société d'économie mixte contrôlée par l'Union (gouvernement fédéral). Elle est régie par le droit privé et particulièrement par la loi fédérale n° 6.404 du 15 décembre 1976 relative aux sociétés par actions (SA), la loi fédérale n° 13.303 du 30 juin 2016 relative aux entreprises publiques (« *lei das estatais* »), le décret fédéral n° 8.945 du 27 décembre 2016, ainsi que par ses statuts.

BAC+5, justifier de cinq ans d'expérience sur des sujets de gouvernance, risque & conformité, et de dix ans dans des secteurs d'activité similaires à ceux du groupe. Ses pouvoirs statutaires consistent à : orienter et promouvoir l'application des règles et procédures de conformité ; coordonner leur gestion au quotidien ; contrôler la gestion du canal d'alerte ; et signaler des suspicions contre le président de PETROBRAS directement au conseil d'administration.

La fonction de médiateur - *Ouvidor-Geral* - créée en 2002 a été renforcée, avec l'extension du mandat à 3 ans. Pour répondre à la loi n° 12.813 du 16 mars 2013 relative aux conflits d'intérêts dans l'exécutif fédéral, le médiateur a été chargé de veiller aux procédures de prévention, détection et signalement de conflits d'intérêts aux autorités compétentes - tantôt la Commission d'éthique publique pour les plus hautes fonctions, tantôt le Ministère de la Transparence (CGU) pour les autres. En 2015, le médiateur a été chargé également de la gestion du canal d'alerte (*Canal de Denúncia*), nouvellement mis en place pour collecter des dénonciations confidentielles et même anonymes.

Parmi tant d'autres améliorations, il est possible de citer encore : le déploiement massif de programmes de formation et sensibilisation sur les thèmes éthique et conformité ; la coopération avec les autorités administratives et judiciaires dans les actions en cours, dont celles de recouvrement des actifs détournés ; la vérification des tiers contractants et de leurs dispositifs anticorruption *via* des *due diligence* d'intégrité (DRI) servant à évaluer leur degré de risque d'intégrité (GRI) ; et l'instauration de procédures disciplinaires (CAASE) qui, depuis 2014, ont permis de *blacklister* temporairement une trentaine de fournisseurs soupçonnés d'irrégularités.

Ces différentes mesures sont prévues dans les statuts et les codes et politiques internes, comme le Code d'éthique (2006), le Programme Petrobrás de prévention contre la corruption - PPC (2013) et le Code de conduite commerciale (2013). Les efforts accomplis par PETROBRAS ces dernières années ont été reconnus par des certifications délivrées par le gouvernement fédéral (IG-SEST) et la bourse de São Paulo (*Level 2 of Corporate Governance*). Elles témoignent d'un réel effort d'amélioration des standards de gouvernance et conformité, pouvant servir de référence à d'autres initiatives.

Conformité anti-blanchiment/FT : les banques au pas !

L'exigence de programmes de conformité en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LBC/FT) trouve fondement légal dans les modifications que la loi 12.683 du 9 juillet 2012 a introduites dans la loi 9.613 du 3 mars 1998 relative à la « *prevenção contra a lavagem de dinheiro* »⁸. Ces modifications ont rendu obligatoires les programmes LBC/FT sous peine de sanction administrative. Un cadre légal robuste se développe depuis lors⁹.

L'obligation de disposer d'un programme LBC/FT concerne l'ensemble des professions financières et non financières énumérées dans l'article 9 de la loi 9.613/1998. Les assujettis sont tenus « d'adopter des politiques, procédures et contrôles internes, compatibles avec leur taille et leur volume d'opérations, qui leur permettent de satisfaire aux obligations du présent article et de l'art. 11, conformément au cadre établi par les autorités compétentes »¹⁰. En 2013, les détails du dispositif LBC/FT ont été réglementés par la banque centrale - BACEN¹¹.

L'atteinte à ces obligations expose les responsables - personnes physiques et/ou morales - à des amendes allant jusqu'à 20 millions R\$, ainsi qu'à la suspension ou l'interdiction d'exercice de fonctions de responsabilité et la suspension ou le retrait de la licence d'exploitation¹².

Les autorités disciplinaires principales sont le BACEN (banque centrale du Brésil), les régulateurs des secteurs d'assurance et de complémentaire santé (SUSEP et PREVIC), le gendarme de la bourse (CVM) et la cellule de renseignement financier COAF (*Conselho de Controle de Atividades Financeiras*)¹³. L'organe de la banque centrale (BACEN) en charge du contrôle est le *Departamento de Supervisão de Conduta (DECON)*, rattaché à la *Direção de Fiscalização (DIFIS)*.

La loi 9.618/1998 modifiée en 2012 prévoit deux grands axes du programme de conformité : connaissance-client (art. 10) et déclaration de soupçon (art. 11).

Le premier comprend en fait non seulement l'identification de clients et le suivi de la relation, mais aussi l'obligation de tenir des registres des opérations lorsqu'elles atteignent

(8) Prévention contre le blanchiment d'argent

(9) Loi 13.170 du 19 octobre 2015 relative au gel des avoirs en application des résolutions du Conseil de sécurité des nations unies ; Loi 13.260 du 17 mars 2016 relative aux organisations terroristes ; Loi 13.506 du 13 novembre 2017 relative aux pouvoirs disciplinaires de la Banque centrale (BACEN) ; Circulaire BACEN 3.461 du 24 juillet 2009 portant consolidation des procédures LBC/FT en application de la loi 9.613/1998 (avec ses modifications ultérieures) ; Résolution CMN 4.557 du 23 février 2017 relative aux dispositifs de gestion de risques et gestion de capital ; Résolution CMN 4.588 du 29 juin 2017 relative à l'audit interne ; Résolution CMN 4.595 du 28 août 2017 relative aux programmes conformité

(10) Loi 9.613/1998, art. 10, III

(11) Circulaire BACEN 3.461 du 24 juillet 2009 portant consolidation des procédures LBC/FT, modifiée par la Circulaire BACEN 3.654 du 23 mars 2013

(12) Loi 9.613/1998, art. 12

(13) Différemment de Tracfin (cellule de renseignement financier rattaché au Ministère de l'Economie et des finances en France), le COAF au Brésil détient, outre les fonctions de renseignement, également certaines missions de contrôle et sanction des déclarants (décret n° 2.799 du 8 octobre 1998, art. 14 et s.)

les seuils de vigilance prévus par la réglementation, ainsi que l'obligation de se conformer aux mesures prévues par le COAF et le régulateur (p. ex. BACEN).

Le second axe porte sur l'obligation de signaler au COAF, sous 24 heures, les opérations suspectes, ainsi que des éléments d'identification des parties en cause. Des catégories d'opérations devant être considérées comme suspectes font l'objet de *listings* publiés par des circulaires BACEN¹⁴ et par des lettres d'information du COAF.

En ce qui concerne la définition des obligations en matière de respect de sanctions internationales et de lutte contre le financement du terrorisme, l'intervention du législateur s'est fait quelque peu attendre. Sous l'appel pressant du GAFI, ont été adoptées finalement la loi 13.170 du 19 octobre 2015 relative au gel des avoirs en application des résolutions du conseil de sécurité des nations unies, et la loi 13.260 du 17 mars 2016 relative aux organisations terroristes. L'obligation d'identifier, sur la base des clients existants, les actifs appartenant à des individus ou entités visés par des mesures de gel, constitue depuis lors un élément indispensable des dispositifs LBC/FT¹⁵.

En vue d'une meilleure standardisation des entités assujetties au contrôle de la banque centrale (BACEN), la réglementation a été renforcée en 2017 pour redéfinir les dispositifs de gestion de risques et gestion de capital, d'audit interne et des programmes de conformité¹⁶.

Les assujettis sont tenus de « mettre en place et maintenir une politique de conformité compatible avec la nature, la taille, la complexité, la structure, le profil de risque et le modèle d'affaires de l'organisation, de sorte à assurer la gestion effective de son risque de conformité », lequel « doit être géré de manière intégrée avec les autres risques »¹⁷.

La politique de conformité doit être approuvée par le conseil d'administration et doit contenir *a minima* : l'objectif et le périmètre de la fonction de conformité ; une ségrégation des tâches par rapport notamment aux fonctions *business* ; la mise en place d'un personnel suffisamment qualifié, entraîné et expérimenté ; la définition de la place de l'équipe dans l'organigramme ; les garanties d'indépendance ; l'assignation de ressources suffisantes ; l'accès à l'ensemble

des informations nécessaires ; la possibilité de signaler les soupçons d'irrégularité directement à la direction, au conseil d'administration et au comité d'audit ; des procédures d'articulation avec les fonctions de gestion des risques et d'audit interne¹⁸.

Il est prévu notamment que les responsables de la conformité aient pour mission de : tester et évaluer le respect de la législation en vigueur ; assister le conseil d'administration et la direction à veiller au respect de la législation et à les maintenir constamment informés ; aider à former et sensibiliser tous les collaborateurs, ainsi que les tiers fournisseurs ou prestataires importants ; assurer la revue et le suivi des éléments signalés comme non conformes par des auditeurs externes ; élaborer des rapports d'activité au moins une fois par an ; tenir informé régulièrement le conseil d'administration des avancées de la fonction¹⁹.

Les obligations introduites par la résolution CMN 4.595/2017 ci-dessus sont entrées en vigueur le 1er janvier 2018. Le fait de ne pas s'y ajuster expose les responsables à des pénalités administratives significatives. Certes, les grands établissements n'ont pas attendu le délai légal pour renforcer leurs dispositifs²⁰. Ceux de taille petite ou intermédiaire sont appelés à suivre le pas.

Conclusion

Très impacté par des scandales divers ces dernières années, le Brésil a accompli des efforts remarquables en matière de conformité réglementaire et sécurité économique.

À l'ombre des opérations *répressives* très médiatisées - opération *Lavajato* entre autres - les avancées quotidiennes en matière de prévention et de transparence nourrissent tout aussi l'espoir d'un environnement économique plus intègre.

Le nouveau cadre anticorruption, le renforcement de la conformité anti-blanchiment et l'amélioration de la gouvernance d'entreprises de référence, que nous avons cherché à illustrer, sont autant d'indicateurs en ce sens ■

(14) Circulaire BACEN 3.461 du 24 juillet 2009 portant consolidation des procédures LBC/FT en application de la loi 9.613/1998 ; *Carta Circular* BACEN 3.430 du 11 février 2010 portant des précisions sur la LBC/FT ; *Carta Circular* BACEN 3.542 du 12 mars 2012 portant désignation des opérations et situations pouvant représenter un indice de crime de blanchiment et faisant l'objet de déclaration de soupçon au COAF

(15) Art. 18-A, de la circulaire BACEN 3.461 du 24 juillet 2009 portant consolidation des procédures LBC/FT, introduit par la circulaire BACEN 3.780 du 21 janvier 2016

(16) Résolution CMN 4.557 du 23 février 2017 relative aux dispositifs de gestion de risques et gestion de capital ; Résolution CMN 4.588 du 29 juin 2017 relative à l'audit interne ; Résolution CMN 4.595 du 28 août 2017 relative aux programmes conformité

(17) Résolution CMN 4.595/2017, art. 2

(18) Résolution CMN 4.595/2017, art. 4 et 5

(19) Résolution CMN 4.595/2017, art. 7

(20) Une enquête du magazine *Valor* révélait que les grandes banques - Itaú Unibanco, Bradesco, Banco do Brasil, BTG Pactual - recrutèrent et entraînaient massivement sur les fonctions conformité, certaines comptant presque deux mille *compliance officers* (v. «*Lava-jato e mudanças regulatórias levam bancos a reforçar compliance* », *Valor*, 30/09/2017, c1).

Missions du PNF

Un parquet à compétence nationale, spécialisé dans la lutte contre la grande délinquance économique et financière

Créé par la loi du 6 décembre 2013, le Parquet national financier est entré en activité le **1^{er} février 2014**.

C'est un **parquet** :

- à **compétence nationale** qui dirige les enquêtes relatives à des faits commis sur l'ensemble du territoire français et, sous certaines conditions, à l'étranger;
- **spécialisé**, dont l'action est ciblée sur les enquêtes pénales les plus complexes dans le domaine de la délinquance économique et financière.

Son champ de compétence recouvre trois types d'infractions :

- **les atteintes à la probité** : corruption, trafic d'influence, favoritisme, détournement de fonds publics, prise illégale d'intérêt, concussion, obtention illicite de suffrage en matière électorale ;
- **les atteintes aux finances publiques** : fraude fiscale aggravée, blanchiment, escroquerie à la TVA ;
- **les atteintes au bon fonctionnement des marchés financiers** : délit d'initié, manipulation de cours ou d'indice, diffusion d'informations fausses ou trompeuses.

Lorsqu'il est saisi de faits relevant de sa compétence, le PNF peut étendre son enquête aux faits connexes en lien avec la même affaire.

Les magistrats du PNF exercent l'action publique et requièrent l'application de la loi dans leur domaine de compétence. Ils reçoivent les plaintes et dénonciations, saisissent les services de police ou de gendarmerie aux fins d'enquête, procèdent ou font procéder à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité (perquisitions, auditions, examens techniques ou scientifiques, etc.). A l'issue de l'enquête, ils peuvent classer la procédure, saisir un juge d'instruction pour poursuivre les investigations, ou décider de poursuites en saisissant le tribunal correctionnel ou en mettant en œuvre des mesures alternatives (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, convention judiciaire d'intérêt public, composition pénale, etc.). A l'audience, ils requièrent sur la culpabilité et les peines. Ils mettent enfin à exécution les peines prononcées par le tribunal correctionnel.

Pourquoi le PNF a-t-il été créé ?

Textes de référence :

- articles 705 à 705-5 du code de procédure pénale
- Circulaire de la Garde des sceaux du 31 janvier 2014 concernant la politique pénale relative au procureur de la République financier

[Chronologie ci-contre réalisée grâce au portail de l'Économie des Finances, de l'Action et des Comptes publics \(https://www.economie.gouv.fr/transparence-lutte-contre-corruption-modernisation\)](https://www.economie.gouv.fr/transparence-lutte-contre-corruption-modernisation)

Loi Sapin 2

La loi sur « la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique », ou loi Sapin 2, portée par le ministre des Finances et des Comptes publics, Michel Sapin, a été adoptée le 8 novembre 2016.

Elle se donne comme objectifs à la fois de « porter la législation française aux meilleurs standards européens et internationaux en matière de lutte contre la corruption »¹, qui restait auparavant un sujet interne en France, quand elle constitue pourtant une problématique internationale, tout en participant au *soft power* de la France, puisqu'elle contribue à lui donner une image positive à l'international.

La loi Sapin 2 traite donc de la lutte contre la corruption, mais également de la transparence et du statut des lanceurs d'alerte.

(1) <https://www.economie.gouv.fr/transparence-lutte-contre-corruption-modernisation>

7 janvier 2015

L'ancien procureur général de la Cour de Cassation et président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, Jean-Louis Nadal, remet son rapport sur l'exemplarité des responsables publics à François Hollande

20 Janvier 2015

François Hollande annonce avoir confié au ministre des Finances et des Comptes publics, Michel Sapin, un projet de loi portant sur l'encadrement des groupes de pression et la transparence de la vie économique

30 mars 2016

Le Conseil des ministres adopte le Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

8 juillet 2016

Le Sénat adopte le projet de loi Sapin 2

8 novembre 2016

Le projet de loi est adopté par l'Assemblée nationale

8 novembre 2016

Une proposition de loi organique sur les compétences du défenseur des droits sur la protection des lanceurs d'alerte est adoptée

8 décembre 2016

Le Conseil constitutionnel valide la loi Sapin 2

9 décembre 2016

La loi est promulguée

10 décembre 2016

La loi est publiée au Journal officiel

AFA : BILAN, MOYENS D'INVESTIGATION

Charles DUCHAINE

Directeur de l'Agence française anticorruption (AFA)

Plus d'un an après l'entrée en vigueur des obligations inscrites à l'article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Loi Sapin II », nombre d'entreprises ne sont pas encore totalement entrées dans l'ère de la conformité anticorruption.

L'Agence française anticorruption constate que les entreprises relevant de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique se sont conformées de façon très inégale à leurs obligations légales, essentiellement du fait d'un double déficit d'appropriation des enjeux de la lutte contre la corruption, d'une part, et du référentiel anticorruption associé, d'autre part.

Dans certaines entreprises – y compris celles ne relevant pas de l'article 17, les enjeux de la lutte contre la corruption demeurent insuffisamment maîtrisés. Or, la conscience de ces enjeux est déterminante pour décider d'une stratégie de gestion des risques pertinente et efficace, qu'il s'agisse notamment :

1. de préserver l'économie et la société de la corruption afin de lever l'obstacle qu'elle constitue à l'entrée et au maintien sur le marché des entreprises innovantes ou vertueuses. Il est à cet égard rappelé que le développement d'un environnement économique sain valorise l'effort de compétitivité des entreprises et participe de leur capacité à contribuer à la croissance économique ;
2. de maîtriser le risque de voir la réputation et la valeur économique d'une entreprise entachées d'atteinte à la probité. La corruption a un coût financier, réputationnel, humain et commercial élevé. Elle est un facteur d'insécurité et de fragilité s'agissant de la performance des entreprises. Quels que soient leur chiffre d'affaires et leur effectif, grands groupes, ETI et PME encourent les mêmes risques : amendes, condamnations pénales des dirigeants, interdictions de marché pendant plusieurs années ;

3. de contribuer à protéger les intérêts stratégiques risquant d'être compromis dans le cadre d'une affaire de corruption. Les programmes de conformité sont des outils de sécurité économique permettant aux entreprises de se prémunir contre des sanctions extraterritoriales.

La compétition internationale exacerbe les enjeux

Par ailleurs, pour les entreprises ayant une forte activité internationale, la mise en place d'un programme de conformité anticorruption constitue une opportunité d'améliorer leur compétitivité et de renforcer leurs atouts à l'export :

1. la conformité nécessitant d'évaluer ses tiers en affaires, l'existence d'un programme anticorruption efficace au sein d'une entreprise favorise les « effets de club » et accroît les chances d'être retenue au sein d'alliances stratégiques pour candidater à des appels d'offres ou de bénéficier de financements internationaux ;
2. lorsqu'elles s'interdisent de recourir à la corruption, les entreprises tendent à se repositionner sur des marchés plus innovants et plus sécurisés où elles se rapprochent de leurs concurrentes les plus performantes.
3. Cette possibilité de différenciation est d'autant plus exploitable que le développement d'un programme de conformité dans une entreprise favorise, notamment au travers de l'exercice de cartographie des risques de corruption, une meilleure appréhension des marchés étrangers, des spécificités des besoins locaux, des circuits des décideurs, etc. ;

4. des avantages commerciaux peuvent être offerts par des institutions publiques ou des partenaires privés aux entreprises qui affichent un engagement fort en matière de lutte contre la corruption.

La conformité anticorruption : atout pour la croissance économique et l'attractivité du tissu entrepreneurial

Au-delà de l'appropriation des enjeux de la lutte contre la corruption, l'Agence constate une appropriation hétérogène du référentiel anticorruption par les entreprises ainsi qu'une vision parcellaire des enjeux de conformité.

Loin d'imposer aux entreprises de nouvelles contraintes législatives et réglementaires sans objet pour leur développement, la loi du 9 décembre 2016 a retenu une approche équilibrée, faisant de la conformité un atout pour la croissance économique et l'attractivité du tissu entrepreneurial.

En effet, dans un contexte où le cadre juridique international actuel conduit à soutenir qu'il n'existe aucune situation de corruption acceptable, la loi du 9 décembre 2016 a pour objet de mettre en œuvre, dans le cadre français, les meilleures pratiques anticorruption identifiées à l'échelle internationale, et ainsi à prévenir le risque de mise en cause d'acteurs notamment pour leurs activités à l'étranger. La priorité pour l'entreprise n'est donc plus d'appliquer un principe d'évitement cartésien ou de fermer les yeux sur certaines pratiques mais plutôt de traiter sans complexe les risques intrinsèques induits par la corruption.

La loi invite l'entreprise à appréhender la réalité de la corruption sur le terrain, pour y trouver des solutions équilibrées, à travers une méthode appropriée de gestion des risques. Ainsi, il ne s'agit pas uniquement d'appliquer les huit mesures de l'article 17 de la loi de décembre 2016 afin d'anticiper un éventuel contrôle de l'Agence mais bien de se donner les moyens de développer et de s'approprier un dispositif anticorruption efficace, avec pour effet, si le travail est rigoureux, de circonscrire le risque de mise en cause de la personne morale ou de ses dirigeants.

Le résultat de cette démarche dépend notamment de trois fondamentaux :

1. une volonté des instances dirigeantes claire, qui se concrétise par la mobilisation de moyens adéquats ;
2. une évaluation précise et exhaustive des risques de corruption ;
3. le déploiement d'un système de management des risques de corruption complet et efficace.

Ces trois piliers sont liés : une volonté sans mobilisation de moyens et procédures adéquats, une mobilisation de

moyens sans réelle volonté des instances dirigeantes, une évaluation incomplète ou erronée des risques de corruption ne peuvent que fragiliser le dispositif anticorruption de l'entreprise.

Au-delà, les entreprises engagées dans une véritable démarche de conformité anticorruption soulignent aujourd'hui les avantages que cette démarche apporte à leur fonctionnement. Parmi les témoignages recueillis par l'AFA, l'accent est régulièrement mis sur les avantages attendus d'un programme anticorruption :

1. il oblige à mieux faire connaître l'engagement de la direction en matière de conformité anticorruption et à définir une stratégie d'entreprise partagée par tous.
La démarche encourage le développement d'une culture d'entreprise et constitue un gage de confiance des clients, et donc de la pérennité des affaires ;
2. il permet à l'entreprise d'améliorer sa gouvernance et de mieux maîtriser ses procédures internes, les activités exercées à tous les niveaux opérationnels et son niveau d'exposition à l'international, notamment au travers de l'exercice de cartographie interne ;
3. il insuffle une culture anticorruption au sein des métiers opérationnels, et crée des bons réflexes au quotidien pour les salariés. Il favorise la prise de conscience que les risques existent quelle que soit l'activité exercée, la culture conformité étant en effet indissociable de la culture risque.

L'enjeu d'appropriation du référentiel français anticorruption est d'autant plus fort que de plus en plus d'Etats incriminent les faits de corruption commis hors de leur territoire

La portée extraterritoriale de certaines législations anticorruption aboutit à ce qu'une entreprise peut aujourd'hui faire l'objet de contrôles ou de poursuites simultanés dans plusieurs Etats et se retrouver contrainte de fournir des informations sensibles ou stratégiques à des tiers.

En France, la loi du 9 décembre 2016 a permis d'étendre l'application de la loi française dans l'espace pour la poursuite de faits de corruption commis à l'étranger selon les trois directions suivantes :

4. la loi a créé une nouvelle incrimination de trafic d'influence d'agent public étranger, alors que, jusqu'à présent, ne pouvaient être poursuivis que les faits de corruption d'agent public étranger. Elle facilite ainsi la répression de modes opératoires d'entreprises faisant intervenir, en toute illégalité, des « *facilitateurs* » pour obtenir des marchés publics étrangers ;

5. la loi a autorisé la poursuite par les juridictions françaises des faits d'atteintes à la probité commis à l'étranger. Pour les faits de trafic d'influence et de corruption d'agent public étranger commis par des Français à l'étranger, elle n'exige ni réciprocité d'incrimination ni monopole du Parquet, ce qui facilite la constitution de partie civile des associations agréées de lutte contre la corruption qui pourront ainsi mettre en mouvement l'action publique ;
6. la loi permet désormais de poursuivre devant la justice française tous les auteurs de faits de corruption ou de trafic d'influence commis à l'étranger qui, bien que de nationalité étrangère, résident en France ou exercent tout ou partie de leur activité économique sur le territoire français. Il en va de même pour les entreprises poursuivies des chefs de trafic d'influence ou de corruption d'agent public étranger, dès lors qu'elles développeraient une quelconque activité économique en France. Cette évolution est de nature à éviter que les entreprises tentent de contourner la justice pénale française en établissant leur siège social à l'étranger.

Par ailleurs, en matière de prévention et de détection de faits de corruption, l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 dispose que les entreprises de plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros sont tenues de prendre « *les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence* ». Ces dispositions permettent à l'Agence française anticorruption de contrôler les dispositifs anticorruption de filiales d'entreprises françaises basées à l'étranger. Par ailleurs, l'Agence est également compétente pour contrôler des sociétés implantées en France et dont le siège social de la société mère est basé à l'étranger.

L'action de l'AFA est un levier d'appropriation des enjeux et des outils de prévention et de détection des faits de corruption.

Comme le prévoit l'article 1er de la loi du 9 décembre 2016, l'Agence française anticorruption a pour mission d'aider les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption.

S'agissant des entreprises, l'Agence dispose de deux leviers directs pour exercer cette mission d'aide : d'une part, le contrôle des entités soumises à l'article 17 de la loi de décembre 2016 (avec un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros et un effectif d'au moins 500 salariés) et, d'autre part, l'appui à l'ensemble des acteurs économiques.

Les contrôles de l'Agence visent à évaluer l'existence, la qualité et l'efficacité des dispositifs anticorruption des entreprises. L'objectif visé n'étant pas la recherche et la poursuite d'infractions pénales, ses agents ne disposent pas de pouvoir de police judiciaire ou de pouvoir coercitif¹. Le contrôle opéré peut ainsi être assimilé à un audit externe de l'entreprise contrôlée, donnant lieu à des observations sur son dispositif anticorruption et, le cas échéant, à des recommandations en vue de son amélioration.

L'appui vise à accompagner les entreprises dans le déploiement de leur dispositif anticorruption, en les sensibilisant aux risques liés à la corruption, aux enjeux de l'anticorruption, en leur apportant un ensemble d'éléments d'aide à la décision et en fournissant une expertise juridique et ou méthodologique sur les difficultés rencontrées.

Cet appui n'est pas une alternative au contrôle. Il est en outre universel car il s'adresse à toutes les entreprises, quels que soient leur chiffre d'affaires et leur effectif, ainsi qu'aux fédérations et organismes professionnels. L'appui fourni par l'Agence s'inscrit en complément des moyens mobilisés par les entreprises, en interne ou par l'intermédiaire de prestataires extérieurs, pour concevoir, mettre en place ou faire évoluer des programmes de conformité anticorruption. Il ne conduit en aucun cas à s'ingérer dans la vie des affaires ou à interférer dans les choix des dirigeants d'entreprise, qui demeurent responsables de la mise en place et du pilotage du programme de conformité anticorruption et, au-delà, de leur stratégie de gestion des risques.

L'appui de l'Agence aux entreprises se décline en trois grands volets :

1. l'élaboration, l'enrichissement et la diffusion du référentiel anticorruption français, notamment au travers de la publication de recommandations qui portent sur les huit mesures de l'article 17 de la loi de 2016 précitée mais également sur des bonnes pratiques issues notamment des standards internationaux les plus exigeants.

Ces recommandations, qui ont fait l'objet d'une consultation publique au moment de leur élaboration, s'adressent à toutes les entreprises. Elles formulent des préconisations sur la manière d'établir une cartographie des risques de corruption, de mettre en place des procédures d'évaluation des tiers, d'élaborer un code de conduite, de prévoir les règles de contrôle comptable adéquates, etc. Elles seront prochainement complétées par des guides pratiques et des « *fiches repères* » mis à disposition des entreprises sur le site de l'Agence.

Si ce référentiel est dépourvu de caractère obligatoire, il garantit néanmoins à toutes les entreprises qui choisissent

(1) Toutefois, l'Agence avise le procureur de la République compétent des faits susceptibles de constituer un crime ou un délit dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions. De façon incidente donc, elle peut ainsi être amenée à accompagner une entreprise vers la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

de s'y référer de disposer d'éléments utiles pour définir et mettre en œuvre un programme anticorruption performant.

Evolutif, ce référentiel sera régulièrement mis à jour au regard de l'évolution des pratiques, de la réalité des affaires mais aussi des retours d'expérience tirés des activités de l'Agence. Par exemple, le positionnement de la fonction conformité dans un groupe et son autonomie ont fréquemment été signalés comme un indicateur avancé de maturité du dispositif anticorruption. Ce sujet fera ainsi l'objet d'une publication dans les mois à venir. Il en va de même pour la politique des cadeaux, les paiements de facilitation, les marchés publics, l'articulation des dispositifs d'alerte interne, etc. ;

2. l'Agence répond aux sollicitations d'acteurs institutionnels et de fédérations ou d'organismes professionnels afin d'apporter un appui spécifique aux entreprises. Dans ce schéma, l'appui vise un public restreint, regroupé autour d'un secteur d'activité, d'un métier (ex : responsable conformité) ou d'un thème anticorruption (ex : l'anticorruption à l'export). L'Agence apporte un éclairage ou une expertise aux questions partagées par un groupe d'acteurs ;

3. enfin, l'Agence apporte un éclairage ou une expertise méthodologique et juridique aux questions que se pose un acteur économique donné. Ce cadre individuel d'appui conduit l'Agence à éclairer la réflexion d'une entreprise et les travaux de mise en place d'un programme anticorruption. Dans ce cadre, l'Agence participe à la diffusion des bonnes pratiques en publiant les réponses anonymisées à des questions d'intérêt général.

Enfin, l'Agence française anticorruption veille à ce que les décisions consécutives à des infractions de corruption constatées par des autorités étrangères à l'encontre d'entreprises françaises soient prises en concertation avec les autorités françaises.

Au-delà, l'Agence vient enfin en soutien indirect des entreprises *via* ses activités, d'une part, de coordination administrative et, d'autre part, de coopération internationale. La première se traduira d'ici la fin de l'année 2018 par un plan national pluriannuel de lutte contre la corruption, qui devrait comporter un certain nombre de mesures en faveur des entreprises françaises. La seconde se matérialise par une forte action bilatérale et multilatérale de l'Agence visant à créer les conditions d'une coopération internationale efficace en matière de lutte contre la corruption ■

LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME



Bruno DALLES

Directeur, TRACFIN

La lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT) au niveau international s'est structurée au début des années 1990 pour devenir une composante essentielle des fonctions de conformité. Instaurer un dispositif efficace a demandé du temps. A l'heure où la France cherche à déployer son propre dispositif anti-corruption¹, quels enseignements peut-on tirer du développement de la LCB/FT ?

La réussite du dispositif LCB/FT tient à la persévérance des acteurs institutionnels et privés dans la durée, accompagnée de l'évolution constante du cadre juridique et réglementaire. L'efficacité du dispositif repose aussi sur l'adhésion et la participation des professionnels assujettis, ainsi que sur la montée en puissance à l'international des Cellules de Renseignement Financier (CRF) au sens du Groupe d'Action Financière (GAFI)².

Le dispositif anti-corruption repose sur certains principes comparables à celui de la LCB/FT : cadre international contraignant, dimension préventive et cartographie des risques, nécessaire implication du management des entités assujetties. Pour autant, plusieurs différences notables les distinguent : le type d'infractions recherchées, la nature des professionnels impliqués, et surtout l'impact de ces dispositifs sur le fonctionnement interne des assujettis.

Une comparaison des deux dispositifs LCB/FT et anti-corruption permet de mieux apprécier la portée et les limites de chacun.

Le dispositif LCB/FT s'est construit dans la durée, en recherchant l'adhésion des assujettis qui deviennent des partenaires

Un cadre évolutif

Les dispositifs LCB/FT sont issus d'une démarche internationale engagée par le G7 à la fin des années 1980, en réaction à la montée en puissance des cartels de la drogue sud-américains et à la crise financière de 1988. En 1989, le G7 a créé le Groupe d'Action Financière (GAFI), lequel a produit 40 normes de référence destinées à organiser des dispositifs LCB/FT dans chaque pays membre. La norme n°29 prévoit la création d'une cellule de renseignement financier (CRF) autonome et indépendante, ce qui correspond, en France, à la création de Tracfin en 1990.

Les dispositifs se sont ensuite étoffés. La lutte contre le financement du terrorisme a été incluse en 2001, *via la publication par le GAFI de neuf recommandations dédiées supplémentaires. La Commission Européenne a édité quatre directives anti-blanchiment successives, en 1991, 2001, 2005 et 2015. Une cinquième directive a été publiée le 18 juin 2018.*

En France, le dispositif LCB/FT reflète cette progression. Il s'est renforcé à la faveur des législations successives, étendant son spectre à la plupart des infractions pénales, au-delà des seules infractions liées au trafic de stupéfiants.

(1) Le dispositif anti-corruption français est en cours de déploiement depuis la publication de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi Sapin II, qui a entraîné la création de l'Agence Française Anticorruption (AFA) en 2017. Les recommandations de l'AFA, publiées au mois de février 2018, précisent les mesures à mettre en œuvre par les entreprises assujetties. Ces mesures sont appelées Obligations de Conformité Anti-corruption (OCA) au titre de l'art. 17 de la loi Sapin II. L'action préventive de l'AFA vient compléter l'action répressive du Parquet national Financier (créé par la loi organique n°2013-1115 du 6 décembre 2013), et celle de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, créée en janvier 2014.

(2) Cf. recommandation n°29 du GAFI

- Le cadre juridique s'est consolidé par étapes. Le délit général de blanchiment a été créé en droit français en 1996, le délit de financement du terrorisme en 2001. En 2009, avec la transposition de la 3^{ème} directive européenne, l'ensemble du dispositif LCB/FT, incluant la grande fraude fiscale a été transcrit en droit positif dans le code monétaire et financier (CMF). Les textes se sont encore précisés, jusqu'à la transposition de la 4^{ème} directive en décembre 2016³.
 - Le périmètre des professions assujetties a été étendu. A l'origine, seuls les banques, les assurances et les changeurs manuels étaient concernés. Les notaires et les intermédiaires immobiliers ont été intégrés en 1998, les casinos en 2001, puis l'ensemble des professions du chiffre et du droit ainsi que du secteur des jeux en 2004. Encore récemment, en 2014, ont été ajoutées les plates-formes de *crowdfunding* et, en 2017, les *plates-formes de conversion entre monnaie légale et crypto-actifs*⁴.
 - De même, les pouvoirs de la CRF ont été renforcés : accès aux bases de données administratives, extension du droit de communication, extension de la liste des destinataires des productions de Tracfin, protection de la confidentialité des déclarations de soupçon.
- assujetti au dispositif LCB/FT impose à un professionnel trois types d'obligations légales :
- une cartographie interne de ses risques LCB/FT, en fonction de la nature des produits et services qu'il vend, de ses canaux de distribution, de la segmentation de ses clients (en particulier les Personnalités Politiquement Exposées), et des territoires d'origine ou de destination des fonds qu'il manipule⁶.
 - des mesures de vigilance client, à l'entrée en relation comme au long de la relation d'affaires. Elles doivent être adaptées au niveau de risque identifié par la cartographie⁷. A l'entrée en relation, ces mesures imposent de relever l'identité détaillée du client et du bénéficiaire effectif, et de vérifier l'authenticité de cette identité par tout document probant⁸. Par la suite, la relation d'affaires doit être suivie dans la durée, afin d'actualiser les éléments de connaissance client et d'examiner toute opération qui pourrait apparaître incohérente par rapport au fonctionnement normal de la relation⁹.
 - des obligations de déclaration à Tracfin lorsqu'un examen renforcé n'a pas permis de lever le doute sur une opération : complexité particulière, montant inhabituellement élevé, absence de justificatifs¹⁰...

Susciter l'adhésion des assujettis : clarté, confidentialité, contrôle

L'efficacité du dispositif LCB/FT repose sur l'adhésion des déclarants. Leur implication conditionne la qualité du renseignement traité par Tracfin, qu'il s'agisse des déclarations de soupçon (DS) ou des réponses aux droits de communication. Pour être pertinentes, les DS doivent contenir toutes les données d'identification client, fournir des éléments de contexte, et précisément analyser le soupçon, en incluant toute pièce jointe utile. Les réponses aux droits de communication doivent être rapides, exhaustives et facilement exploitables⁵. Le droit de communication est l'outil principal de la CRF afin d'enrichir un dossier et de confirmer le soupçon. Tracfin a exercé son droit de communication plus de 29 000 fois en 2017, soit environ 130 fois par jour ouvré.

Pour s'impliquer, les professionnels assujettis ont besoin de clarté. En France, le dispositif LCB/FT est précisément défini par le code monétaire et financier (CMF). Etre

Tracfin participe à la Commission Consultative LCB/FT organisée trimestriellement par le superviseur bancaire, l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR), afin de dialoguer avec les professionnels du secteur financier sur l'évolution de la réglementation. En commun avec l'ACPR, Tracfin publie et actualise des lignes directrices, afin de guider les professionnels assujettis du secteur financier sur la mise en application de leurs obligations. Tracfin effectue la même démarche avec les autorités de contrôle des secteurs non financiers.

Les déclarations de soupçon, pour être recevables par la CRF, sont tenues à des conditions strictes de fond et de forme. Lorsqu'elles satisfont à ces conditions et sont de bonne foi, elles exonèrent le professionnel de toute responsabilité civile, pénale ou disciplinaire pour violation du secret professionnel, et de toute responsabilité pénale en cas de délits liés au trafic de stupéfiants, au recel ou au blanchiment (sauf concertation frauduleuse).

(3) Directive (UE) 2015/849, transposée en droit français par l'ordonnance n°2016-1635 du 1^{er} décembre 2016.

(4) Pour le détail des professions assujetties au dispositif LCB/FT français, se reporter à l'article L.561-2 du CMF : établissements financiers régulés (banques, établissements de paiement et de monnaie électronique, assurances, courtiers et conseillers en investissements, entreprises de marché, changeurs manuels...) et certaines professions non financières : professions du chiffre et du droit (notaires, experts comptables, commissaires aux comptes, administrateurs et mandataires judiciaires, huissiers, avocats pour la partie non juridictionnelle de leur activité) ; professions du secteur des jeux (loteries, paris hippiques et sportifs, casinos, jeux en ligne légaux) ; agents immobiliers ; professions du marché de l'art (sociétés de ventes volontaires ; antiquaires et marchands de biens précieux).

(5) Par exemple, les relevés de compte doivent être fournis sous format Excel.

(6) Cf. art. L.561-4-1 et L.561-32 du CMF

(7) Cf. art. L.561-5, L.561-5-1, L.561-6, L.561-10, L.561-10-1 à L.561-10-3 du CMF, et articles réglementaires correspondants

(8) Cf. art. L.561-5 et art. R.561-5 à R.561-10 du CMF

(9) Cf. art. L.561-5-1 et L.561-6 du CMF

(10) Cf. art. L.561-10-2 et L.561-15 du CMF

La réglementation protège les professionnels assujettis. La confidentialité des déclarations de soupçon (DS) est la clé de voûte du dispositif. Lors de l'externalisation d'un dossier d'enquête, Tracfin protège les déclarants en anonymisant les sources initiales de l'information.

L'implication des professionnels assujettis dépend aussi de systèmes de contrôle et de sanction efficaces. Cela exige des instances de supervision identifiées, fortes et indépendantes. Au-delà des évolutions législatives, il a fallu des sanctions judiciaires fortes à l'encontre de certains établissements et de leurs mandataires sociaux, au début des années 2000, pour que le dispositif LCB/FT français marque des progrès sensibles, du moins au sein des établissements de crédit. Ces dernières années, l'ACPR a augmenté le nombre et le montant de ses sanctions pour manquements aux obligations de vigilance et de déclaration. La création de la Commission Nationale des Sanctions en 2013 à destination de certaines professions assujetties non financières (agents immobiliers, casinos, sociétés de domiciliation) a permis de mieux sensibiliser ces dernières.

Le dispositif de conformité anti-corruption s'est inspiré du modèle LCB/FT, même si des différences notables demeurent entre les deux

Le dispositif LCB/FT, malgré quelques limites, a su s'imposer dans la durée et prouver son efficacité. C'est pourquoi le dispositif des Obligations de Conformité Anti-corruption (OCA), mis en place en France depuis 2017 suite à la loi Sapin II¹¹, s'est inspiré de certains principes de fonctionnement de la LCB/FT.

Les dispositifs LCB/FT et OCA ressortent de logiques comparables : cadre international, dimension préventive et analyse des risques, implication du management

Les deux dispositifs LCB/FT et OCA sont tous deux issus d'un cadre international contraignant, dans lequel des institutions multilatérales créent des normes et veillent à leur application.

Le dispositif LCB/FT a été défini par le GAFI et ses 40 normes de référence, qui sont régulièrement actualisées. Le GAFI supervise la bonne mise en œuvre de ces normes par des évaluations mutuelles entre pairs. Ses rapports publics jouent un rôle important en matière d'image et d'attractivité économique d'un pays. La France avait été évaluée en 2010-2011 et le sera de nouveau en 2020.

Le dispositif OCA, quant à lui, est né d'une double impulsion internationale.

– La première impulsion vient d'institutions qui, comme le GAFI, produisent des normes et surveillent leur application. L'OCDE évalue la mise en œuvre de la Convention de 1997 contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. La dernière évaluation de la France par l'OCDE date de 2014, et une nouvelle évaluation est prévue au printemps 2020. L'ONUDC évalue dans chaque pays signataire l'application de la Convention des Nations unies contre la corruption, dite convention de Merida, signée en 2003. La France a été évaluée par l'ONUDC début 2018. De plus, certaines associations internationales produisent des études et des classements sur le risque de corruption par pays, qui connaissent un large écho.

– La seconde impulsion internationale ayant poussé à la mise en place d'un dispositif anti-corruption en droit français est la concurrence de législations étrangères, notamment anglo-saxonnes, qui permettaient à certains pays de poursuivre les entreprises françaises pour des faits de corruption à l'international, sous prétexte que la France n'était pas assez répressive. Le renforcement du dispositif français anti-corruption doit répondre à cette forme d'ingérence.

Le second principe qui rapproche les deux dispositifs LCB/FT et anti-corruption est la dimension préventive. Le rôle de la fonction de conformité est de réduire les risques afin d'assurer la prévention du blanchiment de capitaux, du financement du terrorisme et de la corruption.

A ce titre, l'analyse des risques revêt une importance cardinale. Aucun dispositif réglementaire ne pourra venir à bout des pratiques de blanchiment ou de corruption. En revanche, il est important de pouvoir gérer ces risques, ce qui implique de les identifier et de les mesurer. L'importance de l'analyse de risques est mise en avant par le GAFI dans sa recommandation n°1. Chaque pays doit mener sa propre analyse de risques LCB/FT, et la qualité de cette analyse est l'un des premiers éléments que regardent les évaluateurs du GAFI au début d'une mission. La vertu cardinale de l'analyse de risques est également soulignée par la 4ème directive européenne anti-blanchiment de 2015, qui impose une analyse des risques LCB/FT au plan européen (sous l'égide de la Commission Européenne), au plan national selon la même logique que le GAFI, et au niveau de chaque déclarant. Ces principes ont été repris dans le code monétaire et financier à l'occasion de la transposition de la 4ème directive. En matière d'anticorruption, la cartographie des risques sert de colonne vertébrale aux OCA demandées par l'article 17 de la loi Sapin II (Cf. paragraphe II 3° et 4° de l'article 17 de la loi).

(11) Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016

Le troisième principe qui fonde les deux dispositifs LCB/FT et OCA est la nécessaire implication du management des entités assujetties. Les dispositifs réglementaires ne peuvent être efficaces que si les dirigeants des entreprises concernées sont convaincus de l'utilité de ces outils et promeuvent leur mise en œuvre en interne dans l'entreprise. A ce titre, la crédibilité des sanctions administratives et judiciaires joue un rôle d'aiguillon. En matière d'anti-corruption, la sévérité des sanctions anglo-saxonnes (y compris extraterritoriales) et la montée en puissance du PNF ont fait évoluer les esprits. Mais l'impulsion décisive restera celle des actionnaires. Les récentes prises de position publiques de fonds souverains ou de fonds d'investissement institutionnels, rappelant leur attachement à l'éthique des entreprises dans lesquelles ils investissent, constituent un levier non-négligeable. La mise en œuvre de dispositifs réglementaires exigeants, souvent perçus comme source de coûts administratifs à court terme, protège en réalité les entreprises à long terme.

Il est à noter que le dispositif des lanceurs d'alerte, créé par la loi Sapin II, s'applique autant à la lutte contre la corruption qu'à celle contre le blanchiment et le financement du terrorisme, du moins au sein des établissements financiers régulés¹². L'article 16 de la loi Sapin II a conduit à la création des articles L.634-1 à L.634-4 du code monétaire et financier afin de faciliter les signalements à l'ACPR et à l'AMF de tout manquement aux obligations contenues dans le CME, et de protéger les lanceurs d'alerte.

En matière de territorialité, les deux dispositifs LCB/FT et OCA ont une portée extraterritoriale, mais les modalités d'application diffèrent. Le dispositif LCB/FT s'applique en France comme à l'étranger aux établissements financiers ayant leur société-mère établie en France. La mère est responsable devant l'ACPR de la qualité du dispositif LCB/FT de ses succursales et filiales consolidées situées à l'étranger¹³. Cependant, les succursales et filiales situées dans un pays tiers transmettent leurs DS à la CRF de ce pays tiers, et non à la CRF française. Pour le contrôle détaillé des entités étrangères, le superviseur bancaire français doit s'en remettre à ses homologues des pays concernés.

En matière d'anti-corruption, les OCA doivent veiller à prévenir les faits de corruption aussi bien en France qu'à l'étranger. La loi Sapin II a étendu l'incrimination des faits de corruption à l'étranger en créant l'infraction de trafic d'influence d'agent public étranger. Elle a aussi étendu la compétence extraterritoriale de la loi pénale française. Les faits peuvent être poursuivis, qu'ils soient commis entièrement en France, partiellement en France, ou entièrement à l'étranger s'il y a complicité de personnes sur le territoire français, ou lien de l'un des auteurs avec la France (nationalité, lieu de résidence, activité économique habituelle).

Les deux dispositifs restent marqués par plusieurs différences de nature : champ infractionnel, périmètre des assujettis, impacts sur leur organisation interne.

La définition des infractions recherchées est ouverte dans le cas de la LCB/FT, alors qu'elle est limitative dans le cas de l'anti-corruption. En matière de LCB/FT, l'assujetti peut émettre une déclaration de soupçon dès qu'il sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner que les sommes maniées par son client proviennent d'une infraction punie d'une peine privative d'au moins un an ou participent au financement du terrorisme¹⁴. Ceci couvre la quasi-totalité des infractions pénales. La notion de soupçon reste délibérément large, pour en appeler à la responsabilité de chaque professionnel assujetti. A l'inverse, le dispositif anti-corruption cherche à contenir les manquements au devoir de probité : corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme, détournement de fonds publics, concussion. Ces infractions sont précisément définies, ce qui d'ailleurs les rend parfois difficiles à caractériser dans une procédure judiciaire.

Le périmètre des assujettis diffère sensiblement. Dans le cas de la LCB/FT, l'assujettissement concerne une liste de professions précises (Cf. art. L.561-2 évoqué supra). Le critère d'assujettissement est lié le plus souvent à la position d'intermédiaire dans des transactions financières au sens large. Dans le dispositif anti-corruption, a contrario, le critère d'assujettissement n'est pas lié à une profession, ni à un secteur d'activité, mais uniquement à des critères de taille. Il concerne les entités de plus de 500 personnes ou de plus de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires, qu'elles soient de droit privé ou public (EPIC). Les critères d'assujettissement aux OCA mériteraient d'ailleurs d'être revus, afin de préciser le cas des GIE, ou de reconsidérer le cas de PME-TPE, qui ne sont pas exemptes du risque de corruption.

Les deux dispositifs diffèrent par leur système de remontée d'alertes. Le dispositif LCB/FT implique pour l'assujetti de transmettre à la CRF des déclarations de soupçon. En cas de manquement, l'assujetti encourt des sanctions administratives de la part de ses autorités de contrôle et de sanction, voire des sanctions pénales en cas de complicité de blanchiment ou de recel. Le dispositif anti-corruption ne prévoit pas de système de déclarations d'initiative. L'assujetti doit mettre en place un dispositif interne de détection, et l'AFA mènera des contrôles sur pièce et sur place pour mesurer l'efficacité de ce dispositif.

L'articulation entre les deux systèmes est possible grâce à l'article L.561-27 du CME, qui dispose que Tracfin reçoit à l'initiative des administrations de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics ou de toute personne

(12) Cf. art. 6 à 16 de la loi Sapin II

(13) Cf. art. 6 à 8 de l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des établissements financiers soumis au contrôle de l'ACPR

(14) Art. L.561-15 I du CME

chargée d'une mission de service public, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Par conséquent, l'AFA peut adresser des DS à Tracfin.

La différence fondamentale entre les deux dispositifs vient cependant de leur impact respectif sur le fonctionnement des assujettis. Le dispositif LCB/FT porte d'abord sur les opérations d'un tiers, le client, tandis que le dispositif anti-corruption cible les activités de l'assujetti lui-même. Dans le cas de la LCB/FT, les actes répréhensibles sont externes à l'assujetti (sauf cas de complicité), tandis que les actes de corruption vont être intrinsèques à l'entreprise. Alors que le risque BC/FT repose principalement sur la connaissance client, le risque de corruption affecte l'ensemble des processus internes de l'assujetti (fonction commerciale, intermédiaires et apporteurs d'affaires, mais aussi achat et relation fournisseurs, communication et lobbying, gestion financière et comptabilité, etc.). Pour un assujetti LCB/FT, la part dans le chiffre d'affaires des clients qui représentent un risque BC/FT rédhibitoire reste le plus souvent marginale, ou en tout cas supportable par l'établissement assujetti en cas de rupture de la relation. Dans les processus de corruption, dans certains cas, la corruption peut déterminer une part importante du carnet de commandes et peser sur l'avenir de l'entreprise. Cette différence centrale peut avoir un impact sur le degré d'adhésion des assujettis.

Ceci confère aux enjeux disciplinaires une importance particulière. Si, en matière LCB/FT, le dispositif de contrôle et de sanction est déjà largement en place, en matière d'anti-corruption, il n'en est qu'à ses débuts. La création d'une peine pénale de mise en conformité à l'encontre des personnes morales est un levier incitatif. La montée en puissance du PNF et la conclusion des premières Conventions Judiciaires d'Intérêt Public (CJIP) crédibilisent le dispositif. La bonne dynamique entre les autorités de prévention (AFA) et les autorités de sanction (parquets) sera déterminante pour la réussite du dispositif anti-corruption. Pour être efficaces, ces autorités devront être soutenues et correctement dimensionnées.

Les deux dispositifs LCB/FT et OCA ont finalement vocation à se compléter et à interagir, tant les CRF ont un rôle à jouer en matière de détection de la corruption et du blanchiment de la corruption. La lutte contre la grande délinquance financière impose de faire converger les moyens vers des objectifs communs, et non de multiplier les créations de services centrifuges. La coordination nationale entre les administrations concernées est un facteur-clé de succès, comme en témoignent les échanges quotidiens que Tracfin entretient avec le Parquet national financier. Le succès du dispositif anti-corruption devra s'inscrire dans la durée, en prenant exemple sur la démarche d'amélioration continue que le dispositif LCB/FT met en œuvre sur le long terme ■

CLOUD ACT/PRIVACY SHIELD/RGPD : LE POIDS DE L'UE ?



Isabelle FALQUE-PIERROTIN

Conseiller d'État,
Présidente de la CNIL depuis septembre 2011

Pour son champ d'application si large et ses implications opérationnelles importantes au sein du tissu économique français, jusqu'ici insuffisamment sensible à l'enjeu des données, le règlement européen sur la protection des données personnelles constitue très certainement la nouveauté réglementaire qui aura eu le plus de retentissement en cette année 2018. Par ce règlement dit « RGPD », et par la loi du 20 juin 2018 qui l'inscrit dans le cadre juridique français, l'enjeu de la protection des données personnelles fait désormais partie intégrante des problématiques de « conformité ». La manière dont ce règlement – qui suscite un véritable changement de paradigme en promouvant l'accountability – prend corps depuis quelques mois au sein de nos organisations offre des perspectives de réflexion particulièrement riches sur la « conformité réglementaire ». Pour nos acteurs économiques, avoir une bonne conformité conduit à un exercice délicat qui exige, d'une part, une gouvernance interne de la donnée efficace et transversale, d'autre part, un accompagnement ajusté du régulateur. Celui-ci s'inscrit par ailleurs désormais dans un dispositif d'harmonisation européenne qui permettra à l'Europe de faire valoir ses standards de conformité et ainsi de renforcer l'attractivité numérique et la compétitivité économique de son territoire.

Un cadre juridique modernisé pour les données personnelles

L'univers numérique s'est construit à une vitesse fulgurante. Les données personnelles y occupent aujourd'hui une place prépondérante, qu'elles soient au cœur des modèles d'affaires ou nécessaires au fonctionnement quotidien des entreprises ou des organisations publiques. Ces données sont de plus en plus fines, « disantes » sur la personne, la prenant en compte dans toutes ses dimensions,

personnelles et professionnelles. Le cadre législatif français prévoit depuis 40 ans, avec la loi « Informatique & Libertés » de 1978, une protection des données personnelles, situant celle-ci à l'essence même de la personne. Mais, à mesure que l'économie de la donnée s'est développée, la réponse réglementaire est apparue insuffisante face à la complexité croissante de l'univers numérique semblant échapper à tout contrôle des personnes, face à la multiplication des vols de données. Dans un tel contexte, la protection des données personnelles semblait relever d'une illusion et constituait un rempart trop fragile pour protéger les individus face à la multiplication des traitements de données les concernant. Pour un bon nombre d'entreprises et administrations, à l'inverse, elle pouvait être identifiée comme un casse-tête administratif, une pure contrainte réglementaire bloquant les innovations. Elle pâtissait également d'une crédibilité fragile du fait de sa portée territoriale limitée et d'un montant de sanctions insuffisant pour véritablement changer la donne face aux grands acteurs du numérique.

Bref, la protection des données personnelles était en panne de projet, décevant sur ses flancs offensif et défensif alors même que le rôle de la donnée était plus important chaque jour. Il a fallu ce rattrapage historique que constitue le RGPD pour que se mette en place une vraie gouvernance de la donnée adaptée aux réalités du numérique, c'est-à-dire prenant en considération à la fois les enjeux de sécurité et de maîtrise des données recherchées par les individus et les entreprises, et permettant à l'Europe de reprendre le contrôle de sa souveraineté numérique. Il s'agit bien donc d'une architecture nouvelle de gouvernance, tant interne qu'externe.

Cette nouvelle gouvernance repose au premier chef sur l'idée que la protection des données dans l'univers numérique ne peut plus être une contrainte extérieure aux acteurs, un peu

abstraite, imposée par le régulateur. Elle doit au contraire être déclinée opérationnellement par les acteurs eux-mêmes en fonction d'un bénéfice professionnel escompté par ceux-ci. Les opérateurs sont ainsi désormais pleinement associés à un objectif commun : celui d'une plus grande transparence sur les usages qu'ils font des données personnelles, au bénéfice de leurs clients ou administrés. Le règlement responsabilise en effet davantage tous ceux qui traitent des données, et leur donne des outils pour s'autoévaluer et piloter leur conformité. Ce sont désormais eux qui doivent être capables directement d'apporter la preuve de la mise en œuvre des moyens techniques de protection et de sécurisation suffisants. C'est un véritable changement de culture pour lequel les acteurs collectant des données, quels qu'ils soient, finalisent depuis quelques mois leur adaptation.

Au-delà des efforts importants qu'implique ce changement de paradigme, qui associe les acteurs à l'effort de régulation, le nouveau cadre juridique modernisé répond en fait beaucoup mieux aux attentes pratiques des opérateurs dans leurs démarches de conformité. Plutôt que de passer sans cesse par le truchement du régulateur, le règlement met fin à la plupart des formalités préalables et promeut l'*accountability*, ce qui signifie beaucoup moins de bureaucratie pour nos entreprises. Elles ont en outre l'opportunité, en organisant de manière continue la conformité à cette réglementation, de renforcer leur sécurité juridique et, au-delà, leur image. A cet égard, on mesure de plus en plus, au fil des exemples jalonnant l'actualité récente (révélations d'Edward Snowden, « affaire » Cambridge Analytica), l'importance de cet enjeu, la protection des données personnelles devenant l'un des principaux indicateurs de confiance.

Enfin, « faire le point » sur ses traitements de données, penser la donnée personnelle dans un vrai schéma de gouvernance interne, c'est la possibilité d'améliorer son actif informationnel, de mieux le valoriser et ainsi d'en tirer tous les bénéfices.

Le RGPD à l'action : la donnée personnelle, un objet de *compliance* pas tout à fait comme les autres

Si la protection des données personnelles fait progressivement, depuis le 25 mai, son entrée dans le champ de la *compliance*, elle le fait de manière originale et disruptive du fait du caractère éminemment transversal et trans-sectoriel des enjeux numériques. Tout d'abord, la protection doit inéluctablement s'articuler avec les lois sectorielles ayant une déclinaison « informatique et libertés », qui sont nombreuses dans l'écosystème numérique global : législation sur la lutte contre la corruption et le blanchiment, sur les services de paiement, sur la transparence de la vie publique, sur les compteurs communicants, etc. La CNIL a dès lors identifié l'inter-régulation comme un enjeu critique ; elle

a pris contact avec de nombreux régulateurs sectoriels et envisage des instruments de conformité élaborés en commun.

La nature transversale du numérique produit aussi des particularités de *compliance* au sein même des organisations publiques ou privées. Le RGPD entend renégocier la figure du « responsable conformité » faisant cavalier seul par rapport aux métiers opérationnels en allant plus loin et en proposant un modèle de conformité qui irrigue toutes les parties-prenantes au sein d'une organisation, voire au-delà, compte-tenu des obligations désormais renforcées pour les sous-traitants. En d'autres termes, si la protection des données personnelles n'a pas, jusqu'ici, été au cœur des modèles de *compliance*, le règlement entend non seulement l'y faire entrer, mais souhaite également propulser cette logique de modernisation à un stade supérieur. Il devient crucial de prendre acte du fait que les questions de sécurité et de protection des données concernent toutes les personnes, tous les métiers au sein d'une organisation. Elles ne sont pas l'apanage d'un seul, directeur des systèmes d'information ou responsable juridique. Bien au contraire, chaque salarié ou agent doit prendre conscience que ce qu'il produit et échange participe au capital informationnel de son organisation ; qu'à travers ses pratiques, il peut enrichir celui-ci comme le fragiliser. Le RGPD nécessite ici une montée en compétences rapide et transverse des personnels et de leurs dirigeants dont la réussite sera déterminante pour que le texte européen tienne toutes ses promesses. A ce titre, le règlement prévoit une fonction originale et nouvelle, le *data protection officer* (DPO), dont le métier est justement d'intégrer les objectifs de la régulation du numérique au cœur du fonctionnement quotidien des structures. Cette fonction vise à mettre en place et piloter la gouvernance interne des données au sein d'une entreprise ou d'une collectivité. Proche des métiers dont elle va préciser les besoins en matière de données, indépendante mais proche du décideur afin de pouvoir enclencher un véritable plan de conformité interne, cette fonction est amenée à se développer dans les prochaines années. Désigner un délégué, lui donner les moyens de son action, de dialoguer en interne (avec les directions juridiques, les responsables informatiques, etc.), d'être entendu par les décideurs ; c'est déjà faire un grand pas vers la réussite de la mise en conformité d'une organisation.

En somme, les opérateurs ont la nécessité de naviguer aujourd'hui dans une nouvelle culture de la donnée, à la fois plus stratégique et plus opérationnalisée. L'effet de souffle du RGPD se fait déjà ressentir. Quatre mois après l'entrée en vigueur du règlement, ce sont déjà 22 000 organismes qui ont désigné 12 500 DPO.

Vers des « régulateurs de services » pour répondre à un enjeu de compliance exigeant

L'objectif central du régulateur doit être qu'un maximum d'acteurs se saisissent de la réglementation en vigueur, la comprennent et l'appliquent en tirant des bénéfices opérationnels de celle-ci. Afin que, *in fine*, les objectifs de protection des libertés qui la sous-tendent soient respectés. Ceci relativise l'imperium du régulateur. Non pas qu'il soit inutile !

Notre capacité à effectuer des contrôles et prononcer des sanctions est indispensable pour crédibiliser la réglementation. Et le RGPD nous dote en tant que régulateur d'un arsenal renforcé, avec des sanctions pouvant s'élever jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires mondial. Notre souhait est d'ailleurs d'apprécier de façon pragmatique les efforts vers la mise en conformité de ceux qui traitent de la donnée, en distinguant, par exemple, dans nos contrôles les principes fondamentaux de la protection des données qui restent inchangés des nouvelles obligations résultant du RGPD.

Mais la sanction est avant tout dissuasive. Elle ne saurait constituer une arme quotidienne de régulation. Notre priorité à ce titre est celle de l'accompagnement à la conformité et ceci de façon proactive. Le régulateur ne peut plus s'appuyer exclusivement sur ses prérogatives de puissance publique : il doit proposer des services à valeur ajoutée. Cela passe d'abord par la mise à disposition de ressources et d'outils pour une pédagogie appliquée : refonte du site de la CNIL pour répondre aux besoins les plus pressants ; mise à disposition d'un logiciel libre accompagnant à la réalisation d'une analyse d'impact ; accompagnement dans la désignation du DPO par un téléservice dédié.

En outre, au vu de l'hétérogénéité des besoins dans une économie de la donnée si protéiforme, un bon « régulateur de service » doit pouvoir capturer les besoins plus spécifiques des professionnels. La CNIL mise ainsi sur la corégulation. Elle construit avec les acteurs professionnels des référentiels sectoriels adaptés aux besoins spécifiques les plus prioritaires (les fichiers de clientèle ou la gestion RH, par exemple) ; et en prenant appui sur des « têtes de réseaux » (fédérations, associations, représentants professionnels) qui sont autant des alliés dans le recensement des besoins que des relais privilégiés pour créer une dynamique vertueuse autour des nouveaux outils.

Le RGPD nous rappelle également à quel point certaines catégories d'acteurs doivent faire l'objet d'une attention encore plus accrue dès lors qu'un nouveau cadre réglementaire s'installe. Les ressources tant humaines que financières pouvant être mobilisées par les plus petits acteurs pour organiser leur *compliance* sont parfois limitées. C'est ce qui a conduit à l'élaboration par la CNIL, en collaboration avec la Banque Publique d'Investissement

(BPI), d'un guide de sensibilisation pour les TPE-PME. La CNIL pilote également depuis plusieurs mois une stratégie orientée vers les start-up, qui doivent être en mesure de continuer à inventer et mettre en œuvre des solutions nouvelles avec souplesse et rapidité, tout en protégeant les données.

Cette stratégie du régulateur semble déjà porter ses fruits. En l'espace de quelques mois, l'on constate que les demandes qui nous sont formulées par les acteurs sont de plus en plus précises. Le RGPD est de moins en moins appréhendé comme ce « tout » paralysant qui pouvait susciter craintes et inertie.

Europe et conformité réglementaire : un tandem gagnant ?

Il y a quelques années, très peu d'acteurs auraient parié sur un texte commun sur les données personnelles, compte tenu de la variété des intérêts politiques européens, sur un sujet se situant aujourd'hui au cœur de toutes les stratégies d'innovation et de croissance. Pourtant, les entreprises européennes sont désormais toutes occupées, à des degrés différents selon le type d'acteurs, par les mêmes problématiques de mise en conformité. Ce choix du législateur européen a tout son sens, tant les traitements de données sont très souvent transfrontières. Il implique toutefois un ajustement significatif de la part des régulateurs qui doivent désormais dialoguer entre eux pour que la réglementation puisse produire des effets opérationnels. Chacune des 28 autorités nationales européennes de protection des données devient donc autorité de réseau et ceci est, là encore, un changement profond de culture.

Les premières réunions de l'EDPB (European Data Protection Board), nouvelle institution succédant au groupement des CNIL européennes (G29) ont été en ce sens très encourageantes, en permettant de riches discussions sur les premiers cas. Les plaintes explosent en effet partout en Europe depuis le 25 mai ; en France, c'est une augmentation de 56 % par rapport à l'année dernière. Plus de 200 plaintes transfrontalières sont actuellement traitées. Les premières sanctions sont évidemment très attendues afin d'asseoir la crédibilité de la réponse européenne sur les données personnelles. Mais un autre résultat sera tout aussi déterminant pour la crédibilité du RGPD : l'adoption d'outils de compliance adaptés au marché européen pour permettre de piloter la conformité des entreprises à cette nouvelle échelle. Dans ce cadre, la CNIL entend valoriser le patrimoine normatif très riche qu'elle a constitué depuis plusieurs années auprès des professionnels et citoyens, entre hautes exigences éthiques et accompagnement de l'innovation.

L'Europe est ainsi amenée dans les mois et années à venir à préciser sa vision sur les données personnelles ; une

vision qui produit des effets et de l'intérêt bien au-delà de ses frontières. Tout d'abord, car l'Europe se met enfin en capacité de faire respecter ses exigences sur son territoire vis-à-vis d'acteurs mondiaux qui viendraient y opérer. Ceux-ci, même non établis en Europe, sont désormais soumis au droit européen dès lors qu'ils ciblent le marché européen par le déploiement de leurs produits ou services. Cela a suscité de vives réactions à l'étranger, certains contestant la portée « extraterritoriale » du RGPD mais celle-ci est finalement chose courante dans tous les marchés du monde : il s'agit de faire en sorte que la même règle s'applique à tous ceux qui opèrent sur un même territoire. L'intérêt international du RGPD ne se résume pourtant pas à cette obligation juridique nouvelle ; une influence normative plus subtile est à l'œuvre. La Californie a adopté récemment une loi s'inspirant du modèle européen ; le Japon vient de signer un accord d'adéquation avec l'Europe afin de favoriser les transferts de données ; l'Argentine travaille à une loi. Peut-être nous dirigeons-nous vers une régulation plus globale, s'inspirant du courant humaniste européen, à la hauteur de la nouvelle société de la donnée dans laquelle nous évoluons.

Conclusion : un enjeu de *compliance* stratégique et de premier ordre pour nos sociétés numériques

La réussite du RGPD est cruciale. D'abord, car la bonne appropriation de ce cadre par tous les acteurs économiques est amenée à constituer pour eux un facteur clé d'attractivité et de pérennité. Par la stabilité dans la relation client qu'elle génère, par l'innovation plus frugale qu'elle permet, la protection des données personnelles constitue en effet, de plus en plus, un argument de différenciation concurrentielle vis-à-vis de clients, voire d'investisseurs. Ensuite, à une échelle plus globale, c'est l'attractivité numérique et la compétitivité des territoires français et européen qui se jouent ici. En renforçant sa souveraineté numérique, l'Europe dispose d'une occasion rêvée pour rattraper son retard et devenir un protagoniste central dans la construction de la société numérique de demain. Il s'agira dans les années à venir de veiller à ce que le nouveau dispositif sur les données réponde bien aux besoins de chacun, et contribue pleinement à nous diriger vers cet horizon ■

ENTRETIEN AVEC



Guillaume KASBARIAN ¹

Député LREM, rapporteur de la commission d'enquête sur les décisions de l'État en matière de politique industrielle

? Le rapport d'enquête formule des propositions pour une politique industrielle de la France. Quelles en sont les principales applications à court et moyen terme ? Que prendra la nouvelle forme du contrôle des investissements étrangers ?

Le rapport de la commission d'enquête que j'ai rédigé avec mes collègues a formulé 50 propositions concrètes réparties en 10 axes pour que la France retrouve une politique industrielle conquérante. Avec ces mesures, nous avons essayé d'envisager tous les aspects du monde industriel : l'image de l'industrie, la formation, les besoins en capitaux et, aussi, la sécurité économique. Évidemment, l'origine de notre commission d'enquête était les rachats d'Alstom, d'Alcatel et d'STX. Nous avons donc beaucoup travaillé sur ces questions-là : le contrôle des investissements étrangers en France (la procédure IEF), les législations extraterritoriales, la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics, etc.

Des propositions que nous avons formulées, plusieurs modifications législatives ont découlé, notamment dans la loi PACTE de Bruno Le Maire. L'article 55 du projet renforce les pouvoirs de contrôle et de sanction du ministre de l'Économie face aux investisseurs étrangers. De mon côté, j'ai porté plusieurs amendements avec l'aide des rapporteurs Marie Lebec et Roland Lescure pour renforcer le contrôle parlementaire de l'action de l'État en matière de sécurité économique et à rendre public les statistiques de la procédure IEF.

Sur ce dernier point, nous avons fait le constat, durant notre commission d'enquête, que beaucoup de fantasmes persistaient sur cette procédure. Nous nous sommes retrouvés pris entre deux feux, coincés entre ceux qui pensaient que l'État était une vraie passoire qui ne contrôlait rien et laissait filer toutes ses pépites industrielles à des investisseurs étrangers et les autres qui, à l'inverse, étaient persuadés que la France était une

petite Corée du Nord qui chassait les investisseurs étrangers. Finalement, tout est rentré dans l'ordre quand Bruno Le Maire a rendu public quelques chiffres, nous indiquant notamment que la France contrôlait chaque année une centaine de dossiers. Je propose que cette information au public soit institutionnalisée.

? C'est la première fois que le Parlement se dote d'un organe de contrôle, sur ces questions d'intelligence et de sécurité économique. En quoi consiste-t-il ? Procédures, réseaux d'approvisionnement, lois à portée territoriale, etc.

Justement ! C'est un sujet qui n'était jamais abordé au Parlement. Ou, sinon, qu'à la faveur d'une commission d'enquête comme la nôtre. Ce n'est pas une bonne chose, on ne peut pas traiter le sujet de la sécurité économique que par à-coups, quand il y a une question politique qui émerge. Ce sujet doit être traité dans le temps long, avec un petit groupe de parlementaires, issus de tous les bancs de l'Assemblée et du Sénat. J'ai voulu que tout le monde soit représenté parce que je pense que c'est un sujet d'intérêt général qui n'est pas polémique et qui concerne toutes les grandes formations politiques, sans polémiques inutiles.

Cette Délégation parlementaire à la sécurité économique (DPSE) traitera, tout au long de l'année, des sujets de fond liés à la sécurité économique de la France. Cela touche aussi bien des questions relatives aux investissements étrangers en France qu'aux questions touchant à l'extraterritorialité des législations étrangères, en passant par les investissements dans les technologies de demain ou l'approvisionnement énergétique de la France.

Pour remplir cette mission, la DPSE aura accès, chaque année, à un rapport du Gouvernement sur les actions qu'il a menées sur ces sujets. Ce rapport sera doublé d'un droit d'audition à huis-clos du Premier ministre, des ministres et du Service de l'information stratégique et sécurité économique (SISSE).

(1) Commission d'enquête sur les décisions de l'État en matière de politique industrielle, notamment dans les cas d'Alstom, d'Alcatel et de STX, télécharger le rapport d'enquête sur : www2.assemblee-nationale.fr

Enfin, la DPSE rendra chaque année un rapport d'activité qui sera présenté au public et des propositions, gardées confidentielles, quelle remettra au Gouvernement.

? **Cet organe pourra-t-il assurer le contrôle des investissements ? Prévoit-il, en quelque sorte, de se substituer au pouvoir du ministre de l'Économie et des Finances ? Quel en est son périmètre ? A-t-il un pouvoir d'audit, d'information et de proposition ?**

Non ! En aucun cas. Précisément, je ne veux pas que ce nouvel organe se substitue au ministre de l'Économie. Comme le prévoit notre Constitution, le Gouvernement décide, agit, et le Parlement contrôle a posteriori son action. Je sais que nombre de mes collègues LR et LFI souhaitaient que cette délégation puisse faire un contrôle en temps réel. Or, outre le fait que cela me semble inconstitutionnel, cela aurait des effets pervers.

D'une part, cela signifierait présenter, chaque année, une centaine d'investisseurs étrangers devant la délégation. Elle devrait instruire, enquêter, décider. Cela me paraît matériellement irréaliste. D'autre part, cela serait un très mauvais signal protectionniste envoyé aux investisseurs internationaux qui participent largement à la croissance de la France.

Il s'agit d'un point d'équilibre auquel je suis très sensible. Oui, la France doit se doter de dispositifs crédibles pour lutter contre les investissements prédateurs et pour protéger ses pépites industrielles. Il ne faut pas être naïf, tous les pays du monde développent ce genre de système. Mais, dans le même temps, il ne faut pas oublier que l'immense majorité des IDE en France sont bénéfiques pour notre croissance, créent des emplois, participent de notre production nationale. Donc la DPSE examinera les décisions du Gouvernement avec une année de décalage.

Je crois qu'il est essentiel de garder une position équilibrée.

? **Le dispositif étatique anti-corruption français vous paraît-il en mesure de réduire l'impact des sanctions qui ont massivement déstabilisé les industries françaises et européennes ces dernières années et depuis Alstom ?**

J'en suis convaincu. Nous l'avons vu avec les affaires Alstom et BNP-Paribas. Nous le verrons peut-être également avec Areva-Orano. La lutte anti-corruption doit être une de nos priorités.

Je vais être très clair : ce qui me choque le plus, ce n'est pas que les États-Unis se permettent de condamner des entreprises françaises, mais que les autorités françaises ne poursuivent pas en premier lieu nos entreprises corrompues. Il faut sérieusement s'attaquer à cette culture de la zone grise qui semble prospérer dans certains milieux où, pour gagner des contrats, il est possible de s'arranger avec le droit.

Alors on nous explique qu'il y a des manœuvres de la justice américaine pour favoriser ses entreprises. C'est faux. Les

États-Unis ont une culture très puritaine, très protestante et intransigeante sur ces questions. D'ailleurs, ils n'ont pas peur de s'attaquer également à leurs entreprises américaines corrompues. Dans leur idée, la chose est simple : toute entreprise corrompue est une atteinte à la libre concurrence de toutes les autres entreprises sur ces marchés. Il faut donc les poursuivre. C'est dur mais simple. Et nous serions bien inspirés d'avoir la même tolérance zéro vis-à-vis de la délinquance en col blanc, de la corruption, même quand il s'agit de grandes entreprises ou de grands patrons français.

A cela, s'ajoute leur immense puissance de frappe. Pour rédiger notre rapport, nous nous sommes rendus aux États-Unis. Nous avons rencontré des procureurs. Les moyens ne sont pas les mêmes : il y a 300 enquêteurs du FBI qui sont spécialisés sur ces questions anticorruptions. Autant dire que nous n'avons pas la même force de frappe. Je pense que nous devrions commencer par-là : muscler notre dispositif de lutte contre la corruption.

La meilleure façon de protéger nos entreprises d'un risque de poursuite pour corruption à l'étranger, c'est de faire nous-même le ménage plutôt que de laisser d'autres juridictions étrangères s'en charger.

? **Quid de la compétitivité des entreprises dans un contexte international régi par les nouvelles formes du protectionnisme, notamment venant de la Chine et des États-Unis ? Quelles en sont les conséquences, notamment en matière de risques de transferts de technologies ?**

C'est une question épineuse mais qui à mon avis est centrale. Toujours dans le cadre de la commission d'enquête, nous avons visité une très belle entreprise du nord de la France, Alcatel Submarine Networks (ASN). Celle-ci est très clairement un fleuron industriel, réalisant de très beaux projets, en pointe technologiquement. Celle-ci évolue sur un marché avec, comme principaux concurrents, des entreprises nord-américaines. Or, depuis quelques années, elle voit se développer un nouveau concurrent, un géant venu de Chine, qui casse les prix.

Cela pose beaucoup de questions. Est-ce normal que des entreprises étrangères bénéficiant d'aides d'État puissent concourir à des appels d'offres de marchés publics face à des entreprises européennes qui n'y ont pas droit ? Est-ce normal que des entreprises étrangères issues de pays où il n'est pas possible d'investir librement lorsque l'on est un étranger puissent librement investir chez nous. Est-ce normal que des entreprises issues de pays n'ayant pas signé l'accord de l'OMC sur les marchés publics puissent librement candidater à des appels d'offres dans des pays qui l'ont signé ?

La situation est finalement assez proche de celle du rail. Le rapprochement entre la française Alstom Transport et l'allemande Siemens est indispensable face à la chinoise CRRC. Cette dernière entreprise gagne un peu partout dans le monde des contrats publics grâce à des tarifs très agressifs et à un niveau technologique proche du nôtre. Cela pose selon moi une dernière question : comment repense-t-on notre politique de la concurrence ? Aujourd'hui, la Commission européenne

a une approche assez stricte du contrôle des concentrations. Je pense qu'il doit être possible d'assouplir ce contrôle pour laisser la possibilité aux entreprises de constituer des géants européens.

? Serons-nous à même de définir des intérêts stratégiques communs au plan européen pour les fleurons de l'industrie ?

Là aussi, c'est une question épineuse. Le projet de Règlement européen présenté par le Conseil est aujourd'hui limité précisément du fait de cette question. Si vous posez aujourd'hui la question à tous les députés français : « qu'est-ce qui est stratégique selon vous ? », vous aurez 577 réponses différentes. Alors évidemment, au niveau européen, les choses sont encore plus compliquées. Pour autant, je suis persuadé qu'une bonne défense des fleurons industrielle se joue au niveau européen. A nous, maintenant, de voir comment on peut construire un socle d'intérêts stratégiques communs avec d'autres pays ■

Pour aller plus loin

Commission d'enquête sur les décisions de l'État en matière de politique industrielle, notamment dans les cas d'Alstom, d'Alcatel et de STXR rapport d'enquête chargée d'examiner les décisions de l'État en matière de politique industrielle juillet 2018

MISSION D'ÉVALUATION DE LA LUTTE CONTRE LA DÉLINQUANCE FINANCIÈRE



Eric ALT

Vice-président au sein de l'association Anticor

Audition par la mission d'information de l'Assemblée nationale

11 octobre 2018

La corruption et la délinquance financière portent atteinte aux principes qui fondent la République. Le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame que «*l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements*». L'égalité devant la loi, la liberté d'expression, le droit pour les citoyens de demander compte aux agents publics de leur administration, leur égale admissibilité aux emplois publics, la séparation des pouvoirs sont autant d'obstacles aux abus de pouvoir et à la corruption. Ces principes sont devenus vulnérables, comme les droits économiques et sociaux proclamés par la Constitution française de 1946.

Au regard de cette situation, il appartient au législateur d'être à la hauteur des enjeux. La contribution d'Anticor propose une approche du local au global, du politique à l'économique. Une réflexion pertinente sur la lutte contre la criminalité économique ne peut être limitée au champ des infractions financières ou fiscales. Chacune des propositions nous semble utile pour endiguer les dérives de la vie politique et économique. Prises dans leur ensemble, ces propositions appellent une réflexion sur l'architecture du pouvoir et sur la porosité entre pouvoirs politiques et économiques. Au regard de la perspective annoncée d'une réforme constitutionnelle, nous envisageons aussi des propositions susceptibles de faire partie de la loi fondamentale.

Nous appelons à des règles plus effectives et à des institutions plus efficaces pour les appliquer.

Pour des règles plus effectives

La succession de mesures répondant à des scandales a permis des améliorations. Elle n'a pas permis une approche globale des questions de probité de nature à prévenir la délinquance financière.

La délinquance financière en lien avec la vie économique

Le lobbying

En 1992, Yves Mény analysait «les conflits d'intérêts et l'art de les contourner». Il parlait d'une tentation structurelle permanente, créant un climat favorable à la corruption. La

loi du 11 octobre 2013 définit les conflits d'intérêts. Ce n'est qu'un premier pas.

Dans sa configuration actuelle, le lobbying est une pathologie de la démocratie. Le risque est grand d'une captation de la décision publique. Il y a parfois peu de champ pour séparer le lobbying du trafic d'influence.

Plus fondamentalement, l'enjeu est de renforcer l'ouverture de l'expertise dans tous les domaines, qu'il s'agisse de la santé, de l'environnement ou de la mise en œuvre de grands projets. Le respect du principe contradictoire et l'expression des avis divergents doivent être considérés comme des fondements de l'expertise collective. La possibilité de garantir l'expression d'avis divergents – que ce soit à travers la composition initiale d'un groupe d'experts, intégrant la

diversité des opinions ou des disciplines concernées, à travers une procédure permettant de faire apparaître des divergences éventuelles ou encore lors des séances – constitue un gage de la qualité et de l'indépendance de l'expertise¹.

La loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016 inscrit dans la loi des obligations déclaratives s'appliquant aux représentants d'intérêts. Elle doit être complétée :

1. par des dispositions sur la traçabilité, afin de permettre de savoir qui a rencontré qui et à quel sujet ;
2. par l'obligation pour les parlementaires de mentionner l'origine d'un amendement qu'ils décident de relayer ;
3. en révélant, dès la transmission, toutes les propositions législatives faites aux décideurs publics ;
4. par l'interdiction faite aux représentants d'intérêts de faire bénéficier les décideurs publics de cadeaux ou d'avantages ;
5. par la transparence des informations communiquées par les lobbies aux représentants d'intérêts aux pouvoirs publics.
6. par la mise en place d'espaces d'expression et de confrontation des avis divergents d'experts.

Le passage du public au privé.

Le pantouflage devient dangereux pour l'intérêt public quand des fonctionnaires rejoignent l'entreprise ou le secteur qu'ils contrôlaient. À défaut de corruption, les hauts fonctionnaires recrutés dans le privé le sont souvent pour faire du lobbying auprès de leur administration d'origine, c'est-à-dire pour faire, dans le privé, le contraire de ce pourquoi ils étaient rémunérés dans le public : par exemple, un agent des impôts devient conseiller pour faciliter l'évasion fiscale.... Ces fonctionnaires vendent leur « carnet d'adresses » dont l'entreprise peut tirer bénéfice.

La Commission de déontologie de la fonction publique est en charge de donner un avis sur le passage du public au privé. En revanche, aucune procédure n'est prévue quand un salarié du privé rejoint le public. Il faut aujourd'hui prévenir toute tentation de mélange des genres, résultant de la pratique nouvelle en France des « tourniquets », qui se manifeste par des passages successifs du public au privé.

L'amélioration de la prévention de ces conflits d'intérêts impose :

1. L'évolution de la Commission de déontologie, dans le cadre d'un rapprochement des autorités en charge de la probité publique ;

2. L'application effective de l'obligation pour les hauts fonctionnaires de servir l'État pendant au moins dix ans ;
3. Le contrôle du recrutement dans le privé de salariés appelés à occuper des fonctions importantes (au minimum celles relevant actuellement du pouvoir de nomination du président de la République, ainsi que les membres des cabinets ministériels).

Les marchés publics

Le montant de la commande publique en France est compris entre 120 et 150 milliards d'euros. Les marchés publics ont toujours constitué un terrain favorable à la corruption et aux collusions entre entreprises. C'est l'une des activités des administrations les plus exposées au gaspillage, à la fraude et à la corruption en raison de leur complexité, de l'ampleur des flux financiers qu'ils génèrent et de l'interaction étroite entre le secteur public et le secteur privé. Pourtant, de nombreux indicateurs révèlent une insuffisance de la prise en compte de cet enjeu. La Mission interministérielle d'enquête sur les marchés a été supprimée, après avoir été privée de ses moyens. Les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ont été éclatés dans des entités départementales placées sous l'autorité des préfets, ce qui rend plus difficile la coordination contre des pratiques illicites sur le plan national. D'autant plus que ces structures n'ont pas seulement pour mission de surveiller les marchés publics. Elles ont de nombreuses autres attributions et les préfets ne font pas du contrôle des marchés publics une priorité. L'obligation de convoquer le représentant de la DGCCRF aux commissions d'appel d'offres des collectivités locales a été supprimée. Pourtant ces fonctionnaires étaient bien placés pour alerter les autorités compétentes sur les irrégularités en matière d'appel d'offre, et leur participation pouvait faire obstacle aux pratiques de favoritisme. Enfin, la consultation de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, organisme expert rattaché au ministre de l'Économie et des Finances, et chargé de procéder à l'évaluation des projets de partenariat public-privé n'est pas obligatoire pour les collectivités territoriales.

La complexité de la matière ne doit pas faire obstacle à des initiatives, par exemple :

1. par l'établissement systématique de rapports de négociation ;
2. par la clarification du régime permettant de passer des avenants à un marché ou à une délégation de service public ;
3. par l'accès effectif des décideurs aux documents afférents aux marchés et contrats en temps utile avant les réunions délibératives ;

(1) Ces propositions sont en partie reprises d'un rapport de l'IGAS sur l'indépendance des experts et de l'expertise sanitaire (2001)

4. par l'obligation de rendre transparentes les phases de négociation, notamment pour les élus de l'opposition ;
5. par l'obligation de rendre compte de l'exécution des marchés ;
6. par l'obligation d'informer l'assemblée délibérante des contentieux liés à une violation des principes de la commande publique.

La délinquance financière en lien avec la vie politique

Les comptes de campagne.

Les lois sur le financement des campagnes électorales sont claires. Les dépenses sont plafonnées et l'État en rembourse une partie. L'objectif est de limiter le pouvoir de l'argent dans la vie démocratique.

Mais la Commission nationale de contrôle des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) apparaît aujourd'hui dépassée. Elle n'avait pas détecté l'ampleur du dépassement d'un compte de campagne en 2012. De même la qualité du contrôle des comptes de campagne en 2017 a été questionnée.

Au-delà de ces constats, il est nécessaire de mettre en place un dispositif permettant un contrôle réel des candidats en prenant des mesures nouvelles, par exemple :

1. La réforme de la CNCCFP, dans le cadre d'une réforme globale des autorités en charge de la probité publique ;
2. L'obligation pour les candidats de rendre régulièrement publiques, pendant la campagne, leurs dépenses et leurs recettes ;
3. L'instauration d'une sanction d'inéligibilité, qui pourra être prononcée par le juge de l'élection, à l'encontre du candidat à l'élection présidentielle dont le compte de campagne aura été rejeté pour fraude ou manquement grave aux règles de financement des campagnes électorales ;
4. La certification, par la Cour des comptes, des comptes des partis politiques percevant de l'argent public ;
5. La publication en libre accès de tous les documents justifiant les comptes des partis, les recettes et dépenses des candidats, ainsi que des avis de la CNCCFP, en ajoutant à ses missions l'obligation de publier ces documents dans un format librement réutilisable.

Le patrimoine des élus

L'objectif de la déclaration de patrimoine est de prouver l'absence d'enrichissement des élus. La déclaration de patrimoine, pour être suffisamment précise, doit contenir des éléments se rapportant à la vie privée des élus. Au vu du risque encouru en termes de vie privée, il est donc naturel qu'elle ne soit pas rendue publique. La situation actuelle permet la consultation de cette déclaration par les citoyens, mais dans des conditions très strictes et avec l'interdiction de diffuser les informations consultées. Il faut sortir du clair-obscur.

Une meilleure solution consisterait à :

1. Supprimer l'accès en préfecture aux déclarations de patrimoine et confier à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) un bilan d'enrichissement individuel rendu public ;
2. Renforcer la qualité des informations liées à la déclaration d'intérêts pour que les liens directs ou indirects des élus entrepreneurs soient rendus publics ;
3. Permettre à tout citoyen d'interroger la HATVP sur un point particulier en incluant une obligation de réponse.²

Le casier judiciaire des candidats à des élections politiques.

Cette obligation a été votée par l'Assemblée nationale en février 2017. Mais elle n'a pas été reprise dans la loi de septembre 2017 sur la confiance dans la vie politique au prétexte qu'une telle disposition présentait un «risque constitutionnel». Le législateur s'était alors borné à inscrire dans la loi l'obligation pour le juge de motiver spécialement l'absence de condamnation à une peine d'inéligibilité, ce qui est très différent.

Notre proposition est **d'inscrire dans la Constitution le principe selon lequel ne peuvent faire acte de candidature les personnes dont le casier judiciaire comporte une mention de condamnation pour une infraction criminelle ou pour une infraction délictuelle d'atteinte à la probité.**

L'inviolabilité parlementaire

Seule l'irresponsabilité apparaît comme un véritable corollaire du mandat représentatif car, en soustrayant l'exercice des fonctions parlementaires à l'appréciation d'un pouvoir concurrent, elle protège le libre exercice du mandat. Témoigne de l'importance de la protection la relative uniformité des régimes juridiques des immunités ou privilèges qui, quel que soit le pays considéré, visent à soustraire le représentant aux conséquences des infractions commises dans l'exercice de ses fonctions.

(2) Ces propositions sont partagées par Regards citoyens.

En revanche, la quasi absence d'inviolabilité en droits anglais et américain illustre la capacité du régime représentatif à fonctionner de manière satisfaisante, tout en soumettant au droit commun les infractions détachables de l'exercice des fonctions parlementaires. Parce que le caractère représentatif du mandat permet à l'assemblée de fonctionner régulièrement, même en présence d'une chambre incomplète, il ne saurait fonder l'existence d'une inviolabilité dont la vocation première est de garantir la présence, au moins potentielle, des parlementaires en séance³.

Cette analyse conduit à **proposer la suppression de l'inviolabilité parlementaire pour les actes détachables des fonctions.**

Le statut du président de la République

L'exemple vient souvent d'en haut. Le rapport « *pour un renouveau démocratique* » constatait que les règles actuelles ne peuvent être considérées comme satisfaisantes au regard de l'objectif d'égalité devant la justice.

Des règles de compétences et de procédures particulières devraient être posées, et notamment le principe selon lequel il ne pourrait faire l'objet d'aucune mesure restrictive ou privative de liberté pendant son mandat.

Notre proposition reprend celle du rapport précité, consistant à **mettre fin à l'inviolabilité du chef de l'État pour les actes détachables de ses fonctions.**

Délinquance économique vs protection du bien commun

La réutilisation sociale des biens confisqués

L'Italie a adopté en 1996 une loi permettant la confiscation de biens acquis par le biais d'une infraction criminelle. À titre d'exemple, les biens confisqués entre 2010 et 2012 ont représenté 11 milliards d'euros. La loi italienne prévoit même une confiscation préventive reposant sur le caractère illicite des mécanismes d'acquisition du patrimoine. Ces confiscations concernent aussi les éventuels complices qui peuvent servir de prête-nom.

L'Italie a fait le choix de ne pas mettre aux enchères tous les biens confisqués afin d'interdire leur rachat par des prête-noms du crime organisé. Une partie de ces biens est mise à la disposition de la société civile par le biais de coopératives ou d'associations : c'est la réutilisation sociale des biens confisqués.

Une fois un bien définitivement confisqué par la Justice, celui-ci tombe dans le domaine privé de l'État, sous la responsabilité de la Direction de l'immobilier de l'État (DIE), qui est rattachée à la Direction générale des finances publiques (DGFIP) du ministère des Finances et des Comptes publics.

Notre proposition vise à **autoriser la DIE, saisie par une entreprise d'utilité sociale agréée, à affecter certains biens confisqués à une réutilisation sociale plutôt qu'à être vendus pour le compte de l'État par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC).**

Le bien commun

Des propositions importantes du Parlement ont été censurées, alors qu'elles visaient à réaliser des avancées en matière de transparence de la vie économique, préalable à la lutte contre la délinquance financière. Ainsi ont été censurées :

- l'obligation pour les intermédiaires financiers de divulguer à l'administration les schémas d'optimisation fiscale ;
- la redéfinition de l'abus de droit pour sanctionner des abus dont l'objet principal est l'évitement de l'impôt ;
- la majoration des taux d'imposition pour les contribuables ayant des activités dans des paradis fiscaux (pays ou territoires non coopératifs) ;
- l'inversion de la charge de la preuve pour réprimer l'usage abusif des prix de transfert (du transfert par une entreprise vers une autre de fonctions ou de risques à des fins d'évitement de l'impôt) ;
- la faculté pour le Défenseur des droits d'accorder des subsides aux lanceurs d'alerte ;
- le *reporting* public pays par pays (l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux pays par pays) ;
- la création d'un registre public des trusts.

Ces censures ont été décidées au nom du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre, déduits par le Conseil constitutionnel de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Au XVIII^e siècle, ces principes ouvraient aux nouveaux citoyens la possibilité de s'affranchir de toute forme de despotisme. Mais ces droits, conçus pour l'émancipation, ne doivent pas devenir, par l'interprétation qui leur est donnée, des moyens offerts aux plus puissants de s'opposer au bien commun.

(3) Voir la thèse de Cécile Guérin Bargues, *Immunités parlementaires et régime représentatif, l'appartenance du droit constitutionnel comparé*. LGDJ, 2011, prix de la thèse 2008 de l'Assemblée nationale

Le temps est venu de poser démocratiquement des limites à la puissance privée, pour qu'elle se déploie dans le respect de l'intérêt général.

Cela commande une proposition unique, inspirée par un collectif de cinquante juristes en juin 2018, se traduisant par **P'inscription dans la Constitution du principe selon lequel la protection du bien commun justifie les limitations à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.**

La culture de la transparence.

La transparence est une vertu démocratique. C'est un moyen d'instaurer de l'éthique dans la vie publique. Jeremy Bentham a publié le premier traité sur la publicité des opérations parlementaires. «*Pour lui, les opposants à la transparence ne pouvaient se ranger que dans trois catégories peu recommandables : celle des malfaiteurs, qui cherchent à se dérober au regard d'un juge ; celle des despotes, désireux d'étouffer une opinion publique dont ils redoutent la force; celle des incapables enfin, qui ne cessent de justifier leur inaction par la prétendue irrésolution du public.*⁴»

La transparence est aussi une condition de la vie économique. La transparence de la gestion et la qualité de l'information financière sont indispensables aux acteurs économiques.

L'adoption de la loi sur le «secret des affaires» n'a rien qui mérite l'estime. Elle étend un voile d'opacité sur la vie économique, propice à toutes les dérives. Elle ne répond même pas à son objet de préserver les intérêts économiques de la France, ce qui appelait d'autres moyens (renforcement du contrôle des investissements étrangers, extension de la loi «de blocage», lutte contre l'espionnage de masse).

La promotion d'un «gouvernement ouvert» n'a qu'une faible crédibilité si l'espace économique, qui influe tout autant sur la vie des citoyens, est reconnu légitime à étendre ses secrets.

Au contraire, nous défendons la systématisation de **la publication sur le mode des données ouvertes (open data) des informations et documents détenus par les autorités publiques, et le cas échéant, par les entreprises, lorsqu'elles sont astreintes à la publication de certaines informations, comme par exemple les industries extractives.**

La certitude de la peine

Réformer les procédures de déclassification du secret défense

Le « secret défense a fait obstacle à la poursuite d'enquêtes pénales emblématiques, comme par exemple celle concernant «les frégates de Taïwan» ». La déclassification résulte aujourd'hui entièrement d'une décision politique,

non soumise à contrôle. Quand l'autorité judiciaire estime qu'une pièce classifiée est nécessaire à l'avancement d'une enquête, elle doit saisir le ministre compétent. Celui-ci saisit la Commission consultative du secret de défense nationale (CCSDN), puis prend sa décision. L'avis étant consultatif, le ministre a toute latitude pour refuser, d'autant plus que sa décision n'a pas à être motivée.

La situation de la France est singulière. Elle se distingue, par son opacité, de ses principaux voisins européens, comme le montrait déjà en 1998 une étude de législation comparée du Sénat (rapport n°35, 1^{er} février 1998).

Au Royaume-Uni, les juges reconnaissent à l'administration un large privilège de rétention des informations, mais ils en contrôlent l'utilisation. Depuis 1968, la jurisprudence considère que les ministres ne sont pas les seuls juges de l'intérêt public, et qu'il appartient au tribunal d'arbitrer entre l'intérêt public allégué par le ministre et celui de la justice. Si la diffusion de l'information n'est pas de nature à occasionner un dommage substantiel, l'intérêt de la justice doit l'emporter.

En Allemagne, l'exécutif peut aussi refuser la production de documents dont la publicité pourrait porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, par un certificat d'immunité au nom de l'intérêt public. Mais cette décision peut être contestée devant les juridictions administratives ou pénales. Le tribunal contrôle la décision de refus de communiquer les informations classifiées et, s'il juge ce refus infondé, requiert la communication de ces documents.

En Italie, le président du Conseil des ministres détermine si le secret défense peut être invoqué pour refuser à un juge la transmission d'une information classée secret d'État ou pour laisser un juge pénétrer dans un lieu couvert par le secret d'État. Toutefois, si le juge souhaite disposer de documents pour lesquels le secret d'État lui est opposé et s'il veut contester ce refus de transmission, le conflit est tranché par la Cour constitutionnelle, qui ne peut se voir opposer le secret.

En Espagne, la Cour suprême, depuis 1997, contrôle le refus du Conseil des ministres de déclassifier des documents au cours d'une procédure judiciaire. Elle a affirmé à cette occasion la supériorité du principe de garantie effective des droits par la justice, accordé à tout citoyen par la Constitution, sur le principe de la sécurité de l'État.

C'est pourquoi une réforme s'impose, pour laquelle deux solutions sont envisageables :

- soit réformer la Commission nationale du secret défense et lui donner les moyens de décider en toute indépendance ce qui doit être déclassifié ;
- soit confier à de hauts magistrats le pouvoir de décision en ce domaine.

(4) Jeremy Bentham, in Pierre Rosanvallon, *le bon gouvernement*, Seuil, 2015, pp.211

Les délais de prescription des infractions dissimulées

La loi portant réforme de la prescription en matière pénale a été promulguée le 27 février 2017. Elle double les délais de prescription pour les crimes et délits. Le délai de prescription d'un délit passe de 3 ans à 6 ans et celui d'un crime de 10 ans à 20 ans.

Elle institue aussi un délai butoir de douze ans pour les délits (et de trente ans pour les crimes). Les infractions plus anciennes ne pourront donc être poursuivies. Ces délais butoirs courent à compter de la commission de l'infraction. Cette disposition neutralise partiellement l'état du droit antérieur. Elle a des effets négatifs dans les affaires financières : il n'est pas rare en ce domaine que des enquêtes commencent plus de douze ans après les faits. Souvent, ce n'est qu'à l'occasion d'une alternance dans une mairie ou d'un changement de patron ou d'actionnaires dans une entreprise qu'un manquement est découvert. Parfois c'est lors d'enquêtes connexes, d'écoutes ou de tuyaux que, des décennies plus tard, on découvre des malversations en marge de contrats de marché public ou de vente d'arme. Désormais, au-delà de douze ans, un voile d'opacité recouvrira ces délits.

C'est pourquoi nous proposons la suppression du délai butoir de douze ans pour les infractions occultes ou dissimulées.

La convention judiciaire d'intérêt public

En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité. 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.

Si la logique est de s'inspirer du droit américain qui semble plus efficace, il faudrait alors s'interroger sur l'opportunité d'importer d'autres mesures :

- la possibilité de voir la responsabilité pénale d'une entreprise engagée du fait de l'action de n'importe quel salarié ; le principe du *Respondeat superior* généraliserait la responsabilité pénale du fait d'autrui. Celle-ci ne serait plus limitée, comme actuellement, aux seules actions commises pour le compte des entreprises ;
- des amendes très élevées pour les entreprises et des peines définies en fonction de barèmes : les *sentencing guidelines* pour les personnes morales auraient leur version française ;
- les procédures qui permettent à la justice de confisquer les profits tirés de la corruption (*Disgorgement*), et non seulement la confiscation de avoirs criminels ;

- la *class action* en matière de corruption, qui permettrait aux actionnaires de demander par exemple, l'indemnisation de la baisse de leurs actions à la suite de la révélation de poursuite en matière de corruption. Un juge américain a ainsi une *class action* contre l'entreprise brésilienne Petrobras ; notre « action de groupe » est singulièrement étriquée à cet égard ;

- la *Discovery* qui permet, dans une procédure civile, d'obtenir d'une entreprise qu'elle divulgue à la partie adverse tous les éléments de preuve pertinents ;

- la rémunération des lanceurs d'alerte comme aux États-Unis : les *whistleblowers* qui ont fourni des informations déterminantes dans les affaires dont la sanction dépasse un million de dollars peuvent obtenir entre 10 et 30 % de l'amende infligée.

Il est cependant assez difficile d'importer des procédures, ce qui participe d'une culture judiciaire différente. Le législateur français s'est donc limité à la convention judiciaire d'intérêt public (traduction créative de « *Non Prosecution Agreement* » – littéralement, « accord de non-poursuite »).

La compensation pénale ne rend pas la France aussi efficace que les États-Unis. En réalité, face à la lente augmentation du risque pénal pour les entreprises corrompues, la convention judiciaire présente l'avantage d'être discrète, d'éviter toute reconnaissance de culpabilité et d'éviter la publicité des audiences correctionnelles. Les amendes seront négociées dans l'entre soi des grands cabinets et de quelques magistrats spécialisés, avant une homologation formelle par un juge. Surtout, l'amende ne sera pas inscrite sur le casier judiciaire et aucune récidive ne pourra être relevée. Le risque d'être sanctionné pourra être provisionné. En termes d'efficacité répressive, c'est un mirage. C'est pourquoi nous considérons que la transaction pénale est un mirage : elle permettrait surtout aux entreprises et à leurs dirigeants de se soustraire à leur responsabilité pénale.

Notre proposition est de supprimer la procédure de convention judiciaire d'intérêt public pour les personnes morales, et de lui substituer la comparution avec reconnaissance préalable de culpabilité.

Pour des institutions plus efficaces

Une autorité de la probité publique.

Aujourd'hui, l'éthique dans la vie publique dépend de nombreux intervenants : Haute autorité de transparence de la vie publique, Commission de déontologie de la fonction publique, Commission des comptes de campagne et des financements politiques, Agence française anticorruption, voire d'administrations déconcentrées (notamment pour le contrôle des marchés publics).

Cette mosaïque d'intervenants conduit à un manque d'efficacité. Faut de recoupements entre les différents services, les informations sont souvent parcellaires et les différentes administrations et autorités ne sont pas en mesure d'apprécier la gravité des éléments qui leur sont communiqués.

De même la défaillance dans la détection des infractions à la probité a été observée au niveau local, précisément là où les risques, liés notamment à la commande publique, sont les plus prégnants, dans la mesure où les autorités locales disposent de larges pouvoirs discrétionnaires non compensés par des contrôles suffisants, eu égard aux pourcentages élevés de fonds publics distribués à ce niveau et que, simultanément, les mécanismes de contrôle externes et internes sont faibles ou fragmentés.

Notre proposition est de donner **un ancrage constitutionnel à une autorité clairement identifiée et indépendante, dont les missions seraient confiées, comme pour le Défenseur des droits, à des services et des collèges différents.**

Le ministère public

La création du parquet financier par la loi du 6 décembre 2013 est une avancée mais ses moyens sont modestes (18 magistrats pour environ 350 enquêtes), même si une délinquance financière peut aussi être traitée par les JIRS. Les moyens du parquet sont aussi contraints par les effectifs de police spécialisée.

Comme dans toutes les affaires complexes, la durée des procédures est importante, malgré une pratique limitant le nombre des saisines du juge d'instruction. Il serait sans doute opportun d'analyser des dossiers financiers pour déterminer les éléments qui ont contribué à allonger les délais : manque de moyens de la justice ou de la police, difficulté de la coopération internationale, stratégies procédurales de la défense...

Au-delà, la fragilité du parquet financier tient aussi aux conditions de nomination du procureur financier, comparables à celle des autres procureurs. L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une résolution affirmant que «les procureurs doivent pouvoir exercer leurs fonctions indépendamment de toute ingérence politique. Ils doivent être protégés contre toutes instructions concernant une affaire donnée, tout au moins si de telles instructions visent à empêcher que l'affaire soit traduite en justice»⁵. Lors de son 10^e anniversaire, le Conseil consultatif des juges européens a rappelé, parmi les principes fondamentaux de l'indépendance de la justice, «qu'un statut d'indépendance des procureurs constitue une exigence fondamentale de l'État de droit»⁶. Surtout, la Cour européenne des droits

de l'homme a jugé que le parquet français ne peut être considéré comme une autorité judiciaire car il ne satisfait pas à l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif⁷.

Les autres pays européens permettent d'entrevoir ce que pourrait être le nouveau parquet français. En Italie, le parquet et le siège forment un corps unique. Les magistrats du parquet bénéficient donc de l'inamovibilité. Le système est fondé sur le principe de légalité des poursuites, imposant au parquet d'agir dès qu'il a connaissance d'une infraction. La décision de renvoyer un dossier devant le tribunal ou de le classer sans suite est prise, non par le parquet, mais par le juge de l'enquête préliminaire.

En Espagne, le procureur général de l'État est nommé par le roi, sur proposition du gouvernement et après avis du Conseil général du pouvoir judiciaire. Il ne peut être révoqué pendant quatre ans, sauf en cas de changement du gouvernement. Les magistrats du parquet sont tenus par les principes de légalité et d'impartialité. Les poursuites peuvent être mises en œuvre non seulement par le procureur ou la partie civile, mais aussi par l'action populaire - c'est-à-dire par un plaignant qui n'est pas victime directe d'une infraction.

Au Portugal, le procureur général de la République est nommé par le président de la République, sur proposition du gouvernement, pour une durée de six ans, et ne peut être ni révoqué ni renouvelé dans ses fonctions. La Constitution garantit l'indépendance du parquet. Ce parquet présente aussi la particularité d'être représenté par des magistrats du même corps devant les juridictions judiciaires, administratives et devant la Cour des comptes, ce qui lui donne une large capacité de réaction. Il est également soumis au principe de légalité des poursuites. Le plaignant comme le mis en cause ont le droit d'obtenir une instruction menée par un magistrat du siège.

Barack Obama a pu ironiser quand François Hollande lui demandait d'intervenir en faveur de la BNP : « Le président des États-Unis n'interfère pas avec les instructions judiciaires. Je ne prends pas mon téléphone pour dire au procureur général comment instruire les affaires de sa compétence. Ces décisions sont prises par le Département de la Justice qui est indépendant. Il peut y avoir d'autres traditions dans d'autres pays »...

Les propositions de réforme du parquet contenues dans le rapport « Pour refonder le ministère public » peuvent être retenues, en particulier :

1. Confier au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de proposer la nomination des procureurs de la République, des procureurs généraux et des membres du parquet général de la Cour de cassation ;

(5) Résolution 1685 (2009) adoptée le 30 septembre 2009 au rapport de Mme Leutheusser, ensuite nommée ministre de la Justice en Allemagne.

(6) CCJE (2010)3 final; Magna Carta des juges (principes fondamentaux), adoptée le 17 novembre 2010.

(7) Moulin contre France, 23 novembre 2010.

2. Soumettre la nomination des autres magistrats du parquet à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature ;
3. Transférer au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de statuer en matière disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet ;
4. Soumettre la décision de mutation d'office d'un magistrat du parquet dans l'intérêt du service à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature ;
5. Retirer les procureurs généraux de la liste des emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres.
6. Corriger la situation actuelle des officiers de police judiciaire dont le rôle est important. Le problème tient au fait que les OPJ sont soumis à une double tutelle : celle du ministère de l'Intérieur et celle du parquet ou du juge d'instruction qui les requiert pour les besoins d'une enquête préliminaire ou d'une instruction. Dans la mesure où l'affectation des OPJ aux besoins de l'enquête dépend d'une décision du ministère de l'Intérieur, celui-ci apparaît, de fait, comme le véritable chef de la police judiciaire. Cette situation doit être corrigée.

Cette réflexion n'est pas exclusive d'une autre, plus large, sur le Conseil supérieur de la magistrature, dont le pluralisme et la représentativité doivent être améliorés.

La Cour de justice de la République

L'association rappelle son approbation de la suppression de cette institution, qui a donné une image dégradée de la justice.

Elle considère que les ministres doivent être responsables devant la justice de droit commun.

Étendre la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière.

Sur le plan local, c'est essentiellement le contrôle budgétaire des chambres régionales des comptes qui permet de déceler d'éventuelles infractions. Dans ce cas, le dossier est transmis au parquet judiciaire mais seulement neuf procédures pénales avaient pour origine un contrôle budgétaire en 2008. La distinction entre parquets des juridictions financière et judiciaire ne facilite pas non plus la transmission des informations. Il en va différemment dans des pays comme l'Espagne ou le Portugal, où le parquet constitue un corps unique, représenté devant toutes les juridictions.

La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) sanctionne les fautes personnelles des fonctionnaires qui engagent des dépenses en infraction avec les règles applicables. Mais l'activité de cette juridiction est modeste. Elle a rendu six arrêts en 2010, et en moyenne trois par an depuis sa création. Les sanctions sont aussi modérées.

Les ministres comme les élus ne peuvent voir leur responsabilité de gestionnaire public engagée. Ainsi, les fautes de gestion, même graves et répétées, d'un ordonnateur élu ayant entraîné des préjudices importants pour une collectivité ne sont pas susceptibles d'être déferées à la CDBF.

La proposition consiste à **rendre les ministres et les élus locaux justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière.**

Le contrôle de légalité

Chiffres et témoignages conduisent à la même conclusion : le contrôle de légalité est devenu une véritable passoire. Pour bon nombre d'élus, il ne constitue plus qu'une « fiction ». Les réformes successives du contrôle de légalité n'ont pas réussi à masquer la réduction drastique des moyens dont il a fait l'objet. Entre 2009 et 2011, les effectifs consacrés au contrôle de légalité et budgétaire ont été réduits de plus de 20 %. Ils sont essentiellement composés de personnels de catégorie B ou C, alors que les actes des collectivités territoriales sont majoritairement élaborés par des agents de catégorie A. Le décalage entre « contrôleur » et « contrôlés » s'accroît, avec pour conséquence une disparition de facto du contrôle de légalité.

Cette situation est un facteur d'insécurité juridique, propice aux dérives dans l'application de la loi par les collectivités locales. Mais ce n'est pas seulement une question de moyens : ce contrôle de légalité revient au préfet. Il a donc une dimension politique, car le préfet ne peut prendre le risque de s'opposer durablement à des élus, surtout ceux de la majorité au pouvoir.

La possibilité de confier ce contrôle à une nouvelle institution qui serait créée dans les juridictions administratives doit être envisagée. Cela ne change rien à la nature de la mission des services de l'État en ce domaine, et notamment à la possibilité d'apporter une assistance juridique aux collectivités locales. En revanche, pour les manquements graves, la réponse de l'État ne dépendra que de magistrats indépendants et impartiaux. D'autres pays, comme l'Espagne ou le Portugal, disposent déjà d'un parquet administratif. Cette réforme peut être faite à coût nul, par une évolution des fonctions des rapporteurs publics et la mise à leur disposition des fonctionnaires qui sont actuellement en charge du contrôle de légalité.

La proposition consiste à **donner aux rapporteurs publics un pouvoir d'initiative en matière de contrôle de légalité.**

La justice commerciale.

Les tribunaux de commerce font l'objet d'une appréciation sévère d'une commission parlementaire d'enquête en 1998. Elle décrit une justice défailante et sans contrôle. Elle dénonce l'apparition et le développement de la corruption

dans ces tribunaux. En effet, quand les entreprises facilitent l'élection de leurs cadres dans les tribunaux de commerce, elles peuvent les utiliser pour défendre leur politique et s'informer sur l'état du marché et des concurrents. Dans de petits ressorts, la justice consulaire risque de devenir une «justice de l'entre soi et une justice de connivence».

La même année, le rapport conjoint des inspections générales des finances et des services judiciaires parvient au même constat. La justice consulaire ne parvient pas à assurer convenablement sa mission de régulation de la vie économique. La régulation de la justice commerciale est gravement défaillante et le produit des procédures collectives est en grande partie confisqué par les professions de justice.

En 2013, la situation n'a pas fondamentalement changé. Le GRECO (Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe) dans son rapport d'évaluation de 2013, recommande une réforme pour renforcer l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité des juges non professionnels.

En 2014, le rapport parlementaire de Mme Untermaier sur le rôle de la justice en matière commerciale confirme une situation critique : « *Dans un contexte de guerre économique mondiale, les systèmes judiciaires sont utilisés comme des leviers de promotion des économies nationales et constituent des armes précieuses aux mains des États ou des organisations régionales en compétition. Sous cet angle, l'organisation française de la justice commerciale, qui est unique en Europe, peut constituer un handicap plus qu'un atout* ». La loi du 6 août 2015 apporte un remède partiel, par la création de tribunaux de commerce ayant compétence exclusive pour les entreprises les plus importantes et les groupes connaissant des difficultés. Pour le reste, le problème reste entier.

Notre proposition est de **faire des juridictions commerciales des juridictions échevinées.**

Les associations.

L'action civile associative, au-delà de la stricte assistance aux victimes, participe également au respect de l'État de droit à une période où les moyens financiers et les enjeux économiques ou politiques restreignent parfois l'action du ministère public.

L'action civile des associations est une contrepartie nécessaire à la possible indifférence, à la carence ou à l'asphyxie des procureurs. La légitimité de cette capacité à agir en justice des associations est pourtant remise en cause par des revirements de jurisprudence récents. La Cour de cassation considère dans deux arrêts consécutifs, en 2016 et 2017, qu'une association ne peut pas se constituer partie

civile sur le fondement de l'article 2 si les conditions de recevabilité spécifiques des articles 2-1 et suivants ne sont pas remplies.

Notre proposition est de remplacer les articles 2-1 à 2-24 du code de procédure pénale par un article unique : **“Les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions portant directement atteinte aux intérêts qu'elles défendent conformément à leur objet statutaire”.**

Cette réflexion n'est pas exclusive d'autres propositions qui appellent une intervention de la France au niveau international, pour lutter contre un nouveau capitalisme criminel⁸. L'économie criminelle est en effet un facteur aggravant de la crise économique. Aux États-Unis, la crise des subprimes est avant tout la conséquence d'une fraude gigantesque au crédit hypothécaire⁹. En Europe, les répliques de la crise révèlent aussi fraudes et corruption. En Islande, pays de 320000 habitants, 100 milliards de dollars se sont volatilisés en 2009. En Irlande, 70 milliards d'euros ont été perdus lors de la faillite de l'Anglo-Irish Bank dans un contexte marqué par une confusion des intérêts entre secteur bancaire et autorités publiques. Un cercle d'initiés aurait aussi bénéficié de «prêts cachés» d'un montant considérable. En Espagne, la faillite frauduleuse de Bankia a conduit à l'arrestation et à la condamnation de Rodrigo Rato, ancien ministre de l'Économie et ancien directeur général du Fonds monétaire international. La dette grecque a été longtemps dissimulée par des moyens frauduleux avant sa révélation en 2010. Ce maquillage résulte principalement de la levée de fonds hors bilan par le biais d'instruments financiers mis au point par la banque Goldman Sachs. Cette opération a rapporté 600 millions d'euros à cette dernière.

De plus en plus, la criminalité cesse d'être un phénomène marginal. La déréglementation économique offre une capacité de miser sur les trafics de ce qui reste interdit par les États-nations, sans que ceux-ci aient les moyens d'imposer leur prohibition : c'est le cas de la fraude fiscale comme du trafic de stupéfiants. Les paradis fiscaux sont des pays qui vendent leur souveraineté pour être compétitifs sur le marché de la loi et tirer d'importants profits. La mondialisation, fondée sur cette logique de déréglementation, secrète donc une criminalité consubstantielle, inscrite dans la logique des nouvelles formes de production économique et financière¹⁰.

Roberto Scarpinato, procureur de Palerme, analyse ainsi la situation actuelle : «il y a en ce moment en Italie une bataille entre le pays légal et le pays illégal. Il s'agit d'une guerre totale ayant pour enjeu le futur même de la démocratie et de la nation. La Cour des comptes italienne, l'organe de justice

(8) Jean-François Gayraud, *Le nouveau capitalisme criminel*, Odile Jacob, 2014.

(9) Association d'économie financière, *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, 2011-2012.

(10) Voir notamment Jean de Maillard, *le marché fait sa loi*, les 1001 nuits, 2001.

comptable, a calculé en effet que la corruption provoque chaque année des dommages aux caisses de l'État à hauteur de 60 milliards d'euros, un chiffre énorme.

La corruption est en train de détruire en Italie le service public, d'appauvrir la population et d'accélérer le déclin de la nation. À cause des contraintes budgétaires imposées par l'Union européenne, à présent il n'est plus possible de soutenir les coûts de la corruption en augmentant la dette publique, comme cela se faisait durant la 1^{re} République, et donc, aujourd'hui, les coûts de la corruption sont payés en détournant les fonds et l'argent de l'État destinés aux services publics.

Mais l'Italie est en réalité un laboratoire national où, grâce à l'action de la magistrature, de la police, de la vigilance d'une presse indépendante, est rendu visible un processus complexe et global de transformation et de restructuration du pouvoir qui est aussi en train de se réaliser dans d'autres pays européens, mais de façon invisible¹¹.

Pour lutter contre la délinquance financière au sens large, c'est une toute autre culture de la légalité, de la probité et de l'intégrité dans la vie publique qui doit être développée. Le Parlement doit être le moteur d'une grande ambition en ce domaine, s'il veut être à la hauteur des enjeux ■

Pour aller plus loin

La lutte contre la délinquance financière comprend un volet de lutte contre la fraude fiscale, qui a déjà fait l'objet, notamment, des rapports suivants :

> Sur la fraude et l'évasion fiscales

Rapport d'information du 9 novembre 2013 de MM Alain Boquet et Nicolas Dupont-Aignan : [Lutte contre les paradis fiscaux : si l'on passait des paroles aux actes](#)

Rapport d'information de Mme Sandrine Mazetier et Jean-Luc Warsman [sur l'évaluation de la loi du 6 décembre relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière](#).

> Sur le financement de la vie politique

Rapport d'information de M Romain Colas sur [l'évaluation de la pertinence des dispositions législatives et réglementaires relatives au financement de la vie politique](#).

> Sur la confiance publique dans la démocratie

Rapport [«Renouer la confiance publique»](#) de M Jean-Louis Nadal (2015)

Rapport [Corruption, concussion trafic d'influence. La démocratie française est-elle suffisamment bien armée face à ces phénomènes?](#) (Rapport de l'Institut national des Hautes études de la sécurité et de la justice (2016).

[Comment décider légitimement et efficacement en France en 2017?](#) (contribution Anticor au Sénat)

Rapport [«Pour un renouveau démocratique»](#) (commission de rénovation et de déontologie de la vie publique (2013)

> Sur la situation du parquet

Rapport [«Refonder le ministère public»](#) de M Jean-Louis Nadal (2013).

> Sur des évaluations européennes

[Rapport du quatrième cycle d'évaluation du GRECO](#) (2014)

[Rapport anti corruption de la Commission européenne](#) (2014)

[Rapport du Parlement européen sur la criminalité organisée dans l'Union européenne](#) (2011)

> Sur la corruption des agents publics à l'étranger

[Rapport de suivi de la convention sur la lutte contre la corruption](#) (OCDE, 2014)

Sur la corruption dans les marchés publics:

[Lutter contre la corruption et la fraude dans les marchés publics](#) (Anticor, 2015).

(11) Roberto Scarpinato, *le retour du Prince*, la Contre allée, 2015

LA COMPLIANCE DANS LES ENTREPRISES FRANÇAISES : ÉVOLUTION DES PRATIQUES ; ENJEUX ; QUESTIONS POUR LE FUTUR



Pierre LAPORTE

Associé chez Ikarian, cabinet de conseil en conformité/compliance

Aujourd'hui, la *compliance* (ou la conformité) s'impose dans tous les secteurs de la vie des entreprises. Son objectif : la prévention de risques. Il s'agit d'une acception large de la notion de « risque ». Qu'entend-on par *compliance* ? « *La conformité s'assure que l'entreprise respecte toutes les règles, dans le fond et dans la forme. On parle de conformité à quelque chose : aux lois, au règlement de la profession, mais aussi aux règles de l'entreprise définies par les procédures, par le Conseil d'Administration* » explique Vivien Levy-Garboua.

Comment ont évolué les pratiques des entreprises françaises en matière de *compliance* ? Comment a évolué le rôle des responsables de la *compliance* ? Quels sont les coûts de la *compliance* ? Quel est l'avenir de la *compliance* en France ?

Evolution des pratiques des entreprises françaises en matière de compliance

Le développement de la *compliance* au sein des entreprises en France n'est pas un phénomène récent. Les dernières évolutions législatives et réglementaires ont mis sur le devant de la scène un sujet qui avait progressé depuis presque vingt ans.

Plusieurs facteurs ont contribué à l'instauration de programmes de *compliance* au sein des entreprises, en particulier en France.

- Les évolutions législatives dans le monde et quelques grandes affaires :

Le droit de la concurrence/antitrust a indéniablement joué un rôle majeur dans la structuration des premiers programmes de *compliance* dans les entreprises françaises. La lutte contre les cartels illicites depuis vingt ans par le Department of Justice (DoJ) américain, la Commission Européenne et l'Autorité de la Concurrence (et dans une moindre mesure contre les abus de position dominante) a ouvert la voie et eu un rôle d'impulsion. A cet égard, la sanction du cartel des vitamines en 1999 aux Etats-Unis et en novembre 2001 par la Commission Européenne, puis d'autres décisions imposant de lourdes sanctions financières ont incité de nombreuses entreprises à mettre en place des programmes de *compliance* structurés, spécifiquement dédiés au respect du droit de la concurrence, puis s'étendant à d'autres domaines du droit.

La très intéressante étude réalisée en 2008 pour le Conseil de la Concurrence : « Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité »² constate l'absence totale de données en 2008 sur le sujet concernant la France, mais met en relief les facteurs qui influent sur la conformité au sein des entreprises. Une étude qui conserve beaucoup d'actualité et de pertinence dix ans après et dont la lecture reste une source utile d'informations.

Aux Etats-Unis, c'est l'affaire Enron, en décembre 2001, qui provoque le vote de la loi Sarbanes-Oxley de 2002 qui vient considérablement renforcer les obligations des entreprises

en matière de *compliance*. Cette loi étendra ses effets bien au-delà des Etats-Unis, puisque l'ensemble des filiales hors des Etats-Unis des groupes américains cotés y sont soumises, et donc celles situées en France. Les entreprises françaises cotées aux Etats-Unis y sont également assujetties. Ces deux catégories de sociétés françaises feront avancer la mise en place de programmes de *compliance* en France. A titre d'exemple, elles auront l'obligation dès 2002 de mettre en place des systèmes d'alerte interne, que beaucoup d'entreprises découvrent depuis un an et demi avec la loi Sapin II.

- Les sanctions records prononcées contre des contrevenants

Un autre facteur important ayant fait progresser la culture de *compliance* au sein des entreprises sont les sanctions records qui les ont touchées.

Il y a vingt-cinq ans, en 1992, le scandale de corruption par des employés de GE dans la vente de moteurs d'avion à l'armée de l'air israélienne, sanctionné par le DoJ fut à l'origine de la mise en place au sein de GE d'un programme de *compliance* mondial très structuré, sous la direction de Ben Heinemann. Ce programme devint un outil stratégique et un avantage compétitif dans la stratégie de développement commercial international de GE.

Les affaires Siemens, Alcatel, Total, Technip et plus récemment Alstom en matière de corruption, les amendes pour cartels illicites pratiqués par des entreprises françaises dans de nombreux secteurs et notamment pour les récidivistes, ont été dans la grande majorité des facteurs déclenchant le renforcement des programmes de *compliance* au sein des entreprises sanctionnées. D'autres, les plus avisées, sans avoir fait l'objet de sanctions, en ont tiré, par prudence et réalisme, des enseignements pour elles-mêmes.

Ces situations de crises aiguës ont souvent fait progresser les entreprises vers une plus grande prudence. Il reste cependant difficile de mesurer la profondeur des transformations culturelles, en particulier quand les contrevenants sont promus ou restent en poste. Ce n'est que récemment que le DoJ a forcé, le plus souvent dans une grande discrétion, des entreprises françaises à se séparer des dirigeants et des managers dont l'implication dans les infractions avait été majeure. D'autres courent encore.

Une étude précise sur la réaction des actionnaires aux sanctions prononcées contre les entreprises serait à réaliser. On constate, en effet, encore bien souvent une passivité, voire une faible compréhension de ces problématiques par les actionnaires. Il est, en effet, curieux d'observer que le poids des sanctions est supporté par les actionnaires et que les conséquences pour le management sont dans bien des cas très réduites ou inexistantes, alors que c'est le plus souvent sa carence à empêcher, voire son incitation à transgresser, qui est à l'origine des sanctions.

Le *Compliance Officer* au sein des entreprises françaises : évolution de la fonction, réflexions sur son positionnement, problématique de sa responsabilité civile et pénale

La fonction de responsable de la *compliance* a elle aussi évolué.

Plusieurs phénomènes sont observables :

Une évolution d'abord sociologique : la fonction, longtemps occupée par un cadre supérieur en fin de carrière et dévoué corps et âme (parfois à ses dépens) aux dirigeants de l'entreprise, a évolué. La fonction s'est en grande partie rajeunie, diversifiée dans ses origines académiques, en même temps qu'elle se professionnalisait et se généralisait à un grand nombre d'entreprises.

Le rôle se professionnalise, se technicise avec des profils de plus en plus complets : on observe dans plusieurs grands groupes que l'on est passé d'un responsable de l'Ethique et de la Conformité chargé de faire des formations en interne et de participer à des conférences pour montrer à l'extérieur, dans une politique souvent de vitrine ou de façade, que l'entreprise est engagée dans une politique de *compliance* et d'éthique, à un directeur de la *compliance* professionnel de la gestion des risques avec une formation et une expérience de la fraude et du contrôle interne. Le mouvement est en marche, même si les transformations en profondeur sont parfois difficiles à réaliser.

Cette professionnalisation ne s'est pas toujours accompagnée d'indépendance. Le cas emblématique d'Alstom est là pour le rappeler : la pression mise par l'organisation et les principaux dirigeants du groupe, dont son président, pour continuer des pratiques lourdement sanctionnées, a rendu illusoire les efforts de l'équipe de *compliance* et d'audit, complice d'une organisation *compliance* de façade, dont les insuffisances notoires relevées par le DoJ ont conduit au désastre que l'on sait.

Des formations dédiées ont été créées dans plusieurs universités et plusieurs promotions sont déjà sorties de ces établissements, venant grossir les effectifs de professionnels formés aux problématiques et aux expertises de la *compliance*, issus de diverses origines académiques (finance, audit et contrôle interne, juristes, opérations, autres).

Des expertises sectorielles sont apparues donnant naissance à des *Compliance Officers experts* : on ne citera que les plus connus comme les Data Protection Officers, les Responsables Conformité et Contrôle Interne (RCCI), les Responsables de la Conformité pour les Services d'Investissement (RCSI), les responsables de la sécurité financière, les responsables de la conformité dans les établissements bancaires, les responsables du contrôle, les responsables de l'Export Control et des Sanctions

Economiques, les responsables de la conformité dans le secteur pharmaceutique. Chacune de ces expertises faisant appel à une connaissance poussée du business, des process internes de l'entreprise, d'un corpus juridique et réglementaire spécifique et d'une connaissance des autorités de contrôle spécialisées et de leurs pratiques.

La gouvernance de la fonction est devenue un enjeu et s'est affermie : la gouvernance de la fonction *compliance* s'est posée d'abord dans le secteur bancaire et financier suite aux travaux de Bâle II repris par le Règlement 97-02 du Comité de la Réglementation Bancaire et Financière, applicable aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et par les Directives européennes, dont la Directive MIF (Marchés d'Instruments Financiers) transposée par le Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF). Ainsi, dans le secteur bancaire et financier, la fonction doit, en matière hiérarchique, lorsqu'elle n'est pas confiée à un membre de l'organe exécutif, être rattachée directement à la direction générale de l'entreprise, ou tout au moins à un niveau d'autorité suffisant pour assurer son indépendance vis-à-vis des autres services.

L'Agence Française Anticorruption (AFA) est venue élargir le débat en posant le principe, dans ses recommandations pour la mise en application des dispositions de la Loi Sapin II relatives à la prévention de la corruption de décembre 2017, que le responsable de la conformité anti-corruption soit désigné par l'instance dirigeante, lui rende compte et dispose d'un positionnement hiérarchique adapté. L'AFA préconise qu'il bénéficie, pour sa mission de conformité, à l'égard des services, d'une indépendance fonctionnelle réelle, des compétences et des moyens nécessaires à l'exercice de sa fonction.

Une réflexion et un débat ont commencé à émerger sur les implications organisationnelles et en matière de gouvernance de ces nouvelles exigences. Au-delà de la concurrence naturelle entre les fonctions au sein de l'entreprise, rappelons ici que l'enjeu est celui de la crédibilité de la démarche de l'entreprise dans sa volonté affichée de se conformer aux règles qui régissent l'ensemble de son fonctionnement et de ses activités.

Rappelons que les guidelines du DoJ, du SFO et du Programme d'Intégrité de la Banque Mondiale fixent, quant à eux, le même principe de positionnement et d'indépendance hiérarchique. Ceux-ci sont opposables aux entreprises françaises pour autant que leurs opérations tombent dans leur champ d'application, ce qui est le cas de la grande majorité des entreprises exportatrices. Ce ne sont donc pas seulement les recommandations de l'AFA que les entreprises doivent considérer dans leur réflexion sur le positionnement de la fonction « Compliance ».

La responsabilité civile et pénale du *Compliance Officer* ne fait que commencer à se poser :

Force est pourtant de constater que dans les cinq dernières années, environ une dizaine de responsables de la *compliance* des secteurs industriel et bancaire, ont été inquiétés par le DoJ aux Etats-Unis. D'autres cas plus récents ont suivi, dont celui emblématique de l'ingénieur de Volkswagen chargé du contrôle des émissions carbone, condamné pénalement aux Etats-Unis à plusieurs années de prison pour avoir participé à l'organisation de la fraude aux émissions carbone. Si son profil professionnel n'était pas *stricto sensu* celui d'un *Compliance Officer* généraliste, il n'en reste pas moins que la question de la responsabilité pénale d'un manager investi d'une fonction de contrôle de règles techniques par son entreprise n'est pas sans évoquer celle d'un *Compliance Officer* qui fermerait les yeux sur les pratiques de son entreprise, notamment en matière de corruption. La question de la responsabilité pénale de toute personne chargée au sein de l'entreprise de faire respecter l'application des règles auxquelles est assujettie l'entreprise est posée et ce, d'autant plus lorsque la fraude est un système organisé au sein de l'entreprise, voire par l'entreprise.

Le *Compliance Officer* doit avoir un niveau d'indépendance qui le protège des pressions des opérationnels et de la direction générale et être exempt de conflits d'intérêts.

A cet égard, l'issue du procès encore en cours intenté par le Serious Fraud Office contre l'ancien SVP Ethics & Compliance d'Alstom, qui était en même temps administrateur de la société Alstom International Ltd, chargée du paiement des consultants d'Alstom Transport, mis en examen en 2015 par le SFO pour son implication dans des faits de corruption pour l'appel d'offres du métro de Budapest, fera date. Au-delà des constatations déjà faites par le DoJ dans sa décision de décembre 2014 sur la mise en place par les dirigeants d'Alstom de l'époque d'une organisation *compliance* de pure façade, la question de la responsabilité pénale du SVP Ethics & Compliance d'Alstom et de celle des dirigeants du groupe et de plusieurs de ses managers devra être tranchée.

La problématique du coût de la *compliance*

La *compliance* étant une fonction support et de contrôle, la problématique de son coût se pose sous différents angles : le coût de la conformité pour l'entreprise - à savoir se mettre en conformité et demeurer en conformité - et le coût de la non-conformité.

Le coût de la *compliance* : S'il est indéniable qu'il y a un coût pour l'entreprise à se conformer aux règles du jeu de ses différentes activités, il semble logique que ce coût soit internalisé et supporté par elle. On voit aujourd'hui

a posteriori ce qu'il en coûte d'avoir laissé pendant près d'un siècle les activités industrielles ne pas internaliser la dimension et le coût environnemental de leurs activités.

La problématique se pose de façon la plus aigüe pour les entreprises de taille intermédiaire. A cet égard, le développement d'outils de mise en conformité adapté aux ETI et la digitalisation d'un grand nombre de process sont deux impératifs qui devraient apporter des solutions à cette question du coût.

Au-delà de sa dimension managériale et culturelle, la *compliance* a une dimension opérationnelle et pratique qui doit être prise en compte et constamment améliorée.

Il incombe largement aux fonctions opérationnelles au sein de l'entreprise (production ; R&D ; ingénierie ; ventes et marketing ; finances ; ressources humaines) et aux managers qui les dirigent, sous la coordination voire la direction d'un *Compliance Officer*, de piloter et de faire vivre la gouvernance, la gestion des risques et la conformité de leurs activités aux règles qui les régissent. L'intégration dans les grands processus de l'entreprise de jalons de *compliance* est indéniablement la meilleure façon d'appréhender la *compliance* de façon opérationnelle. Il semble logique que les coûts y afférents soient supportés par ces différentes fonctions, puisqu'il s'agit bien à chaque fois d'assurer une bonne gouvernance et un bon contrôle des risques induits par ces activités. A cet égard, l'exigence de la loi Sapin II et des recommandations de l'AFA, que les entreprises procèdent à des *due diligences* des principaux fournisseurs, devrait faire progresser la fonction et les processus « achats » de bien des entreprises françaises.

Le coût de la *compliance* est peu de chose au regard du coût exorbitant de la non-conformité.

Les coûts de la non-conformité comportent par nature :

- des coûts financier (le premier coût financier de la non-conformité n'est jamais comptabilisé par les entreprises : il s'agit du coût de l'ensemble des ressources de l'entreprise affectées à la résolution des situations de crise de non-conformité, à commencer par l'incapacité qu'a une organisation de continuer à fonctionner normalement lorsque les autorités judiciaires des Etats-Unis la menacent sérieusement ; les amendes, honoraires d'avocats et de conseils ; les coûts de remédiation (mise en place sous monitoring d'une organisation de *compliance* conforme aux exigences de l'autorité), actions en dommages et intérêts contre l'entreprise de la part des concurrents lésés ; action en dommages et intérêts contre les dirigeants responsables d'avoir laissé prospérer des comportements ayant conduit à des sanctions à la charge de l'entreprise et *in fine* de ses actionnaires) ;
- des coûts humains : licenciements exigés par les autorités répressives (en France, au cours des cinq dernières années, des dizaines de cadres et quelques dirigeants

de grands groupes ont été licenciés ou ont quitté précipitamment leurs fonctions sous la pression du DoJ, parfois très discrètement), peines de prison, destruction d'organisations, notamment commerciales ;

- des coûts réputationnels pour les entreprises et leurs dirigeants : le discrédit porté sur l'entreprise sanctionnée ; la perte de confiance et de motivation chez les employés et managers de groupes sanctionnés ; la perte de crédibilité auprès des candidats à l'embauche sont autant de coûts difficilement quantifiables.

Quant à la quantification du coût de la non-conformité, il serait fastidieux et hasardeux d'avancer des chiffres définitifs et aucune entreprise ne publie de chiffre consolidé. Si l'on revient aux deux dossiers français les plus emblématiques de ces dernières années : les sanctions prononcées contre Alstom par le DoJ pour corruption et par les différentes autorités de la concurrence pour participation à des cartels illicites ces dix dernières années et les coûts encourus auront coûté aux actionnaires très largement plus d'un milliard d'euros ; les sanctions prononcées contre la BNP et les coûts encourus auront dépassé 9 milliards d'euros.

Les questions pour le futur

L'instrumentalisation de la *compliance* à des fins de domination économique a donné au sujet de la *compliance* une nouvelle dimension stratégique, a rendu les entreprises plus exposées et a renouvelé les enjeux.

Ce que l'on constate en France est une difficulté à appréhender la profondeur du sujet, même si face à l'urgence un certain nombre de solutions ont émergé. Quatre remarques générales peuvent être faites :

- Une relative inadéquation de l'appréciation des risques par certaines entreprises et leurs dirigeants et leur impréparation à affronter certains risques. Que des entreprises de la taille de BNP Paribas, Alstom ou Airbus aient pu connaître ou connaissent les affaires qui les ont secouées, avec le montant de pénalités et les répercussions profondes qu'elles ont eues, en est une illustration. Il y avait pourtant des précédents à méditer, qui auraient pu faire éviter ces « affaires ». Les dirigeants de ces entreprises n'ont certainement pas eu la hauteur de vue que l'on peut légitimement attendre d'eux ;
- La difficulté culturelle d'appréhender le droit et la *compliance* comme un instrument stratégique au service de l'entreprise et de s'en servir à cette fin. La prédominance en France d'une approche politique des sujets de *compliance* qui touchent l'entreprise, au détriment du droit et de son utilisation à des fins de stratégie d'entreprise reste une constante ;
- Le retard et l'impréparation de la réponse politique en France et l'insuffisante coordination européenne. La loi

Sapin II est intervenue comme une réponse, non comme une anticipation ; les réflexions et débats sur les conséquences de la décision du président américain à l'égard de l'Iran et les effets de cette décision sur les entreprises européennes sont elles aussi tardives, en réaction et largement insuffisantes ;

- L'habileté de nos adversaires et de nos concurrents à tirer parti des faiblesses de nos entreprises : les dossiers précités traités par le DoJ, la SEC et l'OFAC ces cinq dernières années contre les entreprises françaises sont à cet égard emblématiques.

L'approche tendant à placer la *compliance* dans le cadre plus large de la gouvernance et de l'appréciation des risques (*Governance, Risks, Compliance* (GRC)) est susceptible de révéler une autre faiblesse du capitalisme français, celle de sa gouvernance. Il n'est de *compliance* pérenne sans une bonne appréciation des risques et sans une gouvernance solide des entreprises.

On peut s'interroger sur la capacité des entreprises françaises à construire une culture et des organisations de *compliance* solides, compte tenu des caractéristiques de la gouvernance d'un certain nombre de groupes français et du capitalisme français de façon plus générale. Même s'il convient de ne pas caricaturer et généraliser la situation, le monde des entreprises étant par nature divers, il est indéniable que le caractère largement endogamique de nombreux conseils d'administration de grands groupes français ne constitue pas un facteur favorable à une approche rationnelle des problématiques de *compliance*. Le cas Alstom en est une illustration éclatante, où la multiplicité et l'enchevêtrement des conflits d'intérêts des administrateurs, de l'équipe dirigeante et de certains actionnaires, voire de responsables politiques, a conduit au désastre que l'on sait. A cet égard le documentaire *Alstom : la Guerre fantôme*³ donne une illustration tristement exacte de ce monde de conflits d'intérêts croisés qui caractérise une partie du monde des grandes entreprises françaises et a révélé sa faiblesse face aux actions conjuguées du DoJ et d'un concurrent déterminé et très mature dans son approche de la *compliance*.

Au-delà de la gouvernance des organes sociaux des entreprises, la gouvernance interne des différentes fonctions a elle aussi montré ses limites dans plusieurs affaires récentes : les affaires BNP Paribas, Alstom et Airbus n'auraient pas atteint ces degrés de gravité si les fonctions de contrôle internes (finance, audit, juridique, *compliance*) au sein de ces entreprises avaient joué leur rôle avec le niveau d'indépendance que les conseils d'administration et les actionnaires devraient exiger d'eux dans des groupes de cette taille. La décision du DoJ sur les carences de la direction financière, de l'audit et de la *compliance* d'Alstom avant 2014 mérite d'être lue et méditée tant elle révèle les limites de l'efficacité de l'organisation de certaines entreprises, encore figées dans un principe d'autorité d'un PDG qui bride tous les contre-pouvoirs et annihile toute gouvernance digne de ce nom pour insuffler la culture qu'il croit, à tort, gagnante.

Cette endogamie se retrouve dans la capacité du capitalisme français à recycler les dirigeants et managers ayant conduit leurs groupes à ces désastres. A cet égard, le changement culturel nécessaire au sein de bon nombre d'entreprises aura difficilement lieu tant que ceux qui ont plaidé coupable et fait endurer aux actionnaires de leurs groupes de très lourdes sanctions, restent aux commandes ou sont nommés administrateurs, dirigeants ou à des positions de responsables de la *compliance* d'autres groupes du CAC 40. Quelle est leur crédibilité pour insuffler la dynamique d'une politique de conformité de nature à protéger l'entreprise contre les risques qui la menacent ? Rappelons que le DoJ avait, dans sa décision de 2014 relative au groupe Alstom, constaté les lourdes carences pendant une période de plus de dix ans de la direction financière, de l'audit et du contrôle interne d'Alstom. On peut dès lors s'interroger sur la crédibilité qu'aura ce grand groupe français du CAC 40 du secteur de l'énergie auprès des différentes autorités de contrôle françaises et étrangères, en nommant l'ancien directeur de l'audit du groupe Alstom en qualité de Group Compliance Officer.

L'évolution viendra en partie de la pression des investisseurs et fonds d'investissement (étrangers et français) soucieux de sécuriser un niveau de rentabilité non affecté par les charges exceptionnelles que constituent les amendes. On peut mentionner la décision du Fonds Souverain Norvégien d'imposer aux conseils d'administration de toutes les sociétés dans lesquelles ils ont investi, de mettre en place des politiques de prévention de la corruption. Cette décision récente, passée trop largement inaperçue, devrait pourtant faire école auprès de tous les fonds d'investissement, publics et privés, et à terme auprès de tous les actionnaires avisés.

Pour finir, on ne saurait évoquer l'avenir de la *compliance* au sein des entreprises en France sans mentionner le rôle grandissant des salariés et de la société civile, des ONG et des organisations professionnelles. Chacun dans son domaine respectif joue un rôle dans la transformation culturelle à l'œuvre. Ce sont autant de leviers du changement dont l'AFA mais aussi d'autres autorités de contrôle comme l'Autorité de la Concurrence ou encore la CNIL, ont pleinement saisi le rôle en formant et informant chacun de ces groupes de façon ciblée pour les engager dans cet effort dont l'objectif est la compétitivité des entreprises, leur adaptation à des risques en constante évolution et l'évolution du capitalisme ■

Du même auteur

Une organisation *compliance* anti-corruption de façade : quels enjeux, quels risques ? Leçons à tirer d'affaires récentes. Revue *ComplianceS* - Été 2018

Pour en savoir +

Le cabinet de conseil Ikarian (www.ikarian.eu) accompagne les entreprises dans tous leurs enjeux de *compliance*, tant sous leurs aspects stratégiques qu'opérationnels. Ses associés ont une grande expérience de la mise en place de programmes de conformité, de la réalisation de due diligences de parties tierces et de la gestion d'enquêtes par les autorités. ■

LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE EST PRIMORDIALE POUR NOTRE DÉMOCRATIE



Stéphanie GIBAUD

Lanceuse d'alerte

Les lanceurs d'alerte défraient la chronique depuis plusieurs années avec, notamment, les cas emblématiques et très médiatisés des Américains Chelsea Manning et Edward Snowden mais également à cause de la façon inacceptable dont est traité Julian Assange, le fondateur et rédacteur en chef de Wikileaks, enfermé illégalement depuis 7 années à l'Ambassade d'Equateur à Londres malgré les rapports d'expertise de l'ONU de 2016 demandant à ce qu'il soit immédiatement libéré et dédommagé du préjudice qu'il subit. Ces citoyens ont mis en évidence des dysfonctionnements liés directement au gouvernement des Etats-Unis et souffrent d'emprisonnement, d'exil ou encore d'enfermement. Heureusement, la peine de 35 années de prison de Chelsea Manning a été commuée par le Président Obama à son départ de la Maison Blanche, pour des raisons sanitaires.

En France, le grand public a découvert ce terme « lanceur d'alerte » notamment après la loi de moralisation de la vie publique passée après que le scandale Cahuzac a éclaté. En ce qui me concerne, je ne trouve pas ce terme approprié car personne au sein de la société civile ne comprend véritablement sa définition ni les enjeux liés à ce 'statut'. Pour moi, un lanceur d'alerte est avant toute chose un témoin, mais il est aussi une victime et très souvent, il se trouve être un plaignant dans un dossier qui touche au bien commun ou à l'intérêt général. La Courage Foundation, basée à Berlin - qui défend entre autres Assange, Snowden et Manning - définit un lanceur d'alerte comme un « diseur de vérité ». Je trouve cette définition très juste. Tous ceux qui disent la vérité sont assassinés, au sens propre ou au sens figuré, quel que soit le pays où l'alerte est donnée.

Ces « lanceurs d'alerte » sont des citoyens honnêtes de bonne foi, qui décident de témoigner publiquement d'actes délictueux, d'actions illicites ou illégales dont ils ont pris connaissance. Les affaires d'évasion fiscale institutionnalisées

au sein des banques ont été très médiatisées ces dix dernières années ; des hommes courageux ont dénoncé chacune d'entre elles en prenant des risques énormes liés à leur sécurité, à leur carrière, à leur famille. Ils se sont retrouvés en justice bien avant que les banques ne soient sur le banc des accusés. Ce qui est vrai avec la finance depuis longtemps l'est aujourd'hui avec la quasi-totalité des industries et des administrations.

Lorsque j'ai écrit « La traque des lanceurs d'alerte » (Max Milo), j'ai rencontré des fonctionnaires qui m'ont très bien expliqué qu'ils sont tous obligés, dans le cadre de leur emploi, de dénoncer des irrégularités, des dysfonctionnements en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale. Hélas, dès qu'ils actionnent cette sirène d'alarme obligatoire, imposée à chaque fonctionnaire en poste, ceux-ci sont systématiquement placardisés, isolés et traînés en justice alors que les personnes qu'ils dénoncent, les auteurs des délits ne sont pas mis en examen et encore moins poursuivis.

Dans le secteur privé, les violences professionnelles sont monnaie courante. Dès que le 'lanceur d'alerte' dénonce en interne, un modèle répétitif de pressions s'exerce contre lui, du harcèlement à l'isolement, du licenciement au discrédit. Les rôles sont clairement inversés : la personne honnête est stigmatisée par l'employeur alors que le contenu de son alerte n'est, le plus souvent, pas commentée par l'entreprise.

Des mots et des expressions reviennent, inlassablement identiques, dans la communication des grands groupes, notamment ceux « d'allégations mensongères », de « présomption d'innocence » voire de ne « jamais commenter une affaire tant qu'elle est en cours »... Pendant ces années de combat, la justice prend son temps. En étant parcellaire dans ses jugements, elle n'indemnise ni ne répare les citoyens - quand toutefois elle leur donne raison.

Les lanceurs d'alerte jouent tout simplement le rôle de celui que devrait avoir en entreprise les auditeurs, les responsables de la conformité, les responsables juridiques ou les dirigeants. Preuve en est, mon département n'a jamais été audité en douze années chez UBS. La lanceuse d'alerte Yasmine Motarjemi, du dossier Nestlé, m'a confié qu'elle n'avait pas non plus été audité alors qu'elle dénonçait en tant que Directeur Qualité la dangerosité de certains aliments (notamment des produits de consommation à destination des nouveau-nés et des bébés).

Les lanceurs d'alerte jouent, par ailleurs, un rôle de journalistes d'investigation puisqu'ils vont au contact de l'information pour la comprendre, pour la décrypter avant de la transmettre. Ils sont d'ailleurs appelés « insiders » puisqu'ils viennent du cœur du silence des entreprises fraudeuses. Les journalistes, qui sont les premiers à alerter leurs lecteurs, téléspectateurs et auditeurs, trouvent des sources fiables et très bien informées au sein des entreprises.

Les actions de ces citoyens-lanceurs d'alerte permettent de contribuer à la transparence et à l'éthique que chaque administration et entreprise se doit d'avoir vis-à-vis de ses clients, de ses usagers ou encore contribuables.

Nous savons aujourd'hui que les citoyens sont très observés (Patriot Act aux Etats-Unis par exemple – loi massive de surveillance) ; les entreprises et les administrations, quant à elles, sont bardées de protection, qui permettent *de facto* l'opacité de leurs informations. La directive européenne Secret des Affaires va dans ce sens et la précipitation avec laquelle son application en France a été votée – sans prendre en compte le volet de la loi Sapin II relative à la protection des lanceurs d'alerte – nous fait nous interroger sur la liberté de la presse, le devoir de vigilance, le travail des ONGs et les libertés syndicales. En effet, la définition liée à la « protection des savoir-faire et des informations commerciales » étant très vaste, il est à craindre que n'importe quelle information interne pourra être classée dans cette catégorie. Des sanctions pénales sont prévues avec des procédures longues et coûteuses, pour celles et ceux qui divulguent des informations. Nos affaires ont déjà démontré que les informations étaient mieux protégées que les citoyens. Preuve en est avec nos propres dossiers, qui traînent en longueur depuis 2007 : la France, pays des droits de l'homme, ne s'est dotée d'un chapitre lié à la protection des citoyens lanceurs d'alerte au sein d'une loi cadre dite « Loi Sapin II » que très récemment, en décembre 2016, entrée en application en entreprise au 1er janvier 2018.

Par ailleurs, certains articles de la loi « Fake News » musèleraient encore plus l'information, notamment aux moments « précédant une élection nationale ». Le droit de 1881 sur la liberté de la presse permet pourtant déjà de réprimer les « fausses nouvelles ». Nous, lanceurs d'alerte, connaissons bien ce point puisque nous subissons pour la plupart d'entre nous des plaintes de nos ex-employeurs pour diffamation, qui entre dans le spectre du droit de la presse.

Ces plaintes dites « bâillon » ne sont déposées que pour museler celle ou celui qui dénonce des faits illégaux, illicites ou allant contre l'intérêt général.

Les citoyens sont tous concernés par les dysfonctionnements d'intérêt général et ont *de facto* tout à gagner avec plus de transparence et d'éthique dans leurs décisions professionnelles, politiques et citoyennes. Il s'agit ici de redonner du sens à nos vies et à celles des générations futures. Il est question à la fois de la responsabilité individuelle des collaborateurs et des fonctionnaires mais aussi de responsabilité collective. Comment accepter que des entreprises privées ou publiques vendent à leurs clients des produits ou des services qui ne sont pas bons ? Si certains ne se sentent pas concernés par certains types de dérives, ils le seront *de facto* par d'autres produits puisqu'aujourd'hui nous savons que toutes les industries sont concernées.

Les lanceurs d'alerte subissent tous des représailles plus ou moins violentes. Pour la plupart d'entre eux, ils ont tous été harcelés et licenciés par les entreprises dont ils ont dénoncé les dysfonctionnements. Ils ont tous été traînés en justice par ces entreprises avant même qu'elles n'y soient amenées. Les enjeux sont colossaux puisque l'opacité, le secret dont bénéficiaient ces pratiques ont permis l'impunité. Est-il utile de rappeler l'aplomb avec lequel notre ex-Ministre du Budget, Jérôme Cahuzac, a menti à la fois aux journalistes, sur des plateaux de télévision et face aux caméras de notre Assemblée Nationale au sujet de ses comptes offshores chez UBS à Genève ?

Julian Assange ne serait pas enfermé dans l'Ambassade de l'Equateur à Londres depuis 7 années s'il ne disait pas (avec Wikileaks) la vérité. La lanceuse d'alerte Françoise Nicolas n'aurait pas subi une tentative de meurtre sur son lieu de travail si elle n'avait pas dénoncé les dysfonctionnements comptables de l'Ambassade de France pour laquelle elle travaillait au Bénin.

Les représailles sont parfois physiques, elles sont très souvent psychologiques, elles sont également juridiques et judiciaires, elles sont enfin financières puisque la grande majorité des lanceurs d'alerte ne retrouve pas d'emploi. La précarisation guettant tout lanceur d'alerte, c'est une façon de le museler et d'indiquer à tout lanceur d'alerte potentiel qu'il se retrouverait dans la même situation s'il osait, lui aussi, dénoncer des dysfonctionnements touchant à l'intérêt de chacun.

Il est important de comprendre que le combat n'est pas contre l'entreprise X ou l'administration Y. Cette guerre d'informations est menée contre nos gouvernements et nos services de renseignement. Nos affaires le prouvent : nos élus et nos gouvernements permettent ce type de dérives, voire les incitent, car ils en profitent directement. Un élu me racontait récemment être témoin du fait que certains lobbies préparent et rédigent eux-mêmes les projets de loi. Nous marchons sur la tête !

Un autre exemple : nous avons entendu un Commissaire européen déclarer, début 2018, qu'il n'y avait plus de paradis fiscaux en Europe. Tout mensonge leur semble permis.

Depuis dix ans, un travail exceptionnel a été fait en matière d'information face à la communication établie par les multinationales et les gouvernements. Les consciences s'éveillent doucement grâce à l'Internet et à la pluralité des chaînes de télévision et de radio qui y sont hébergées. La jeune génération comprend que le canal des médias *mainstream* n'est pas adapté aux enjeux de notre civilisation ; elle est à même d'aller chercher du contenu ailleurs, sur le web.

Les journalistes d'investigation œuvrent pour la plupart sur le web, il est primordial qu'ils puissent continuer à informer en travaillant en toute sécurité. Nous avons appris, ces derniers mois, l'assassinat de deux journalistes en Europe qui enquêtaient sur des affaires de corruption à Malte et en Italie. Le vieux continent est pointé du doigt en matière de liberté de la presse, même la France. Gardons également à l'esprit que 95% des médias *mainstream* français sont détenus par neuf milliardaires. Bruxelles quant à elle n'a pas, jusqu'à présent, montré d'intérêt particulier pour une presse indépendante et libre.

La loi Sapin II en France ayant «enfermé» le statut du lanceur d'alerte au sein de l'entreprise, elle a *de facto* limité son spectre. Elle a également limité sa portée puisque les associations et les institutions représentatives des collaborateurs (les Comités d'Entreprise et Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de travail) n'ont par ailleurs pas été reconnues en tant que « lanceur d'alerte » alors qu'il paraît évident que les élus de ces deux institutions

sont, par leur statut, les premiers à pouvoir alerter les dirigeants des entreprises concernées sur des dérives, des dysfonctionnements, des fraudes d'ampleur touchant à l'intérêt général. Par ailleurs, nous savons que les alertes sont huit fois plus importantes lorsqu'elles sont extérieures à l'entreprise ; les collaborateurs étant plus en confiance avec un interlocuteur « neutre ». Ces deux exemples objectifs démontrent que la loi Sapin II est une première marche sur laquelle nous nous devons tous d'apporter des changements raisonnables afin que la vérité et les diseurs de vérités soient véritablement protégés, soutenus et reconnus, de manière à ce qu'ils soient félicités, remerciés, voire récompensés de leur action.

Les solutions au changement vers plus de transparence et d'intégrité sont citoyennes, elles réussiront grâce au travail des ONGs, des associations et des coopératives qui œuvrent à cet éveil des consciences. Ces propositions citoyennes passent, par exemple, par le boycott de produits qui ne sont pas éthiques ou ne sont pas bons pour les consommateurs mais aussi par le buycott, c'est-à-dire en achetant un produit parce qu'il est inscrit dans une dynamique écologique, par exemple. Ainsi, il n'y a qu'en nous rassemblant que nous lutterons efficacement contre les dérives et défendrons nos intérêts citoyens ■

COMPLIANCE ET RSE : PLAIDOYER POUR DES LIAISONS HARMONIEUSES



Patricia SAVIN

Avocate associée, docteure en droit, DS avocats



Yvon MARTINET

Avocat associé, ancien vice bâtonnier, DS avocats

En pleine expansion dans le milieu des entreprises, les démarches de RSE ont vocation à se généraliser au sein de la gouvernance de tout type de société, et viennent colorer les enjeux de *compliance* par un regard transversal.

Ainsi, le concept de développement durable, dans lequel la RSE puise son essence, a été mis en lumière par le rapport Brundtland de 1987¹. Ce texte révèle les nécessités de responsabiliser tous les acteurs de la société sur les impacts des modes de vie sur l'environnement et d'engager une réflexion globale et à long terme sur le mode de développement. Par la suite, le concept de développement durable a pris un nouvel essor au sein de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de Rio, dit 3^{ème} sommet de la Terre. Cette conférence a notamment posé des objectifs globaux en la matière. A ce titre, le principe 4 de la déclaration de Rio prévoit que « *pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément* »². Dès lors, les problématiques environnementales et sociales ne doivent plus être appréhendées comme des matières à part entière, mais doivent être intégrées et réfléchies dans tous les secteurs économiques de la société. Au sein des entreprises, les démarches de RSE doivent concilier les trois piliers du développement durable que sont l'environnement, l'économie et l'humain.

Les démarches de RSE permettent une approche appropriée aux thématiques rencontrées par l'entité qui souhaite s'y conformer. Ne devant pas s'entendre comme un outil uniforme, la caractéristique d'une démarche de RSE est sa

grande souplesse, qui en fait un levier d'action important pour les entreprises.

Au niveau international, les pays scandinaves sont de bons exemples en matière d'intégration et de développement de politiques RSE. Ces démarches y sont très développées et plusieurs études semblent s'accorder pour affirmer que les populations ont une confiance importante dans leurs services³, justement du fait de cette intégration de considérations sociétales et environnementales dans toutes les sphères d'activités.

Exception faite des entreprises contraintes de réaliser une déclaration de performance extra-financière en vertu de l'article 225-102-1 du Code de commerce, la démarche de RSE résulte d'une contrainte qu'une structure entend s'imposer, à la suite d'une prise de conscience, soit des conséquences potentiellement négatives d'une activité, soit des avantages économiques, sociaux et humains susceptibles de découler d'une telle démarche.

Force est de constater que l'inscription dans une démarche de RSE est généralement le fruit d'investissements importants d'une équipe ou d'une direction, alliés à des impulsions institutionnelles et réglementaires.

A titre d'exemple, une grande partie des enjeux environnementaux susceptibles d'être pris en compte par les entreprises sont aujourd'hui déclinés en plans nationaux qui visent à encadrer, sur tout le territoire national, les actions à réaliser et donc à guider les entreprises dans le déploiement de leur politique de RSE. La santé et l'environnement

(1) Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations Unies, *Our Common Future*.

(2) Principe 4 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.

(3) PARTANEN Anu, *The Nordern Theory of Everything: In Search of a Better Life*, Harper Collins Publishers, 2016

(plan national santé environnement 2015-2019), les micropolluants (plan national micropolluants 2016-2021), les achats publics durables (plan national d'action pour les achats publics durables 2015-2020), l'efficacité énergétique (plan national d'action en matière d'efficacité énergétique) ou plus généralement la transition écologique (stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable) font tous l'objet d'une planification.

A l'instar du cadre réglementaire du développement durable, les questions spécifiques dans le domaine de la RSE sont également appréhendées par un grand nombre d'outils de certification et d'audit. Ces certifications permettent de faire contrôler par un organisme agréé le respect de certaines valeurs que l'entreprise souhaite ou doit valoriser. En matière de développement durable, les référentiels 26 000 sur la responsabilité sociétale des entreprises, ISO 14 001 sur le management environnemental et ISO 50 001 sur le management de l'énergie sont les certifications de référence qui permettent d'englober une grande partie des problématiques attachées aux démarches de RSE.

Par le biais de tous ces mécanismes, les démarches de RSE semblent aujourd'hui suffisamment vastes pour permettre un accompagnement des entreprises vers un développement raisonné de leurs activités. Le développement d'une politique de RSE, en plus du respect des différentes réglementations, pourrait ainsi permettre de garantir le respect de valeurs essentielles et structurantes de la société.

Concernant la réglementation, dès 2001, la loi dite « nouvelle régulation économique » exigeait des sociétés cotées qu'elles fassent connaître dans leur rapport annuel les mesures prises pour tenir compte des impacts sociaux et environnementaux de leurs activités. Cette obligation de reporting environnemental et social a été reprise et étendue par la loi du 12 juillet 2012 dite « Grenelle II » aux sociétés non cotées à l'article 225-102-1 du Code de commerce, puis est devenue la déclaration de performance extra financière à la suite de la transposition de la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes⁴.

Dorénavant, sont assujetties à une obligation de déclaration de performance extra-financière les entreprises⁵ (SA, sociétés en commandite par actions, sociétés européennes et SNC) et les coopératives agricoles⁶ de plus de 500 salariés, si elles atteignent un certain chiffre d'affaires ou bilan qui est, pour les entreprises cotées, un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions ou un total du bilan supérieur à

20 millions d'euros et, pour les entreprises non cotées et les coopératives agricoles, un chiffre d'affaires net ou un total du bilan supérieur à 100 millions d'euros.

Les informations publiées doivent être vérifiées par une tierce partie extérieure à l'entreprise, ce qui donne toute sa valeur au *reporting* : l'organisme tiers indépendant venant attester l'existence des informations requises dans les publications annuelles, ainsi que la sincérité desdites informations.

De son côté, la *compliance* telle que visée dans la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin II », peut être définie comme « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables ».

Cette *compliance* est aujourd'hui devenue un enjeu capital pour les entreprises. Les exigences de conformité se multiplient dans tous les secteurs et l'identification des risques encourus est une nécessité absolue.

Désormais, les programmes de conformité « ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises », « leurs existences ne [les] protègent plus, mais leur absence devient suspecte ».

En effet, certaines activités engendrent de nombreux impacts dans des secteurs juridiques et économiques très variés (gouvernance, concurrence, environnement, protection des données ou encore devoir de vigilance) qui connaissent tous de nombreuses évolutions récentes (entrée en vigueur de la loi relative au devoir de vigilance en mars 2017, entrée en vigueur de la loi Sapin II en juin 2017, retrait du document-cadre de février 2012 par l'Autorité de la concurrence en octobre 2017, entrée en vigueur du Règlement Général sur la Protection des Données en mai 2018 ou encore les nombreuses normes environnementales qui ne cessent d'être publiées).

La *compliance* au sein des entreprises doit combiner nécessairement l'expertise de spécialistes, des équipes dédiées avec une méthodologie commune et unique de travail, qui accompagnent l'entreprise tant en France qu'à l'international.

L'approche *compliance* est nécessairement transversale, développée avec une approche pluridisciplinaire, une complémentarité d'expertises et doit permettre un

(4) Cette directive a été transposée par l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises et par le décret n° 2017-1265 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.

(5) Articles L. 225-102-1 et R. 225-105 du Code de commerce nouveau.

(6) Article L. 524-2-1 du Code rural et de la pêche maritime.

accompagnement de manière permanente dans la mise en place des programmes de conformité, de la conception au suivi de leurs mises en œuvre.

La nouvelle autorité française anti-corruption, l'Agence française anticorruption (l'« AFA »), créée par la loi Sapin II, est dotée d'un statut hybride avec des pouvoirs de recommandations, d'enquête, de transmission aux procureurs, de supervision et de sanctions administratives. Ainsi, si le programme de *compliance* d'une société est considéré comme insuffisant, la Commission des Sanctions de l'AFA pourra enjoindre à la société et à ses représentants d'améliorer le programme de *compliance* dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut excéder trois ans et prononcer une sanction pécuniaire d'un montant maximum de 1 million d'euros pour la société et de 200 000 euros maximum pour ses représentants. L'AFA pourra ordonner la publication de ses décisions.

A noter que la loi Sapin II a également créé une procédure de transaction pénale débouchant sur la conclusion d'une « convention judiciaire d'intérêt public ». Cette nouvelle procédure permettra au procureur de la République de proposer aux sociétés de conclure un « *deferred prosecution agreement* » (DPA) à la française, soit lorsque les poursuites pénales ont déjà été initiées, auquel cas la société devra reconnaître les faits et accepter la qualification pénale retenue, ou avant que l'action publique n'ait été mise en mouvement, afin d'éviter toute condamnation pénale, à la condition que les sociétés s'engagent à respecter certaines obligations (amende, programme de *compliance* et/ou paiement de dommages et intérêts). Ces DPA « à la française » peuvent être utilisés dans des affaires couvrant les infractions de corruption, de trafic d'influence et de blanchiment de fraude fiscale. En ce sens, ils ont donc un champ d'application plus large que les nouvelles obligations impératives, lesquelles ne s'appliquent que dans des cas couvrant la corruption et le trafic d'influence.

L'analyse des codes de conduite rendus publics des 60 plus importantes entreprises françaises, c'est-à-dire le CAC 40 et celles du Next 20, permet de constater que 90 % de ces sociétés diffusent un code de conduite sur leur site. Dans 93 % des cas, ces codes, souvent plus larges, comportent un volet sur la lutte contre la corruption. Toutefois, seuls 44 % des codes de conduite intègrent des recommandations véritablement opérationnelles. 56 % prévoient des sanctions disciplinaires pour les employés. Or, la loi Sapin II est plus exigeante, puisqu'elle impose l'établissement de procédures

d'évaluation de la situation des clients, principaux fournisseurs et intermédiaires de l'entreprise, de procédures de contrôles comptables, d'un dispositif d'alerte interne, de formations des cadres et du personnel exposés, d'une cartographie des risques, d'un régime disciplinaire ainsi que d'un dispositif de contrôle interne.

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, applicable aux entreprises de 5 000 salariés, implique qu'elles doivent établir un plan de vigilance et d'actions ayant des conséquences significatives sur les plans financier, réputationnel, opérationnel et en matière de compétitivité.

Ainsi, entre les objectifs généraux de RSE et les contraintes réglementaires fixées par les lois anticorruption et vigilance, les entreprises se doivent de mettre en place les processus requis pour être conformes aux exigences légales et/ou volontaires.

La Plateforme nationale RSE, qui réunit depuis 2013 un large éventail de parties prenantes (entreprises, partenaires sociaux, organisations de la société civile, réseaux d'acteurs, chercheurs et institutions publiques), a pour mission d'établir quelle pourrait être la contribution de la RSE à l'atteinte des objectifs de développement durable (ODD) fixés par les Nations Unies.

Les entreprises, par le biais des démarches de RSE et des obligations liées à la *compliance*, ont nécessairement un rôle à jouer dans la mise en œuvre d'un système plus vertueux et plus durable. Se pose alors très sérieusement la question de l'objet social des entreprises, question soulevée avec pertinence dans le rapport Sénard-Notat, qui invite à introduire dans le Code civil une définition de l'entreprise qui officialiserait « *la considération des entreprises pour leurs enjeux - risques et opportunités - sociaux et environnementaux* »⁷ ■

(7) Rapport « L'entreprise, objet d'intérêt collectif » par Nicole Notat et Jean-Dominique Sénard, 9 mars 2018.

ENTRETIEN AVEC



Bernard CAZENEUVE

Avocat associé au sein du cabinet d'avocats
d'affaires August Debouzy
Ancien Premier Ministre

? Comment expliquer la réponse tardive de la France tant au niveau étatique que privé ?

Si la France a récemment pris des mesures importantes afin de répondre aux standards internationaux en matière de lutte contre la corruption, son engagement dans cette lutte ne date pas de 2016.

Outre la loi Sapin I¹, adoptée dès 1993, la France a, dans un premier temps, choisi de se conformer à certains textes multilatéraux, tels le « Code modèle de conduite pour les agents publics » du Conseil de l'Europe et la Convention anti-corruption² de l'OCDE que la France a ratifiée en juillet 2000³. La pratique avait alors montré que les entreprises ayant une activité dite « à risque » se référaient au Guide de bonnes pratiques⁴ annexé à la Convention anti-corruption de l'OCDE⁵.

Interrogé sur ce « retard » de la France dans la lutte anticorruption, le Ministère de la justice soulignait en mars 2015⁶ que des réformes d'ampleur étaient intervenues à partir 2013.

Tout d'abord, la loi du 6 décembre 2013⁷ a permis la création d'un procureur national spécialisé en matière économique et financière disposant d'une compétence propre en matière de corruption d'agent public étranger ainsi qu'un service d'enquête spécialisé doté de moyens renforcés, l'Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales⁸. Parallèlement, la France a abandonné le principe du monopole des poursuites réservé

au parquet en matière de corruption d'agent public étranger et a consacré la possibilité pour les associations de lutte contre la corruption agréées de se constituer partie civile même en tant que victimes indirectes de faits de corruption. La loi du 6 décembre 2013 avait par ailleurs non seulement créé un régime de protection des lanceurs d'alerte avant la loi Sapin II, mais également sensiblement renforcé les peines sanctionnant certaines infractions relatives à la probité. Notamment, l'amende encourue pour des faits de corruption ou de trafic d'influence privés a été portée de 75.000€ à 500.000€, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, et l'amende encourue en matière de corruption publique et de trafic d'influence publics a été portée de 150.000 € à 1 million €, montant pouvant également être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Il est vrai que les États-Unis avaient adopté, bien avant la France, des dispositions législatives spécifiques en matière de lutte contre la corruption, à la suite du scandale du Watergate, notamment le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en 1977.

L'extraterritorialité des lois américaines, les sanctions prononcées par les juges à l'encontre d'entreprises françaises, la volonté également de faire de la conformité un élément de compétitivité sur la scène internationale, ont imposé à la France l'adoption de mesures destinées à prévenir la corruption. Le contrôle de la mise en œuvre de ces mesures dépend désormais de l'Agence Française Anticorruption, l'AFA.

(1) 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

(2) Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, entrée en vigueur le 15 février 1999

(3) <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGBRatificationStatus.pdf>

(4) Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité (Annexe II de la Convention anticorruption de l'OCDE)

(5) L'Autorité de la concurrence s'y référait également dans un document-cadre publié le 12 février 2012 (Exigence de conformité, Marie KOEHLER DE MONTBLANC, Revue Lamy de la concurrence, N° 33, 1er oct. 2012)

(6) <https://www.senat.fr/questions/base/2013/qSEQ130204812.html>

(7) Loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier

(8) Décret n° 2013-960 du 25 octobre 2013 portant création d'un office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales

? **L'organisation de la réponse telle que prévue dans la loi Sapin II, avec la création de l'AFA et du PNF, vous paraît-elle constituer un bouclier suffisant pour éviter les doubles condamnations ?**

Le PNF a été créé par la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 et non par la loi Sapin II. En revanche, la loi Sapin II a créé la Convention Judiciaire d'Intérêt Public, qui introduit en droit français un dispositif comparable au DPA américain.

Au plan international, il n'existe pas de véritable reconnaissance du principe *non bis in idem*.

La France a, par exemple, encore très récemment rappelé son refus d'appliquer ce principe lorsqu'une partie des faits constitutifs de l'infraction s'est déroulée sur le territoire national⁹. Les juridictions françaises distinguent ainsi deux hypothèses :

- (i) Si les faits n'ont pas été commis sur le territoire français, le principe *non bis in idem* a vocation à s'appliquer, notamment dès lors qu'il y a une identité des faits poursuivis et qu'un jugement définitif a été rendu à l'étranger.
- (ii) Si ne serait-ce qu'une partie des faits a en revanche été commis sur le territoire national, l'auteur des faits peut être poursuivi et condamné en France alors même qu'il aurait déjà été condamné à l'étranger.

En matière internationale, le principe *non bis in idem* n'est donc appliqué par les juridictions françaises que lorsque leur compétence est extraterritoriale, ce qui exclut tous les cas où l'infraction ou l'un de ses éléments a été commis sur le territoire de la République. Dans une décision du 17 janvier 2018¹⁰, la Cour de cassation a ainsi refusé de faire application du principe *non bis in idem* au profit d'une personne ayant conclu un « *plea agreement* » avec les autorités de poursuite américaines, au motif qu'une partie de l'infraction avait été commise sur le territoire français et que le prévenu n'était pas tenu par les termes de cet accord devant les juridictions françaises et restait libre de ne pas s'auto-incriminer malgré une reconnaissance des faits outre-Atlantique.

De la même façon, la Cour de cassation¹¹ et la CEDH ont pu rappeler, très récemment pour cette dernière¹², que l'article 14§7 du Pacte international des droits civils et politiques du 19 décembre 1966 était dépourvu de toute portée internationale. Cette disposition prohibe en effet simplement qu'une personne acquittée ou condamnée par un jugement définitif, conformément à la loi et à la procédure d'un Etat partie, soit ensuite poursuivie pénalement à raison de la même infraction « *par les juridictions du même Etat* ».

Cette position s'explique par des raisons de souveraineté nationale que l'on peut comprendre.

Bien que la reconnaissance du principe *non bis in idem* sur le plan international n'aille pas de soi, une tendance à la coopération entre les régulateurs est observée en matière de peines transactionnelles. La création en France de la convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») est ainsi de nature à faciliter cette coopération.

La CJIP est en quelque sorte l'équivalent français du *Deferred Prosecution Agreement* américain et permet au parquet national financier (« PNF ») de proposer, au cours de la procédure, une suspension des poursuites à une personne morale mise en cause pour des faits de corruption, de trafic d'influence ou de blanchiment de fraude fiscale en contrepartie du versement d'une amende au Trésor public, d'une indemnisation des victimes et, le cas échéant, de la mise en œuvre d'un programme de conformité sous le contrôle de l'AFA.

Or, des affaires récentes telles que Téliat, Rolls-Royce, ou, en France, Société Générale, ont démontré une tendance à la coopération entre les régulateurs qui, s'ils n'ont pas abandonné les poursuites au profit de celles de l'un de leurs homologues, ont tenu compte des sommes versées à chacun afin de réduire le montant des sanctions prononcées.

Dans le cas de la Société Générale, la CJIP a donc démontré son efficacité en permettant une réduction de l'amende imposée par le *Department of Justice* américain en considération de celle versée au Trésor public français au titre de la CJIP.

On notera à cet égard une certaine volonté du PNF de valoriser les CJIP conclues, par le biais de communiqués de presse librement accessibles en ligne et publiés tant en français qu'en anglais.

Toutefois, la CJIP n'étant ouverte qu'aux personnes morales, cette tendance à la coopération ne sera pas de nature à faire échapper des personnes physiques à des doubles condamnations.

Par ailleurs, la création de l'AFA - qui n'est pourtant pas une véritable autorité de poursuite - envoie un message positif aux Etats qui ont mis la lutte contre la corruption au cœur de leurs préoccupations il y a bien longtemps : la France est déterminée à surveiller ses entreprises et à prévenir la survenance de la corruption en leur sein par l'édition d'obligations nouvelles leur incombant et dont l'AFA veille à la bonne application.

L'article 17 de la loi Sapin II impose donc différentes mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence. Par ailleurs l'AFA prévoit de contrôler chaque année 50

(9) Crim. 17 janvier 2018, n°16-86.491

(10) Crim. 17 janvier 2018, n°16-86.491

(11) Crim. 23 octobre 2013, n°13-83.499

(12) CEDH, Krombach c/ France, n°67521/14

sociétés privées et publiques et 50 acteurs publics¹³, ce qui contribue à une prise de conscience générale des entreprises françaises et à une évolution rapide de leur comportements : ainsi, sur un questionnaire auquel 283 directions juridiques d'entreprises rentrant dans le champ d'application de la loi Sapin 2 ont répondu, 85 % des entreprises indiquent avoir mis en place un programme de conformité anticorruption¹⁴ et plus de la moitié ont pour cela fait appel à des conseils spécialisés pour définir le programme anticorruption. Cette mutation permettra sans doute de rehausser la place de la France dans les classements internationaux, en réduisant les risques d'atteintes à la probité et le nombre de poursuites engagées au niveau international.

Enfin, l'une des missions confiées à l'AFA est également le suivi des peines complémentaires de mise en conformité, ce qui n'est pas neutre et renvoie directement au *monitoring* américain.

? **L'Etat travaille à la mise en œuvre de nouvelles mesures de protection pour les entreprises françaises, notamment au travers de la mission confiée à Raphaël Gauvin. Quelles sont celles qui ont fait leurs preuves et, *a contrario*, qui ont démontré leur inefficacité face à l'extraterritorialité des lois américaines ?**

Plusieurs voies de défense existent pour faire face à l'extraterritorialité des lois américaines : la neutralisation, la contestation, la réciprocité et l'interdiction.

La neutralisation est l'adoption de lois nationales ou européennes, équivalentes à celles qui existent aux Etats-Unis afin d'éviter, autant que faire se peut, l'application des procédures américaines aux entreprises françaises. Cette méthode rencontre cependant ses limites qui résultent, d'une part, de la difficulté de définir et de faire admettre une telle « équivalence », et, d'autre part, de l'absence de moyens de contraindre la partie américaine au respect du principe *non bis in idem*. La voie de la contestation, quant à elle, qui conteste la validité des procédures, comporte également d'importantes limites : (i) l'absence de droit positif harmonisé, qui rend un fondement de contestation difficilement identifiable, (ii) la remise en cause du mécanisme de règlement des différends de l'OMC par l'administration américaine et (iii) l'impossibilité pour une entreprise de saisir elle-même ce mécanisme, (ce pouvoir de saisine étant uniquement accordé aux Etats). Enfin, la voie de la réciprocité reposerait sur une capacité européenne à imposer des sanctions aux entreprises étrangères, sous peine de privation d'accès au marché intérieur. Une telle

capacité de sanctionner une entreprise étrangère pour des comportements illicites sur le territoire européen existe déjà en matière de concurrence : l'accès au marché est régulé de manière stricte.

A cet égard, une réflexion sur la création d'un dispositif européen transversal en matière de corruption pourrait être engagée.

La voie de l'interdiction a été jusque-là privilégiée par la France : il s'agit là de la défense faite aux entreprises françaises dans certaines circonstances, de répondre aux injonctions des administrations américaines, sur le fondement de la loi de blocage de 1968¹⁵ ou du règlement UE de 1996¹⁶.

En premier lieu, on ne peut déplorer que la loi de 1968 ne soit pas parvenue à témoigner de son efficacité, en l'état actuel de sa rédaction. Les juges américains et britanniques estiment en effet que sa violation n'est suivie d'aucune sanction dissuasive de nature à faire primer les intérêts des entreprises invitées à ne pas communiquer certains documents, sur les intérêts des autorités étrangères à les obtenir.

A titre anecdotique, en 2014, une Cour américaine a approuvé des assignations demandant à des banques de fournir des documents localisés en France mais a annulé celles demandant des documents localisés en Suisse, au motif que « *Le zèle avec lequel les autorités suisses appliquent le secret bancaire [Swiss Banking Act's Article 47 : interdiction qu'ont les banques suisses de livrer des informations sur leurs clients à des tiers non autorisés] reflète l'expression d'un intérêt public* » qui, « *contrairement au cas français, constitue non seulement l'application d'un intérêt national, mais presque un élément de l'identité nationale suisse* »¹⁷.

Un rapport déposé devant l'Assemblée Nationale en octobre 2016, concluait ainsi que les condamnations suivant la loi de 1968 étaient « *peu nombreuses, tardives et d'une sévérité modérée* »¹⁸.

En second lieu, le Règlement UE de 1996, destiné à neutraliser l'extraterritorialité des sanctions internationales américaines, notamment par l'interdiction faite aux organisations européennes de se conformer à de telles sanctions internationales n'a, depuis son adoption, fait l'objet d'aucune sanction en France. Bien que d'applicabilité directe, l'article 9 du Règlement nécessite que chaque Etat membre détermine les sanctions à imposer en cas d'infraction aux

(13) https://www.challenges.fr/top-news/le-patron-de-l-agence-anticorruption-reclame-plus-de-moyens_520294

(14) D. Bauer, « Cartographie des directions juridiques : 2018, une année charnière pour la profession », Petites affiches n°131, 2 juillet 2018, p. 17 (https://www.gide.com/sites/default/files/cartographie_desdirectionsjuridiques_2018_integraliteresultats_juin2018.pdf)

(15) Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères

(16) Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers

(17) Motorola Credit Corp. v. Uzan, No. 02-CV-666 (JSR), 2014 BL 360203 (S.D.N.Y. Dec. 22, 2014).

(18) Rapport d'information de la Commission des Affaires étrangères et la Commission des Finances sur l'extraterritorialité de la législation américaine, M. P. Lellouche et Mme K. Berger, déposé devant l'Assemblée Nationale le 5 oct. 2016, disponible à < <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i4082.pdf> >

dispositions de ce règlement. Or, la France n'a jamais mis en place ces sanctions, si bien que la violation du Règlement se trouve privée de ses effets. Le Règlement n'est toutefois pas dépourvu de portée juridique puisque, d'applicabilité directe, certaines de ses dispositions peuvent être utilisées comme fondement légal à une action menée devant une juridiction nationale contre des organismes qui n'en auraient pas respecté l'esprit. Il convient également de noter que ce Règlement a fait l'objet d'une très récente modification de son champ d'application par un Règlement délégué UE paru le 6 juin 2018¹⁹, afin d'y inclure les sanctions contre l'Iran récemment rétablies par les Etats-Unis²⁰.

Enfin, cette question fait l'objet d'une étude par Raphaël Gauvain, Député LaREM de Saône-et-Loire, chargé par le Premier Ministre, Edouard Philippe, d'identifier des solutions juridiques destinées à protéger les entreprises contre les effets de ces législations extraterritoriales. Un rapport d'information sur l'extraterritorialité des sanctions américaines a également été déposé devant le Sénat par M. Philippe Bonnecarrère le 4 octobre 2018²¹.

La création d'un dispositif de *compliance* européen transversal, applicable aux entreprises non européennes dès lors qu'elles déploieraient leurs activités sur le territoire de l'EU ou vis-à-vis des résidents européens, (à l'instar du RGPD) relève de l'urgence. Ce « paquet européen anti-corruption » pourrait reposer sur trois grands piliers : (i) une directive européenne anti-corruption, (ii) un accord bilatéral ou multilatéral *non bis in idem* et (iii) des mécanismes de coopération entre autorités nationales (harmoniser les objectifs) et d'évaluation de l'application des règles (harmoniser les pratiques mises en œuvre par les entreprises). Avec un tel système, un Etat membre défaillant s'exposerait à une condamnation et à des astreintes lourdes et toute ingérence étrangère deviendrait illégitime.

? **Les nouveaux rapports de forces géopolitiques vous paraissent-ils déterminants pour le développement des entreprises et la régulation internationale ? Quel sera le nouveau code de conduite dans ce contexte qui n'appelle pas au consensus ?**

La régulation de la mondialisation suppose l'acceptation de règles communes, élaborées la plupart du temps dans un cadre multilatéral et transposées progressivement dans les différents droits nationaux. La puissance économique et politique des Etats-Unis, articulée à leur détermination à lutter contre la corruption, dans un cadre extraterritorial, leur a donné toute légitimité pour inspirer le droit international de la *compliance*. Les travaux conduits par l'OCDE et l'ONU ont ainsi orienté progressivement les

législations des Etats dans le sens de l'internalisation par les entreprises de principes et de dispositifs préventifs (lignes d'alerte, code éthique, cartographie des risques...) et du renforcement des sanctions qui leur sont applicables en cas d'infractions.

La remise en cause du multilatéralisme par l'administration Trump, le slogan « America First », le retour du protectionnisme, s'ils ne remettent pas en cause l'exigence de conformité, fortement revendiquée par les opinions publiques, peuvent en revanche conduire au détournement des règles anticorruption à des fins de protection d'intérêts industriels ou économiques nationaux. De là vient précisément la nécessité de rééquilibrer la relation euro-atlantique par la mise en place d'un véritable paquet *compliance* européen.

? **Le rôle et le niveau de responsabilité des entreprises concernant l'anticorruption ne témoignent-ils pas d'un transfert de missions régaliennes auprès du secteur privé ?**

Le rôle et le niveau de responsabilité des entreprises en la matière témoignent davantage d'une formalisation de ce qui avait déjà court au sein des organisations : l'internalisation des normes et d'« objectifs monumentaux »²² par les entreprises. Le plus souvent, celles soumises à la loi Sapin II n'ont en effet pas attendu la promulgation de la loi pour se préoccuper de la prévention de la corruption.

Du reste, il s'agit là moins d'un transfert des missions régaliennes que d'une volonté de responsabilisation des acteurs privés comme publics autour des enjeux de la lutte anticorruption. La globalisation de l'économie rend cette responsabilisation nécessaire à l'heure où d'autres pays appliquent des législations anticorruption adoptées bien avant la France.

L'avènement de la *compliance* au plan international et plus localement dans l'entreprise constitue une opportunité historique de protéger un modèle économique et social au service de la croissance durable et de l'allocation de l'argent public aux seuls objectifs d'intérêt général dans le respect des valeurs éthiques. Les entreprises ont d'ailleurs rapidement intégré la *compliance* comme un élément de leur compétitivité.

A ce titre, la loi Sapin II applique les standards anticorruption les plus stricts et impose même des mesures plus précises et impératives que le système américain, en dictant une véritable formalisation écrite du plan de prévention de la corruption.

(19) Règlement délégué (UE) 2018/96 du Conseil portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant

(20) Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires européennes sur l'extraterritorialité des sanctions américaines par M. P. Bonnecarrère, enregistré au Sénat le 4 oct. 2018, p. 19, disponible à < <http://www.senat.fr/rap/r18-017/r18-0171.pdf> >

(21) Préc., note 20

(22) Selon l'expression du Professeur Frison-Roche

? Comment les entreprises perçoivent ce nouveau cadre réglementaire et l'action des autorités de contrôle ? Comme une contrainte supplémentaire ou comme une fenêtre d'opportunité pour se développer durablement dans un environnement plus éthique ?

Les dommages liés à la corruption ont un impact considérable, à l'ère de la transparence numérique, sur l'image d'une entreprise et sur la confiance des clients, fournisseurs et partenaires.

Au-delà du préjudice financier et du préjudice de réputation, la corruption met également en jeu la responsabilité pénale des dirigeants.

Si les contraintes liées à la mise en conformité de l'entreprise avec le dispositif prévu par la loi Sapin 2 peuvent être perçues par les entreprises et leurs dirigeants comme un exercice parfois onéreux et fastidieux, cette mise en conformité constitue, selon l'Association Française des Juristes d'Entreprise (« AFJE »), « un véritable gage de confiance pour les clients et les prestataires ». « La mise en place d'un système efficace détectant les difficultés en amont est un moyen fondamental d'économies autant que de prévention »²³.

Une fois les dispositifs anticorruption mis en place (un code de conduite, un dispositif d'alerte interne efficace, une cartographie des risques détaillée et adaptée, des procédures d'évaluation des tiers et de contrôles comptables, des formations pertinentes, un régime disciplinaire et un dispositif de contrôle et d'évaluation interne) ceux-ci permettront un meilleur transfert d'information et conduiront nécessairement à une diminution des risques. Si l'instauration d'un plan de conformité ne permet pas de créer immédiatement de la valeur purement monétaire pour l'entreprise, elle a incontestablement un impact en termes d'image, et réduit la probabilité de survenance des risques.

On constate donc que les entreprises françaises se sont globalement bien adaptées à la loi : 85% d'entre elles qui entrent dans son champ d'application indiquent l'avoir mise en œuvre essentiellement sous l'impulsion des directions juridiques²⁴. En 2018, 60 % des entreprises comptent un *Compliance Officer* (officier chargé de mise en conformité).

? Un écosystème français s'appuyant sur l'interaction des institutions, des entreprises, du conseil et de la formation reste-t-il un vœu pieu ?

La loi Sapin II aura contribué, avec la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et à la grande délinquance financière, à la création de cet écosystème.

Désormais un cadre législatif clair est posé, qui oblige les entreprises à prévenir la corruption, et les expose à des sanctions pénales plus lourdes en cas d'infractions aux règles de droit en vigueur. A ce titre, la création du PNF a constitué en France un progrès majeur. Dans un contexte où le droit de la *compliance* a tendance à s'appliquer internationalement, les conseils juridiques en organisation, les structures d'audit en charge de la *compliance* articulent leurs efforts pour protéger les entités économiques du risque réputationnel, auquel elles ne manqueraient pas de s'exposer, en cas de graves manquements.

? Comment percevez-vous la concurrence des cabinets anglo-saxons en matière de *compliance* et d'intelligence économique ? La parcellisation (Cabinets d'avocats/cabinets d'IE) de l'offre française du conseil en la matière vous paraît-elle une force ou une faiblesse ?

La concurrence entre les cabinets est vive. Elle est également salutaire, car elle conduit chacun à se hisser au meilleur niveau pour fournir à ses clients le service le plus performant. Dans un contexte de montée du protectionnisme, le droit de la *compliance* peut aussi devenir un instrument de la préservation par les grandes puissances économiques de leurs intérêts propres. Face à cette réalité nouvelle, les entreprises confrontées à des contentieux de dimension internationale s'entourent de plus en plus de compétences larges et diversifiées qui garantissent à la fois la défense de leurs intérêts devant des instances étrangères (le DOJ américain et le SFO britannique), la confidentialité qui doit s'attacher à cette défense et une meilleure compréhension, par le recours à l'intelligence économique, de l'environnement que l'entreprise doit affronter ■

(23) Compliance, Sapin 2 & entreprises, Résultat de l'enquête Ethicorp, site de l'AFJE, disponible à < <https://www.afje.org/actualite/96> >

(24) D. Bauer, « Cartographie des directions juridiques : 2018, une année charnière pour la profession », Petites affiches n°131, p. 3, 2 juillet 2018 (préc., note 14)

VERS UN NOUVEAU MODÈLE DE COMPLIANCE



Jean-Yves TROCHON

Senior Advisor EY¹ (Forensic & Integrity Services),
Administrateur d'honneur de l'AFJE²

? Quelques questions témoignage : Que diriez-vous aujourd'hui à un dirigeant ? Quelles sont les bonnes pratiques pour éviter les scandales de corruption ?

Les faits de corruption sont souvent les conséquences d'une mauvaise gouvernance, d'absence de transparence ou d'opérations de fusions/acquisitions mal maîtrisées. La compliance (on parle aussi d'intégrité) est plus une histoire de gouvernance et de stratégie impulsée par le conseil d'administration et la direction générale que de procédures. C'est pourquoi l'objectif premier de la loi Sapin II est de protéger les entreprises françaises contre les menaces extérieures et contre la mauvaise gouvernance, et non de créer une bureaucratie de l'éthique.

Il est impératif de protéger les entreprises contre les effets de la réglementation internationale, l'extraterritorialité des lois et l'absence de dispositifs efficaces de prévention, de détection et de remédiation de la corruption. Ces considérations relèvent de l'éthique mais également de la pratique de la guerre économique. Il ne faut jamais oublier qu'au-delà des considérations éthiques, la lutte contre la corruption repose aussi sur la volonté de lutter contre les distorsions de concurrence au niveau international.

? Comment les entreprises perçoivent-elles et intègrent-elles les nouvelles obligations de conformité réglementaire, notamment celles relatives à la Loi Sapin II ?

L'ensemble des volets sur lesquels les entreprises doivent être conformes aujourd'hui est progressivement pris en compte au travers de programmes de conformité qui intègrent la corruption, mais également les autres réglementations auxquelles sont soumises les entreprises (LCB/FT, devoir de vigilance, sanctions/embargos, contrôle des exportations,

RGPD, antitrust, etc). Afin de lutter contre la corruption, le législateur a jugé nécessaire de rendre ces dispositifs obligatoires dans toutes les sociétés de plus de 500 salariés et 100 M€ de chiffre d'affaires, soit environ 1500 entreprises. Cette loi constitue une « petite révolution » pour beaucoup d'entre elles. Elle n'est cependant pas toujours bien acceptée, surtout pour les entreprises qui estiment que la corruption ne les concerne pas, et ce même si elles sont libres de mettre en place un dispositif « léger » si la cartographie des risques met en évidence que les risques de corruption sont faibles. La loi donne en effet la latitude de mettre en place des dispositifs « proportionnés » aux risques.

La plupart des groupes estime que l'analyse des risques menée de manière objective et indépendante conduit à prendre la mesure des risques qui pèsent sur l'entreprise et à considérer qu'un programme anti-corruption structuré est non seulement nécessaire mais aussi utile. La complexité de la vie des affaires, la judiciarisation et la globalisation nécessitent effectivement que l'organisation assure la traçabilité de ses décisions commerciales et stratégiques en y intégrant les risques de corruption. Les principaux risques intègrent des facteurs tels que le recours à certaines tierce-parties, les conflits d'intérêts avec des acteurs publics ou encore l'exposition aux marchés publics dans des pays où les normes de gouvernance publique sont faibles. Tout dépend évidemment du « business model » de l'entreprise.

Quoiqu'il en soit, ces programmes ne seront efficaces que si les dirigeants encouragent la démarche et suscitent l'adhésion des directions opérationnelles et, plus largement, de tous les salariés pour que la compliance devienne un vecteur de compétitivité de l'entreprise. Les formations délivrées en interne autour du lancement des programmes sont des actions minimales de sensibilisation. Il faudrait aller plus loin en créant une culture d'intégrité.

(1) ey.com

(2) AFJE : Association Française des Juristes d'entreprise. En savoir plus sur www.afje.org

? **Considérez-vous que les directions juridiques doivent promouvoir ces programmes ?**

Il ne faut pas enfermer la vision des problématiques de compliance dans une approche strictement juridique. Si les sous-jacents sont réglementaires, la mise en œuvre de tels programmes nécessite de mobiliser des compétences multiples, ainsi qu'une approche pluridisciplinaire. À cet égard, la direction juridique s'inscrit dans un système de gouvernance qui implique d'autres fonctions-clés, notamment l'audit et le contrôle interne. L'enjeu pour les entreprises est de prendre des décisions suffisamment informées. Pour cela, il faut favoriser la transversalité entre les directions fonctionnelles et impliquer les directions juridiques au plus haut niveau (comité exécutif). Par ailleurs, le Code AFEP-MEDEF prévoit depuis juin 2018 que le Conseil d'administration lui-même « s'assure de la mise en place d'un dispositif de prévention et de détection de la corruption et du trafic d'influence et reçoit toutes informations nécessaires à cet effet ». C'est donc bien au Conseil d'administration et à la direction générale de promouvoir ces programmes, les directions juridique et compliance n'étant que des acteurs (certes clés) du dispositif. C'est donc bien un enjeu de gouvernance.

La confidentialité des avis des directeurs juridiques est essentielle lorsqu'ils promeuvent les bonnes pratiques de conformité. À cet égard, ils doivent pouvoir bénéficier d'une certaine indépendance vis-à-vis de la direction générale afin d'apporter la meilleure guidance sur la mise en place du programme d'intégrité. À cet égard, les déclarations du premier ministre lors du dernier Grenelle du Droit en Novembre 2018 visant à reconnaître la confidentialité des avis des juristes d'entreprise vont dans le bon sens.

? **La fonction de *Chief compliance officer* est-elle généralement bien dimensionnée et positionnée ?**

Il semble qu'en France plus de la moitié des *compliance officers* soient rattachés aux directions juridiques. À l'international, ces positions tendent de plus en plus à devenir autonomes, c'est du moins le cas dans les pays où les modèles de compliance sont plus matures (notamment les États-Unis). Le modèle idéal serait que la compliance joue un rôle équivalent à celui d'un administrateur indépendant au sein du Conseil d'administration. Un rattachement (ou au moins un « accès non filtré ») au comité d'audit pourrait garantir cette indépendance.

Les *compliance officers* doivent pouvoir interagir avec toutes les directions fonctionnelles, ils doivent également pouvoir s'appuyer sur un réseau de correspondants par pays pour assurer le déploiement du programme. Le type de gouvernance le plus approprié permettrait des échanges réguliers avec les Comex ou les *boards*, au travers de comités dédiés, sur les indicateurs du déploiement, les résultats des investigations, ou encore les mesures de remédiation. Ceci suppose bien sûr que des moyens soient dédiés à la mise en œuvre du programme.

Les profils des personnes recrutées pour ces fonctions est important car elles demandent beaucoup de rigueur, de pédagogie, de capacité de discernement, une grande connaissance de l'entreprise et de ses activités, ainsi qu'une bonne dose de courage pour « challenger » certaines décisions lorsque c'est nécessaire.

? **Que représente le coût de la compliance ?**

Certaines directions pensent que le prix de la compliance est excessif. Il est cependant important d'effectuer une comparaison entre le prix de la compliance et les éventuelles conséquences de mise en cause de la responsabilité de l'entreprise et de ses dirigeants, des sanctions éventuelles, des risques d'impact sur la réputation de l'entreprise, ainsi que le risque pénal qu'encourent les dirigeants, et dans une moindre mesure, les *compliance officers*. L'argument du coût pour éviter la mise en place d'un programme d'intégrité efficace ne paraît guère crédible. La compliance ne pourra être considérée comme un investissement stratégique que si l'architecture du programme dans toutes ses composantes (déploiement, contrôle, gestion des alertes, formation et communication, choix des outils, rôle et responsabilité des acteurs, gouvernance du programme) est bien déterminée. Cette architecture doit être réalisée à partir de l'analyse de risques, de l'organisation et du modèle d'affaires pour l'adapter en fonction de l'entreprise et afin d'éviter la mise en place d'un programme mal conçu qui générerait de longs processus bureaucratiques coûteux et paralysants.

? **Le secret des affaires aurait-il une utilité dans le cadre des mesures de compliance ?**

Y a-t-il une contradiction entre l'éthique et le secret ?

Les entreprises doivent absolument s'emparer de la nouvelle loi du 30 juillet dernier, notamment pour celles qui sont les plus exposées à la concurrence internationale et/ou qui opèrent dans des secteurs de souveraineté nationale. Cette loi représente une réelle opportunité de protéger leur patrimoine immatériel. L'identification, la classification de leurs secrets d'affaires et le déploiement d'un dispositif de protection de données raisonnable permettront de faire valoir leurs droits devant les autorités judiciaires. Bien entendu, ces mesures ne sauraient faire obstacle aux droits de la presse, au droit du travail ou aux libertés fondamentales. Ce dispositif doit s'articuler avec le programme d'intégrité car le secret des affaires n'est pas antinomique avec l'éthique et la transparence.

? **Quel intérêt les entreprises auraient-elles à révéler des faits de corruption ?**

Le *Department of Justice* des États-Unis a indiqué que les entreprises qui viennent spontanément révéler des faits de corruption dont elles ont connaissance pourraient obtenir une réduction importante, voire une immunité totale d'amende, sous réserve d'une coopération totale avec les autorités. Grâce à la Convention Judiciaire d'Intérêt Public,

la France paraît s'orienter vers un système similaire en encourageant les entreprises à solder de « vieux dossiers » antérieurs à la loi Sapin II. Cependant, la question de la poursuite ou non des personnes physiques se pose puisque les positions du Parquet National Financier et des autres Procureurs ne paraissent pas encore s'accorder tout à fait sur ce point. Pourtant, la loi Sapin II repose sur le constat que les entreprises françaises convaincues de faits de corruption doivent être poursuivies et condamnées en France, ce qui suppose que le niveau des sanctions soit proportionné à la nature des faits et en ligne avec le « standard international » en la matière. Encore faudrait-il qu'il en existe un. A cet égard, la coopération entre le PNF et le DoJ dans le cadre de l'affaire Société Générale est instructive.

? Qu'en est-il de l'état des relations avec les pouvoirs publics ?

La question du contrôle actionnarial par l'État me paraît secondaire. Les réglementations sur la protection des entreprises stratégiques en cas de prise de contrôle sont en revanche essentielles, et de ce point de vue le projet de loi Pacte va dans le bon sens. Le véritable enjeu est le développement de l'avenir industriel de la France. L'État doit donc renforcer son rôle dans l'accompagnement des entreprises au travers des mesures de protection, mais aussi d'intelligence économique, afin de les aider à conquérir de nouveaux marchés à l'international.

Le lien entre certaines agences de renseignement et les entreprises est une réalité dans de nombreux pays. Il existe une réelle convergence des actions en faveur des intérêts de leurs entreprises. Il n'est pas anormal qu'il en soit de même en France.

C'est pourquoi les programmes d'intégrité mis en place dans les entreprises doivent permettre de garantir que les entreprises agissent de manière conforme aux règles du commerce international pour n'encourir aucune forme de suspicion, comme ceci arrive trop souvent dans certains pays.

? Quels sont les besoins et l'offre en formation ?

J-Y.T : Il y a une explosion du besoin de formation en matière de compliance dans la mesure où ces questions impliquent une grande diversité de sujets. Il faut aller vers des offres pluridisciplinaires et travailler sur des combinaisons intelligentes entre la digitalisation et l'humain ■

Pour en savoir +

EY

Le département *Forensic & Integrity Services* d'EY accompagne les entreprises lors d'investigations internes ou à la demande des régulateurs. Il les assiste pour mettre en place ou renforcer leur dispositif de compliance (anti-fraude, anti-corruption, AML, OFAC), mais aussi pour améliorer leur maîtrise des risques de cybercriminalité. Il est à leurs côtés pour développer une stratégie active de gestion des litiges financiers et étayer leurs positions financières.

EY travaille en étroite collaboration avec ses clients, en France et à l'international afin de leur apporter des réponses à la fois adaptées à leurs enjeux spécifiques et fondées sur l'analyse préliminaire des risques auxquels ils sont exposés.

Retrouvez plus d'informations sur www.ey.com.

AFJE

Première organisation professionnelle de juristes d'entreprise en France et en Europe.

L'AFJE a fait de la promotion de ce métier sa mission phare depuis 1969. Les juristes d'entreprise, seconde profession du droit après celle des avocats en nombre de professionnel, ne cessent de développer leur fonction stratégique, au carrefour du droit et de l'économie, au bénéfice de la compétitivité de leurs entreprises. C'est pour les accompagner dans cette évolution que l'AFJE s'est fixé les objectifs suivants :

- être un lieu de formation, d'information et d'échange sur les grands sujets d'actualité entrant dans le champ de compétences des juristes d'entreprise
- promouvoir la fonction juridique auprès des acteurs de l'entreprise et tout particulièrement auprès des dirigeants
- promouvoir le statut du juriste, créateur de solutions pour l'entreprise dans le monde des professions juridiques et judiciaires
- être un interlocuteur privilégié des acteurs institutionnels français, européens et international
- Participer avec les universitaires aux travaux de réflexion sur la formation des juristes d'affaires et sur les thèmes du droit de l'entreprise.

Retrouvez plus d'informations sur www.afje.org.

ENTRETIEN AVEC



Emmanuel PITRON

Senior Vice-Président, ADIT

? L'ADIT, un des leaders européens de l'Intelligence Economique, est un expert de la *Due Diligence* depuis près de 25 ans, mais au fait c'est quoi une *Due Diligence* ?

Vous avez raison, la *Due Diligence* est un concept anglo-saxon que nous utilisons désormais tellement fréquemment qu'il convient de s'arrêter un instant pour en définir le sens, c'est-à-dire la signification que revêt ce terme, mais aussi préciser la direction que l'on souhaite lui faire prendre.

La *Due Diligence* désigne un ensemble de vérifications qu'opère un investisseur en vue d'une transaction, afin de se faire une idée précise d'une société sur le plan financier, comptable, fiscal, juridique, environnemental ou stratégique. Par extension, la *Due Diligence* ne concerne pas que les décisions d'investissement ou les décisions de fusion/acquisition. Car aujourd'hui, dans un monde globalisé, où les risques sont globaux et systémiques, et où les impératifs de *compliance* deviennent prégnants, il est vital de sécuriser au maximum toutes les interactions de l'entreprise avec ses tierces parties : clients, intermédiaires, fournisseurs, distributeurs, consultants, etc, et ce, partout dans le monde.

Rien qu'en France, la loi Sapin II et celle relative au devoir de vigilance ne visent pas seulement la mise en conformité du fonctionnement interne de l'entreprise : elles visent à s'assurer de la probité et de la solidité de tous ceux qui interviennent dans le fonctionnement de l'entreprise. Une société peut en effet être tenue responsable de faits de corruption commis par un tiers avec lequel elle a conclu un contrat, peu importe sa nature !

Pour s'assurer que ses prestataires extérieurs, ses partenaires et ses clients sont « *compliant* » (en français on pourrait dire « conforme » même si cela ne recouvre pas suffisamment la force de la « *soft law* » extraterritoriale en provenance des Etats-Unis et du Royaume-Uni), il est souhaitable de conduire des *Dues Diligences* (en français, on pourrait dire des diligences raisonnables, même si le caractère « raisonnable » est à apprécier en fonction du niveau de risque).

Au final, la *Due Diligence*, c'est la procédure qui permet de formaliser la vigilance stratégique et qui exprime la détermination de l'entreprise à avancer dans une démarche d'anticipation et de maîtrise des risques : c'est en quelque sorte la réconciliation du principe du droit romain « *caveat emptor* » (« *que l'acheteur soit vigilant* ») à celui du principe anglo-saxon « *Know Your Customer* » (« *Connais ton client* ») ! Comme si, *in fine*, mieux connaître son client ou son fournisseur, c'était, pour paraphraser le précepte de Socrate, un moyen de « *mieux se connaître soi-même* » !

Certains pourraient craindre l'apparition d'un syndrome de méfiance généralisée dans le monde des affaires ; personnellement je préfère y voir une manière efficace et concrète de réduire l'asymétrie d'information entre vendeurs et acheteurs, ce qui est un moyen de tendre vers les fondements théoriques de l'économie de marché.

D'ailleurs, au-delà des exigences de *compliance* qui imposent de passer en revue l'intégralité de ses tierces parties, la *Due Diligence* doit d'abord et avant tout être conçue comme un outil pour optimiser la stratégie de l'entreprise. C'est tout le sens qu'il faut lui donner pour éviter une approche trop frustrante du type « *tick the box* ».

? Y-a-t'il finalement d'après vous une approche française et européenne de la pratique de *Due Diligence* ?

Oui je le pense, comme il y a un concept et une histoire de « l'intelligence économique française » qui diffère de la « *competitive intelligence* » à l'américaine ! Justement quand je dis qu'il ne faut pas avoir une approche « *tick the box* », je défends une approche stratégique et une sécurisation des tierces parties en croisant au maximum les informations obtenues par des sources numériques et les sources humaines. Même pour les screening de grande ampleur, où les outils et les bases de données trouvent toute leur place, on ne doit jamais se passer de l'apport de l'intelligence humaine.

A l'ADIT, dès 1998, nous avons innové au moment de la convention OCDE pour mettre au service de nos clients et

de leurs besoins de *compliance* notre savoir-faire en matière d'investigation. Et depuis nous n'avons cessé d'innover avec cette philosophie : l'IE et la *compliance* sont les deux faces d'une même médaille ! Pas d'IE sans un respect strict de l'intégrité et de la conformité ! Pas de *compliance* sans une compréhension fine des enjeux d'IE qui sont à l'œuvre derrière les problématiques de corruption ou de sanctions internationales !

? **Partagez-vous cette approche avec les services de l'Etat ?**

Philosophiquement, je pense que nous sommes proches des autorités de l'Etat sur la manière de concevoir la *compliance* à sa juste place : comme une nécessité indispensable pour se protéger et empêcher les dérives dans la guerre commerciale mondiale ; comme un risque en soi s'il est abordé de manière naïve ou bureaucratique.

En revanche, sur le plan pratique, nous disposons de nos propres méthodes qui ne peuvent en aucun cas s'apparenter à celles des services spécialisés qui disposent de techniques dérogoires au droit commun, ni à celles des autorités de contrôle qui disposent de capacités d'enquête et d'investigation que leur procure la loi.

Nous sommes un acteur privé, sur un marché concurrentiel et international, au service de nos clients, qui sont des entreprises et qui recherchent les moyens légaux de comprendre, de décrypter, de se protéger, d'anticiper et de résoudre leurs problèmes dans la conquête des marchés.

? **Justement pour vos clients privés, l'extraterritorialité dont on parle tant n'est-elle pas une guerre asymétrique qui les laisse démunis ?**

Oui, elle est asymétrique, c'est une évidence.

D'abord, en raison du déséquilibre traditionnel des forces entre les Etats, déséquilibre amplifié par la « *business diplomacy* » des entreprises dans les relations internationales : on constate à la fois une privatisation de la politique étrangère et une publicisation des relations économiques. Et dans ce cadre, la lutte contre la corruption est conçue comme un outil de diplomatie : c'est un objectif moral qui rejoint les intérêts de l'économie et de la diplomatie.

Asymétrique, ensuite, au plan judiciaire. Les autorités américaines transfèrent la charge de l'enquête en exigeant des entreprises qu'elles fassent elles-mêmes les diligences et enquêtes internes pour identifier tout manquement aux règles : les juges américains peuvent alors se concentrer sur la détermination du montant de la sanction, pour collecter des sommes d'argent très importantes qui augmenteront la capacité de réaction en cas de résistance de l'entreprise. A

cela s'ajoute l'absence d'une politique pénale commune au sein de l'UE et donc une asymétrie transatlantique : d'un côté une Justice, celle de la première puissance mondiale qui utilise les ressorts de la mondialisation ; de l'autre 28 Justices différentes qui défendent leur souveraineté et leur code pénal.

Asymétrique, enfin, en raison de la courbe d'expérience : le DOJ pratique le FCPA avec les entreprises américaines depuis 1977 ; et même si l'AFA et les entreprises françaises avancent vite sur ce sujet, il y a au moins 20 ans d'écart dans l'acculturation nécessaire.

? **La *compliance*, c'est donc une question de survie pour vos clients ?**

Bien sûr, respecter des règles d'éthique dans un business mondialisé, c'est une condition nécessaire pour garantir la pérennité de l'entreprise : l'alternative ne laisse pas beaucoup de choix aujourd'hui, c'est « *comply or die* »¹ !

Mais au-delà, c'est un moyen de mieux maîtriser son environnement, de mieux connaître ses tierces parties, finalement d'être mieux protégé quand on se développe sur les marchés nouveaux et quelques fois inconnus : on ne peut pas négocier à l'aveugle si on veut réussir son développement.

C'est aussi un enjeu de protection du patrimoine informationnel de l'entreprise : les capacités extraterritoriales et judiciaires peuvent mettre à mal le secret des affaires et légitimement des intrusions stratégiques qui, sous couvert d'objectifs éthiques, peuvent aboutir à de réelles déstabilisations. Cet enjeu ne va que se renforcer avec le Cloud Act en réponse au RGPD.

Enfin, n'oublions pas que la *compliance* est une condition indispensable pour protéger l'intégrité juridique et parfois même physique des dirigeants : derrière la lutte anti-corruption ou le respect des règles d'embargos, il peut y avoir des mises en cause pénales avec des conséquences dévastatrices pour les individus et les organisations ; sans parler, dans certains pays, des risques de chantage ou des violences induites par des comportements business inappropriés.

? **Justement sur ce risque de sécurité physique, quel est l'intérêt pour l'ADIT de s'allier avec Geos ?**

Avec Geos, c'est plus qu'une alliance. C'est une intégration qui nous permet de compléter notre offre de services aux entreprises en entrant de plain-pied sur le marché de la sécurité des zones à risques. Les entreprises doivent souvent aller chercher la croissance dans des zones complexes, voire instables, aussi bien sur le plan de la sécurité physique que de la sécurité juridique. En intégrant Geos, nous pouvons

CF. Marion LEBLANC-WOHRER, *Comply or die ? Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis*, Potomac Paper, n° 34, mars 2018. www.ifri.org

les accompagner de bout en bout dans les zones à sécurité dégradée : en décryptant un marché, en déminant les enjeux de *compliance*, en proposant une stratégie d'influence adaptée, et désormais en sécurisant physiquement les biens, les personnes et les données. Cette approche intégrée est un vrai plus pour nos clients.

? D'après votre expérience, quel serait d'après vous le profil idoine du *Compliance Officer* ? Quelles sont les évolutions ?

Pour moi, plus que le profil, c'est le positionnement qui compte sur ces sujets ! Que la mission soit confiée à une personne dédiée, un *Compliance Officer*, ou qu'elle soit portée par un Directeur de la Stratégie, un Risk Manager, un Directeur de la Sûreté ou un Directeur des Affaires Institutionnelles, il faut qu'il soit en « boucle extrêmement courte » avec la Direction Générale, car ces sujets, s'ils sont mal traités, peuvent compromettre la pérennité même de l'entreprise !

Après, il faut probablement que les titulaires de ces postes soient à la fois des stratèges capables de penser à long terme et des opérationnels capables de déminer tous les jours des micro-détails sur un terrain semé d'embûches. Bref, cela suppose de savoir s'adapter en permanence à des situations nouvelles.

Enfin, cela suppose par-dessus tout, pour être efficace, d'avoir un engagement au plus haut niveau des instances dirigeantes sur toutes ces questions d'IE, de *compliance*, de sécurité ou diplomatie d'affaires. Et franchement, je trouve que sur ces sujets les choses bougent dans le bon sens au sein des entreprises françaises et européennes.

? Et pour les PMI/PME, voire les TPE, est-ce vraiment possible de se mettre en conformité avec les exigences de Sapin II alors qu'elles ne disposent pas des mêmes moyens pour faire face aux risques ?

La loi Sapin II impose des seuils de mise en conformité : plus de 100M€ de CA et 500 salariés pour les 8 points anti-corruption ; plus de 50 salariés pour adopter un système d'alerte éthique. Il y a donc l'obligation légale et la réalité opérationnelle. Toutes les PME/PMI ne peuvent pas disposer d'équipes de *compliance* à plein temps mais ce qui compte avant tout c'est le « tone from the top », l'engagement et l'exemplarité des dirigeants ! Nous voyons des sociétés juste au-dessus des seuils avoir un discours plus responsable que de grandes sociétés cotées. Nous sommes aussi là pour aider ces sociétés, notamment celles pour qui l'export est vital, à maîtriser leurs risques et réduire l'incertitude induite par toutes ces nouvelles réglementations nationales, internationales et extra-territoriales. Aider toutes ces entreprises petites et moyennes à se mouvoir dans la guerre commerciale, c'est aussi un enjeu de souveraineté en France et en Europe ■

L'UNION EUROPÉENNE FACE AUX SANCTIONS AMÉRICAINES EN IRAN : DAVID CONTRE GOLIATH ?



El Bouaabidi BOULARAS

Manager, Business intelligence & investigation

Guillaume TISSIER

Directeur Général - CEIS

Le 8 mai 2018, le Président Donald Trump annonce le retrait des États-Unis de l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien signé 3 ans plus tôt, qu'il qualifiait lui-même de « pire accord signé par les États-Unis ». Une décision qui place l'Union européenne dans une position délicate entre le rôle de médiateur qu'elle entend jouer sur le dossier iranien, la défense des intérêts économiques, parfois divergents, de ses membres et la volonté de s'opposer par le « droit » à l'hégémonie américaine. Au cœur du débat : le principe d'extraterritorialité cher au Département de la Justice américain (DoJ) en vertu duquel le rétablissement des sanctions et embargos américains à l'égard de l'Iran s'applique à tous les États, et pas uniquement aux signataires du traité.

❓ Quelles sont les conséquences économiques pour la France du rétablissement des sanctions visant l'Iran ?

Les conséquences peuvent s'avérer très lourdes, tant pour l'Europe que pour la France. Une grande majorité des acteurs économiques ne vont en effet pas courir le risque de poursuivre leurs activités et de conclure des contrats avec l'Iran en raison des amendes potentiellement encourues.

Les premières décisions des entreprises européennes confirment cette prudence. Dès août 2018, les compagnies aériennes Air France, British Airways ou encore KLM, renoncent ainsi à desservir l'Iran. Même attitude chez Total qui se retire du projet de développement du champ gazier iranien Pars Sud, et est remplacé par l'entreprise publique chinoise CNPC, partenaire de Total dans ce contrat de 4,8 milliards de dollars. Tous les secteurs sont concernés : l'armateur maritime CMA-CGM, son concurrent Maersk, le fournisseur d'énergie Engie ou encore le groupe automobile PSA, pourtant en position de force dans le pays avec un tiers du marché automobile local, ont pris les décisions américaines au mot et ont décidé de ne pas poursuivre leurs activités dans le pays.

Autant de décisions qui auront évidemment des conséquences sur notre commerce extérieur. Quelques chiffres : selon le ministère de l'économie et des finances français, les exportations tricolores dans le pays ont plus que doublé en 2017, passant de 722 millions d'euros en 2016 à 1,5 milliard. Dans le même temps, les importations françaises sont passées de 70 millions d'euros en 2015 à 1,4 milliard en 2016, puis à 2,3 milliards en 2017. Ces statistiques illustrent la position sensible de la France concernant les échanges commerciaux avec l'Iran, le pays étant devenu selon Bercy le premier client de l'Iran sur le Vieux continent et le sixième au niveau mondial. Au total, les échanges commerciaux entre la France et l'Iran ont ainsi atteint 3,8 milliards d'euros en 2017.

❓ Qui va profiter du retrait des entreprises américaines et européennes ?

Principalement la Russie et la Chine. Les deux pays se sont ainsi réunis en juin à Qingdao dans le cadre de l'Organisation de Coopération de Shanghai (OCS) à l'invitation de la Chine pour échanger autour des « Nouvelles routes de la soie ». La relation entre les deux pays est désormais une relation de « coopération », faite à la fois de concurrence économique et de partenariat pour forcer la porte d'entrée de marchés et consolider leur présence sur la scène internationale.

Menée par la Russie, l'Union économique eurasiatique a ainsi signé en mai 2018 avec l'Iran un accord préliminaire de baisse des droits de douane, prémice d'une future zone de libre-échange. Alors que, de son côté, le constructeur aéronautique russe Sukhoi a signé en avril 2018 une lettre d'intention avec la compagnie aérienne S7 Airlines pour la fourniture de 40 biréacteurs aux sociétés iraniennes Aseman Airlines et Iran Air Tours, Boeing a, pour sa part, dû renoncer à des contrats d'une valeur totale de 20 milliards de dollars avec Iran Air et Aseman Airlines. La stratégie de la Chine et de la Russie est encore renforcée par la guerre économique que livrent les États-Unis aux deux pays, à l'image du nouveau jeu de sanctions prises à l'encontre de la Chine en septembre 2018 pour avoir acheté des armements russes.

❓ Comment réagit l'Europe face aux menaces que fait peser cet accord sur les entreprises européennes ?

Alors que la Russie et la Chine vont maintenir de fructueuses relations avec l'Iran, l'Europe a d'abord opté pour la voie juridique en relançant le 18 mai 2018 une sorte de « bouclier » ou de « loi de blocage » instituée par le règlement européen n°2271/96 du 22 novembre 1996. Cet instrument, pensé notamment pour contourner l'embargo américain sur Cuba mais jamais éprouvé en pratique, interdit, en principe, aux entreprises européennes de se soumettre à la nature extraterritoriale des sanctions américaines sous peine de sanction par l'un des États membres. Il donne également le droit aux entreprises d'être indemnisées de tout dommage découlant de ces sanctions par la personne morale ou physique qui en est à l'origine. Enfin, il annule les effets de toute décision de justice étrangère fondée sur ces sanctions au sein de l'UE.

Pour être pleinement efficace contre les sanctions visant l'Iran, l'Union européenne a mis à jour ce texte le 7 août 2018, après une période d'examen de deux mois, en ajoutant à son champ d'application les sanctions extraterritoriales rétablies par les États-Unis contre l'Iran et les entreprises américaines ou étrangères souhaitant y investir. La France a d'ailleurs activement soutenu ce processus plaidant avec succès pour une procédure rapide et efficace.

Autre mesure européenne pour contrecarrer la mainmise américaine, la Banque européenne d'investissement (BEI) a reçu mandat pour continuer à financer les projets d'entreprises ayant des activités en Iran.

❓ Ce bouclier juridique est-il suffisant ?

Non. Pour compléter ce dispositif, l'Union européenne a annoncé le 24 septembre 2018 la création d'une entité capable de commercer avec l'Iran (« *special purpose vehicle* ») agissant comme une bourse d'échange. Une série de mesures d'aides en faveur de l'Iran ont également été adoptées en août 2018 pour un montant de 18 millions d'euros, dont

8 à destination du privé, première brique d'un plan de 50 millions d'euros que l'Europe prévoit d'engager. Soulignons également les préconisations du sénateur Philippe Bonnecarrère, président du groupe interparlementaire France-Iran, et auteur d'un rapport publié en octobre 2018 sur les mesures européennes de neutralisation de l'extraterritorialité des sanctions économiques et commerciales américaines. Le parlementaire se prononce en faveur d'une mise en place d'une plateforme comptable autonome et d'une véritable stratégie de renforcement du rôle de l'euro comme instrument de réserve, de règlement et d'investissement.

Toute la question est ensuite de savoir si les divergences politiques entre États européens ne saperont pas l'efficacité de ces dispositions. L'Iran semble d'ailleurs assez sceptique sur les capacités du « *soft power* » européen à maintenir en vie l'accord de 2015... Dans la pratique, la grande majorité des acteurs économiques européens risque fort de se plier aux sanctions unilatéralement rétablies par les États-Unis pour ne pas mettre en péril leurs activités américaines, notamment les banques qui, entre autres, ne pourraient plus se refinancer en dollars.

Au-delà des questions économiques et financières, les sanctions américaines relancent de façon opportune le débat sur l'autonomie stratégique européenne. L'application du principe d'extraterritorialité revient en effet à faire ou laisser s'exercer au sein d'un territoire national l'autorité d'un autre État ou d'une organisation internationale. C'est donc la souveraineté même des États qui est en jeu.

❓ Quels seraient les fondements de cette autonomie stratégique européenne ?

Cette autonomie repose d'abord sur une vision bien comprise de nos intérêts, laquelle ne peut se faire que dans une Europe « à géométrie variable », puis sur une véritable dynamique d'intelligence économique (IE) seule à même d'assurer l'indépendance dans la prise de décision. La France est trop souvent encline à voir le sujet sous l'angle exclusif de la « sécurité économique » alors que les États-Unis sont depuis longtemps adeptes de la guerre économique.

Un modèle européen de conformité éthique et financière doit également émerger. Ce modèle pourrait trouver sa source dans la loi Sapin II, qui instaure la mise en place d'une convention judiciaire d'intérêt public. Proche du « *Deferred Prosecution Agreement* » américain, cette disposition législative s'adresse aux personnes morales mises en causes pour corruption, trafic d'influence, blanchiment, blanchiment aggravé, ainsi que pour blanchiment de fraude fiscale. Cette convention permet d'imposer trois sortes de mesures à la personne morale mise en cause : le versement d'une amende, la mise en place d'un programme de mise en conformité de 5 ans maximum sous le contrôle de l'Agence Française Anticorruption (AFA) et la réparation des dommages subis par les éventuelles victimes identifiées.

Ce texte, visant notamment à répondre aux standards européens et internationaux en matière de lutte contre la corruption, permet de reprendre stratégiquement et financièrement la main sur les sanctions. Les entreprises sont européennes et les sanctions sont européennes.

❓ En quoi consiste ce programme de mise en conformité ?

Les différentes mesures du programme de mise en conformité sont définies à l'article 131-39-2 du Code pénal et comprennent notamment l'établissement d'un code de conduite interne, permettant d'identifier et de combattre les « comportements à proscrire ». Par ailleurs, l'entreprise incriminée verra le contenu de son programme de mise en conformité publié sur le site de l'AFA et sera tenue de verser des frais à l'institution, lesquels ne pourront cependant pas excéder le montant de l'amende encourue pour le délit en cause. Par ailleurs, la loi peut également obliger les entreprises à se doter d'un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la personne morale, tout comme d'une cartographie des risques régulièrement actualisée et destinée à « identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la personne morale à des sollicitations externes aux fins de corruption ». Cependant, avant d'en arriver à ces extrêmes, les entreprises peuvent se doter par elles-mêmes d'un dispositif interne de conformité accompagné d'un service d'intelligence économique qui permettra d'éviter de telles mesures coercitives.

En effet, à leur échelle, l'intégration en interne de méthodologies d'intelligence économique et le recours à des prestataires indépendants pour alimenter, structurer et assurer la *compliance* de leurs activités apparaissent aujourd'hui essentiels. Dès lors que le retrait américain a impliqué des risques pour les acteurs économiques liés de près ou de loin à l'Iran, la connaissance et la maîtrise de leur environnement sont devenues des enjeux cruciaux non seulement sur un plan stratégique mais aussi et surtout sur un plan juridique.

Que ce soit pour s'assurer des activités des tiers impliqués dans leurs chaînes contractuelles ou pour disposer d'un accompagnement dans leur retrait du marché iranien, ou du moins leur intégration du revirement américain et de ses conséquences pour leur propre politique de développement, l'IE se révèle être un outil précieux. Le comportement des entreprises tant à l'international que sur leurs marchés domestiques ne saurait faire l'économie d'une telle démarche : la connaissance précise et actualisée de leur environnement d'affaires constitue une protection, du moins une assurance nécessaire, contre l'instrumentalisation à des fins économiques de la lutte contre la corruption, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme par les États-Unis.

❓ L'extraterritorialité du droit américain est-il une fatalité ?

Non. Cette dérive est finalement le reflet de la domination américaine. La multipolarisation du monde voire son « émiettement » peut changer la donne sur ce point à travers une reconfiguration des pôles de compétitivité. À noter, d'ailleurs, que la toute-puissance du DoJ américain est contestée, même en interne. Un arrêt du 24 août 2018 rendu par la Cour d'appel fédérale de New York traduit l'existence de divergences d'interprétation du principe d'extraterritorialité, les tribunaux étant beaucoup moins enclins à défendre une vision extensive du principe que le DoJ, à minima s'agissant des personnes physiques. Revenant sur les critères de compétence du juge américain fixés par le FCPA, le tribunal a ainsi donné raison à un ancien salarié d'Alstom qui contestait la compétence du DoJ, arguant qu'il n'avait travaillé que pour la filiale britannique d'un groupe français.

❓ Quels sont les enjeux spécifiques à la problématique pétrolière ?

Le 2ème volet des sanctions américaines concernant notamment les exportations iraniennes de pétrole est entré en vigueur le 5 novembre 2018. Avant même la mise en application de cette nouvelle vague coercitive, l'État américain a accordé des dérogations à huit pays pour leur permettre de poursuivre leurs importations de pétrole depuis la République islamique, à savoir la Chine, la Corée du Sud, la Grèce, l'Inde, l'Italie, le Japon, Taïwan et la Turquie. Ces pays ont reçu l'aval de l'administration américaine car ils feraient preuve, selon les mots du Secrétaire d'État Mike Pompeo dans une déclaration du 2 novembre 2018, « d'efforts importants pour ramener leurs importations de brut vers zéro ». Or, selon le Président d'Ara Enterprise Group, Cyrus Razzaghi, « l'Iran n'a besoin que de trois clients pour vendre un million de barils par jour : la Chine, l'Inde et la Turquie ».

Ces dérogations peuvent donc susciter l'étonnement puisqu'elles semblent vider de leur substance les sanctions rétablies, d'autant plus que l'Iran se classe dans le trio de tête des exportateurs de pétrole au niveau mondial. L'enjeu majeur auquel semble désormais répondre la diplomatie américaine n'est ainsi pas l'arrêt total et immédiat des exportations mais plutôt leur réduction progressive. Ceci vient très probablement du fait que de grandes puissances comme l'Inde ou la Chine ont fait savoir aux États-Unis qu'un arrêt brutal d'importations d'hydrocarbures depuis l'Iran serait un risque majeur pour leurs économies et industries.

Le problème qui se pose aux Américains est de savoir si leur intérêt réside en l'arrêt des exportations iraniennes ou plutôt dans le fait d'éviter une flambée du cours du pétrole que ce même arrêt pourrait provoquer. Par ailleurs, cette

perspective ne satisferait ni la communauté internationale, ni les électeurs américains, ce dont l'administration Trump a bien conscience. C'est ainsi que les exemptions accordées peuvent et doivent également être traduites en termes de politique intérieure : en vue des prochaines échéances électorales (*mid-terms* qui viennent de livrer leur verdict, puis présidentielles en 2020), Donald Trump avait tout intérêt à limiter l'effet de ses propres sanctions sur le secteur pétrolier pour ne pas créer un terreau propice au mécontentement des électeurs américains.

Enfin, l'instauration de cette série de dérogations, quasiment similaire à celle en vigueur avant 2015, met surtout en exergue le fait que l'administration Trump ne fera de toute évidence aucune concession aux États membres

de l'UE et aux entreprises européennes. Ainsi, Total n'a pu obtenir de dérogation américaine pour poursuivre ses activités dans le cadre du projet South Pars. Le caractère hégémonique, isolationniste et dual de la politique étrangère américaine doit donc être parfaitement intégré dans la grille d'analyse française et européenne afin d'en tirer les meilleurs enseignements et de formuler les réponses les plus efficaces ■

ENTRETIEN AVEC



Alexandre MEDVEDOWSKY

Président du cabinet ESL Network France

? Vos observations et constats sur l'évolution des métiers et des cabinets d'Intelligence Economique en France depuis 10/15 ans ?

Les métiers de l'Intelligence Economique (IE) sont aujourd'hui plus identifiés par les entreprises qu'ils ne l'étaient il y a 10/15 ans. Cela a demandé et demande encore un long travail de diffusion et d'explication du concept, trop longtemps assimilé aux pratiques d'espionnage.

Deux mouvements concomitants ont amené les pratiques d'IE à évoluer et à se professionnaliser.

Le premier répond à l'internationalisation des entreprises et à l'extraterritorialité du droit américain. Pour entrer dans la compétition économique, les entreprises ont massivement investi à l'international et ont dû faire face à la toute-puissance de la justice américaine. Dans ce contexte de guerre économique, les entreprises doivent nécessairement recourir à des techniques d'intelligence économique, telles que l'étude d'environnement, l'analyse de risques, la cartographie d'acteurs, etc.

Certains cas ont servi de révélateur de ces tensions, à commencer par l'affaire BNP PARIBAS qui a dû verser des sommes colossales, Alstom ensuite, puis Airbus, Areva, etc.

En réponse à ce premier mouvement, un autre s'est développé dans le tissu économique français avec la loi sapin II et la volonté de faire apparaître dans la législation française des règles de *compliance*. Pour être conformes, les entreprises de plus de 500 salariés doivent, dès lors, engager un travail en profondeur qui passe par la mise en œuvre d'outils d'IE (audits, cartographies de risques, surveillance des fournisseurs, etc.).

? A quels niveaux interviennent les cabinets de conseil ? Leurs actions sont-elles concertées avec les administrations en charge de la lutte contre la corruption ?

L'Etat mène sa propre politique indépendamment des cabinets d'IE. Il n'y a pas de réelle coopération. Le SINFIE¹, dont je suis président, a été créé précisément pour favoriser ces liens entre le public et le privé sur ces questions qui concernent, en premier lieu, les intérêts économiques de la Nation. L'Etat s'est essentiellement préoccupé de la place que l'IE devait occuper au sein des administrations, cela a donné lieu à de multiples changements de positionnement.

Il y a aujourd'hui une volonté de remettre la sécurité économique et les problématiques de protection des secteurs jugés sensibles au-devant de la scène. Le rôle de Bercy d'animateur interministériel s'en trouve également confirmé. L'Etat s'est donc focalisé sur ces problématiques de positionnement et de définition au détriment, peut-être, du dialogue avec le secteur privé et les acteurs du conseil.

? Quels sont les interlocuteurs référents dans les organisations ? Quelles sont les tendances pour le marché du conseil ?

Il y a un réel impact de ce contexte réglementaire sur nos marges d'intervention. Les entreprises sont amenées à soustraire une partie des enquêtes qui nous sont régulièrement confiées par les *Compliance Officers*.

Le problème auquel nous nous confrontons aujourd'hui est moins celui de la concurrence des cabinets anglo-saxons que celui de la taille des structures de conseil. Les sujets qui se posent sont à ce point variés qu'il manque des

(1) <https://www.synfie.fr>

structures capables de proposer une palette d'interventions suffisamment variée. Cela a conduit à une forme de concentration des cabinets et à des spécialisations.

Les missions sont de plus en plus internationales, cela suppose de structurer des offres pour pouvoir y répondre. De fait, les petits cabinets centrés sur une partie de l'IE ou sur une zone géographique sont en situation de faiblesse par rapport aux gros cabinets.

Nous allons vers une forme d'industrialisation des propositions concernant des situations non complexes qui peuvent être traitées en grand nombre. A contrario, les situations complexes exigent des recherches approfondies impliquant des enquêtes de terrain, celles-ci demandent plus de temps, de précisions, d'actions ciblées. Dans ce registre-là, il y a trois ou quatre niveaux de recherche à effectuer en fonction du degré de risque et de profondeur où l'entreprise doit aller pour se mettre en conformité.

? L'IE version anglo-saxonne et l'IE version française, quelles sont les principales différences (méthodologie concernant les investigations, profil des dirigeants des cabinets, etc.) ?

Les principales différences, nous les trouvons dans les techniques d'investigation et dans les profils des dirigeants.

La proportion des profils qui ont été formés dans les agences de renseignement est beaucoup plus forte dans les cabinets anglo-saxons. Nous avons en France des profils plus généralistes, de consultants, capables d'aller chercher la bonne information, de l'interpréter et d'être en dialogue avec le client dans l'entreprise. Cela explique en partie la porosité qui existe entre les administrations, le secteur privé et les acteurs du conseil, les passerelles créées entre le monde de la recherche et celui du renseignement, et répond essentiellement à une problématique d'accès aux sources.

L'appareil d'Etat ne fonctionne pas de la même manière. Je ne vois pas l'équivalent en France de grandes structures de recherche comme il peut en exister, par exemple, aux Etats-Unis. Chez nous, les services sont plus cloisonnés, les administrations elles-mêmes le sont et opèrent rarement avec des centres *ad hoc*, performants.

? Quelle serait votre principale observation sur les facteurs d'évolution des cabinets d'IE ?

Sur les cabinets d'IE, je dirais qu'il y a deux mouvements notables dans notre secteur. Le premier est la course à la taille. Même si on est encore petit, il y a une tendance à faire émerger des sociétés plus offrantes, plus internationales, plus transversales. Le deuxième mouvement qu'il ne faut pas négliger est la multiplication des sociétés de traitement de la donnée, de technologies du *Big data*. Cela sort du champ de compétence des métiers des cabinets traditionnels d'IE mais devient très complémentaire. Ce ne sont pas les

mêmes métiers que les nôtres mais ils font malgré tout partie intégrante de l'IE.

? Qu'est-ce que l'IE pour vous aujourd'hui ?

J'aime rester très basique dans la définition de l'IE et fidèle à sa définition d'origine : c'est la collecte d'informations qui permet à un décideur économique de prendre des décisions. Il faut que cette définition reste large et générale parce qu'elle permet une plus grande diffusion de l'IE et de ses pratiques.

? Comment la prise de conscience a pu être aussi tardive de la part de l'Etat et peut-être de l'organisation du conseil sur ces questions, sur la menace des sanctions, sur la vulnérabilité des entreprises vis-à-vis de ce type de risques ?

Ce n'est pas à défaut d'avoir sonné l'alarme ! L'émergence du *soft power*, des batailles de normes, cela fait des années en France qu'un certain nombre de personnes montrent que ce sont sur ces facteurs que se joue une partie de la compétition économique et géostratégique mondiale. La sphère politique et médiatique n'a pas pris la mesure de l'importance de ces mises en garde.

Peut-être par naïveté de la part des hommes politiques français et européens mais aussi par une méconnaissance de la menace. Ce n'est pas faute de la part des acteurs de l'IE, du lobbying et des affaires publiques de l'avoir signalé. Le problème réside donc dans la capacité du politique à recevoir un message. Les cabinets agissent sur le terrain des grandes batailles, ils sont donc tout à fait en mesure d'alerter l'appareil d'Etat sur la manière dont elles se font et qui en sont les acteurs. Lorsque nous sommes engagés dans des appels d'offre internationaux, dans la conquête de marchés, on voit bien quelles sont les armes utilisées par les acteurs économiques. La question pour les entreprises n'est plus seulement d'avoir la meilleure offre et la meilleure réponse à l'appel d'offre. D'autres choses entrent en ligne de compte, qui donnent lieu à des opérations de déstabilisation *via* des pratiques d'atteinte à la réputation, de fuites d'informations organisées, de campagnes de désinformation *via* les réseaux sociaux, de cyber attaques, de batailles de normes, etc. Ce sont les armes de la guerre économique auxquelles les entreprises doivent faire face au quotidien. Nous les accompagnons dans la mise en œuvre de réponses adéquates.

? D'après vous, comment améliorer les relations avec les pouvoirs publics ?

Cela supposerait d'avoir de la constance dans la définition du concept et de la stabilité dans sa représentation au sein de l'appareil d'Etat. Les changements de posture dans l'administration pénalisent la qualité des échanges et la circulation de l'information. Nous sommes toujours dans l'attente d'une force politique. Il y a quelques années,

Bernard Carayon faisait déjà le vœu de créer un secrétariat d'Etat avec un nouveau ministère en charge de ces questions. Les attentes sont globalement les mêmes aujourd'hui, nous avons besoin de poids et de vision politique dans la durée pour préserver les intérêts économiques de la Nation.

L'émiettement des structures administratives entre les services de renseignement, de diplomatie économique et de contrôle est également caractéristique d'un dysfonctionnement. Cela conduit à un manque de cohérence dans le traitement des sujets et dans les relations avec les acteurs étatiques et non étatiques.

? Les menaces de sanctions internationales sont-elles un outil du protectionnisme ?

Bien plus qu'un outil du protectionnisme, ces menaces sont une démarche offensive et agressive pour contrer la concurrence en empêchant les sociétés étrangères la pénétration de marchés.

Nous en avons une illustration en Iran avec le départ des grands groupes français qui avaient pris des positions intéressantes dans la région. Les risques auxquels les entreprises sont exposées dans d'autres zones géographiques l'illustrent également. En matière de corruption, de liens avec les autorités et pouvoirs publics, les mesures judiciaires américaines sont partout présentes et représentent une réelle menace pour les grands groupes français.

Pour les entreprises françaises et européennes, l'extraterritorialité représente un frein à l'investissement et à l'internationalisation. La forte exposition aux risques donne lieu à des hésitations permanentes. Or, le ralentissement et la complexification du processus de décision interne ont pour conséquence de limiter la croissance externe. La multiplication des interlocuteurs en interne augmente le contrôle sur ce type d'opérations. Les cabinets mandatés pour réaliser des études de marché, des enquêtes de *compliance*, de *due diligence* ne dialoguent plus en direct avec le PDG, les affaires internationales ou le développement mais avec les services juridiques et les *Compliance Officers* qui demandent des garanties de plus en plus fortes. Cela ne favorise pas la prise de risque sur des prises de position ou sur le rachat d'entreprises.

? Quel serait d'après vous le profil idoine du *Compliance Officer* ? Sur la formation : Quel est le besoin en formation de la part de vos clients ? Où les entreprises vont-elles chercher leurs profils ?

Les entreprises mettent en place des procédures internes qui nécessitent d'avoir des gens compétents. Cela pourrait représenter des débouchés professionnels pour les gens qui se forment en IE mais ce sont des profils qui nécessitent d'avoir une maturité et une bonne connaissance de l'entreprise. Le bon profil, à mon sens, devrait réunir plusieurs compétences. Aujourd'hui on ne peut pas les acquérir dans une seule formation ou un même cursus, il reste des marges de progrès à faire en matière de formation en la matière. La culture juridique est nécessaire, tout comme la pratique de la *due diligence* nécessite une culture de la recherche de l'information, une culture économique et financière qui ne relèvent pas du même niveau d'étude. La maîtrise des Technologies de l'information et de la communication et une connaissance de l'IA deviennent aussi indispensables ■

LA LOI SAPIN II, UN PROGRÈS DANS LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION, DE NOUVEAUX RISQUES POUR LES ENTREPRISES



Gilbert FLAM

Magistrat honoraire,

Chargé de la politique judiciaire de la ville et des politiques de prévention et de la radicalisation au cabinet de la procureure de la République du TGI de Bobigny

La loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 « relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », dite « Sapin II », s'inscrit dans un contexte national et international de lutte contre la corruption qui est devenu de plus en plus exigeant à l'égard des entreprises et de leurs dirigeants¹.

Elle est destinée à lutter contre les actes de corruption et les manquements à la probité commis en France ou à l'étranger. Elle vise les sociétés et les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) de plus de 500 salariés, ou appartenant à un groupe de plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions €, dont le siège est en France. Si la société concernée établit des comptes consolidés, les obligations portent sur la société elle-même et sur l'ensemble de ses filiales ou des sociétés qu'elle contrôle, en France et à l'étranger.

Parmi les nouvelles dispositions introduites par la loi Sapin II, certaines relèvent d'une approche préventive, d'autres d'une approche répressive. L'analyse de ces dispositions, replacées dans leur contexte national et international, permet de mettre en évidence de nouveaux risques pour les sociétés françaises, notamment celles qui sont présentes sur les marchés internationaux.

L'approche préventive repose sur la création de l'agence française anticorruption (AFA) et sur la définition d'obligations nouvelles pour les entreprises

L'Agence française anticorruption (AFA), qui remplace le Service central de prévention de la corruption, est placée sous l'autorité conjointe du ministre de la Justice et du ministre des Finances. Conçue pour être réellement opérationnelle, elle dispose de pouvoirs de conseil, de contrôle sur pièces et sur place et d'un pouvoir propre de sanction lorsque les obligations prévues par la loi ne sont pas respectées par les entreprises.

Les entreprises visées par la loi ont l'obligation de mettre en place un plan de prévention de la corruption qui doit définir 8 mesures et procédures : adoption d'un code de conduite définissant et illustrant les comportements à proscrire, un régime disciplinaire pour sanctionner les violations du code de conduite de la société, un dispositif d'alerte interne, une cartographie des risques régulièrement actualisée par secteur d'activité et par zone géographique, des procédures d'évaluation des clients et fournisseurs de premier rang et

(1) Depuis l'adoption en 1977 par les Etats-Unis du Foreign Corruption Practices Act (FCPA), de nombreux pays se sont dotés d'une législation anti-corruption (Royaume-Uni, Allemagne, Autriche, Russie, Chine, Inde, Canada, Brésil...). De la même façon, plusieurs conventions anticorruption, ratifiées par la France, sont entrées en vigueur : la convention de l'Union européenne du 26 mai 1997, la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997, les conventions civile et pénale du Conseil de l'Europe de 2002 et 2003 et la convention des Nations-Unies du 9 décembre 2003, auxquelles on peut ajouter la convention interaméricaine de 1996 et la convention de l'Union Africaine du 11 juillet 2003. La transposition en droit français par la loi du 30 juin 2000 de la convention OCDE a créé l'infraction de « corruption d'agents publics étrangers » mais son application impliquait l'existence d'une double incrimination et elle réservait le droit de poursuivre au seul procureur de la République.

des intermédiaires, des procédures de contrôle comptable, un dispositif de formation des cadres et des personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence, et un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Enfin, la loi assure une protection renforcée (anonymat, interdiction de sanction, irresponsabilité pénale) du « lanceur d'alerte », défini comme étant toute personne qui « révèle [...], de manière désintéressée et de bonne foi, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié par la France, ... , de la loi ou du règlement ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance », à l'exclusion des faits couverts par le secret défense, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client².

La loi Sapin II retient une approche répressive plus étendue

Les poursuites pénales sont facilitées même lorsque les faits sont commis à l'étranger. Le procureur de la République ne détient plus le monopole de l'engagement des poursuites dans ce domaine, la condition de la double incrimination est abandonnée et la loi étend l'extraterritorialité de la loi pénale française en créant un nouveau critère de compétence, la résidence habituelle sur le territoire français, qui vient s'ajouter à l'exercice de « tout ou partie de l'activité économique sur le territoire français » de la personne mise en cause prévu à l'article 435-11-2 du Code pénal.

La nouvelle peine complémentaire de soumission à un « programme de mise en conformité » permet au juge pénal d'imposer à la personne morale condamnée de mettre en œuvre, sous le contrôle du procureur de la République et de l'AFA, les mesures et procédures prévues à l'article 17-II.

La « convention judiciaire d'intérêt public » (CJIP), créée sur le modèle du Deferred Prosecution Agreement américain³, permet au procureur de la République « tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement » de proposer à une personne morale mise en cause pour des faits de corruption de verser une amende « d'intérêt public » et/ou de se soumettre à un programme de mise en conformité pour une durée maximale de 3 ans⁴. Après acceptation par la personne morale, la CJIP est soumise au président du

TGI pour validation. Elle ne donne pas lieu à inscription au bulletin n°1 du casier judiciaire de la personne morale⁵.

L'AFA peut également, par l'intermédiaire de sa commission des sanctions, enjoindre à une société et à ses représentants, dans un délai qui ne peut excéder 3 ans, d'adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence et/ou prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200 000 euros pour une personne physique et 1 million d'euros pour une personne morale⁶.

La mise en œuvre des dispositifs prévus par la loi Sapin II crée des risques nouveaux pour les entreprises et leurs dirigeants

Il apparaît utile d'examiner en quoi ces nouveaux dispositifs sont susceptibles de créer pour les entreprises visées par cette loi, et pour leurs dirigeants, des risques nouveaux. Les trois premiers sont directement liés à l'existence de l'AFA, à ses objectifs et aux moyens qu'elle mettra en œuvre pour les atteindre. Les deux derniers sont la conséquence du contexte politico-juridique international et des nouvelles dispositions concernant les donneurs d'alerte.

La détermination du directeur de l'AFA

La loi a donné à l'AFA la capacité juridique et les moyens humains d'exercer ses missions de détection et de prévention des atteintes à la probité mais aussi de prononcer des sanctions. L'AFA n'est certes pas une autorité administrative indépendante, mais l'on peut penser que l'appartenance de son directeur à la magistrature judiciaire permettra de garantir son indépendance.

Les premiers pas de l'agence et les déclarations de Charles Duchaine, son directeur, peuvent en témoigner. En même temps qu'elle lançait une consultation publique de deux mois qui lui a permis d'énoncer les premières recommandations destinées à favoriser la prévention en éclairant les entreprises sur le contenu de leurs obligations et sur l'esprit des contrôles à venir⁷, l'AFA élaborait son plan

(2) Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 : articles 6 à 9

(3) Dans le cadre de cet accord passé avec le département de la Justice américain, les poursuites sont suspendues le temps que l'entreprise exécute les obligations prévues par l'accord, avec menace de reprise des poursuites si ces obligations ne sont pas correctement exécutées. Le recours à cette transaction entraîne le paiement d'une forte pénalité, un engagement systématique de mettre en place ou de « renforcer » les politiques internes de conformité (compliance) et d'accepter la mise en place d'un « monitoring » en accord avec le département de la justice américain.

(4) Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 : article 22

(5) L'entreprise échappe ainsi à l'exclusion automatique des marchés publics passés sur le territoire de l'Union Européen ou par les bailleurs internationaux, notamment la Banque Mondiale.

(6) Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 : article 17-V

(7) <https://www.economie.gouv.fr/afa/contacter-lagence-francaise-anticorruption>

de contrôle et, dès novembre 2017, lançait ses premiers contrôles dans les entreprises publiques et privées.

Le temps des sanctions viendra nécessairement pour assurer l'autorité et l'indépendance de l'AFA face à l'exécutif en France, mais aussi pour assurer sa crédibilité face à ses homologues étrangers, américains notamment⁸. Michel Sapin a d'ailleurs expliqué que l'AFA avait été dotée de moyens de sanction pour « faire de la pédagogie armée » et Charles Duchaine a enfoncé le clou en déclarant : « c'est la peur du gendarme qui fera que les choses se mettront en place »⁹. Les chefs d'entreprises ne doivent avoir aucun doute sur la détermination du directeur de l'AFA.

La loi Sapin II ne fait pas disparaître le risque pénal pour les dirigeants des entreprises

Des liens étroits se sont d'ores et déjà noués entre l'AFA et le Parquet national financier (PNF). Ils existent à travers la mise en œuvre des « conventions judiciaires d'intérêt public » conclues par le PNF, mais aussi à travers l'engagement du directeur de l'AFA à transmettre au PNF les dossiers de contrôle qui laisseraient supposer l'existence d'infractions graves.

Charles Duchaine a déjà averti que l'AFA n'entendait pas se discréditer en faisant des « contrôles de façade » et que les contrôles de l'agence, sur pièces et sur place, devaient permettre de vérifier que « les dispositifs de conformité n'étaient pas cosmétiques ».

L'existence de ces liens entre l'AFA et le PNF doit rappeler aux dirigeants d'entreprise qui seraient tentés de l'oublier qu'il ne faut pas sous-estimer le risque pénal pour leur entreprise et pour eux-mêmes. Rappelons que la conclusion par une entreprise d'une « convention judiciaire d'intérêt public » ne met pas les dirigeants de cette entreprise à l'abri de poursuites pénales, en France et/ou à l'étranger.

L'évolution nécessaire des systèmes de conformité existants

Les chefs d'entreprise qui disposent d'un système de « compliance/conformité » ne peuvent s'en satisfaire. Le texte de la loi et les missions de l'AFA les mettent en demeure

de s'interroger sur l'effectivité réelle de leur dispositif de compliance, sur sa capacité à répondre aux obligations nouvelles qui pèsent sur l'entreprise et sur les évolutions des systèmes de contrôle interne et des organigrammes qu'elles sont susceptibles d'entraîner.

Ainsi, les chefs d'entreprise doivent s'assurer qu'un code de conduite « définissant et illustrant les différents types de comportement à proscrire, comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence »¹⁰ sera élaboré, introduit dans le règlement intérieur de l'entreprise et associé à un régime disciplinaire permettant de sanctionner les violations de ce code de conduite¹¹. Il s'agit là d'un exercice imposé, très éloigné de l'élaboration des chartes éthiques que nous connaissons et lourd d'un potentiel contentieux disciplinaire et judiciaire.

Pour pouvoir apporter une réponse effective à cette obligation légale, les responsables de l'entreprise concernée doivent pouvoir s'appuyer sur une cartographie des risques¹² suffisamment précise qui leur permette d'établir la liste des situations et des comportements « à risque » et de proposer à leurs collaborateurs les plus « menacés » des conduites à tenir adaptées. L'élaboration d'un tel document implique que celui ou celle qui en aura la responsabilité puisse obtenir, notamment des responsables des services commerciaux, des éléments précis et détaillés sur les procédures et pratiques en usage pour obtenir les marchés.

La place du responsable anticorruption dans l'organigramme de la société

Disposer d'un code de conduite et d'une cartographie des risques qui respectent l'esprit de la loi et répondent aux exigences de l'AFA implique nécessairement une réflexion préalable du chef d'entreprise, et plus largement du comité exécutif, sur la place dans l'organigramme de la société de celui ou de celle qui mènera à bien la réflexion sur les mesures à prendre pour répondre aux exigences de la loi Sapin II et sur l'autorité qu'il ou elle aura pour s'assurer de la mise en œuvre effective de ces procédures et de leur respect.

Le chef d'entreprise devra déterminer où se trouve le point d'équilibre entre la logique des services opérationnels et celle des services de contrôle. Il aura, en dernier ressort, à décider si le responsable « anticorruption » de l'entreprise a ou non autorité sur l'ensemble des services de l'entreprise

(8) On ne peut oublier que Michel Sapin a clairement établi un lien entre la création de l'AFA et les critiques formulées par l'OCDE et le département de la Justice américain contre le dispositif anticorruption français et l'absence de sanction par les juridictions françaises contre les entreprises françaises.

(9) Propos tenus lors de la conférence organisée en 2018 à l'université Panthéon-Assas par les responsables du D.U. « Responsable conformité », rapportés par Anne Moreaux *in Les affiches parisiennes* du 3 juillet 2018.

(10) Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 : article 17-II-1°

(11) Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 : article 17-II-7°

(12) Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 : article 17-II-3° : une cartographie des risques « prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption en fonction notamment des secteurs d'activité et des zones géographiques dans lesquelles la société exerce son activité ».

pour la définition et la mise en œuvre des mesures anticorruption qui feront l'objet des contrôles de l'AFA. Ce sera certainement un élément d'appréciation important lors de ces contrôles, d'autant que l'obligation de mettre en place un système d'alerte au sein des entreprises impose la définition claire de la chaîne hiérarchique qui aura à recevoir les « alertes », à les analyser et à en tirer les conséquences pratiques.

Le risque lié au caractère extraterritorial des législations anticorruption

Il convient de prendre la mesure du contexte international et de ses conséquences pour les entreprises et leurs dirigeants. Comme l'a fort opportunément rappelé le rapport d'information de Karine Berger¹³, la multiplication des législations anticorruption à l'étranger qui, sur le modèle du « Foreign Corrupt Practices Act » (FCPA) américain, reposent sur une conception extensive de l'extraterritorialité, fait courir un risque majeur aux entreprises françaises présentes sur les marchés étrangers, ou qui cherchent à y développer leur activité¹⁴.

Certains Etats étrangers n'hésitent pas à utiliser la lutte contre la corruption comme un instrument de « régulation » de la concurrence. Karine Berger n'hésite pas à mettre en cause, dans son rapport, les États-Unis qui ont, selon elle, développé une véritable « politique juridique extérieure » leur permettant d'imposer leur modèle, notamment lors de l'élaboration de la convention OCDE du 21 novembre 1997. Elle rappelle que l'« Agenda global anticorruption », publié en 2014 par la présidence américaine, a fait de la sécurité nationale le thème central de cet agenda et affirmé que la mise en œuvre du FCPA permettrait de lutter contre la corruption, principal facteur perturbateur sur le plan géopolitique.

Le rapport de l'Assemblée Nationale met en exergue une « volonté politique [des États-Unis] parfaitement pensée de valoriser la puissance économique américaine en faisant du droit, plus précisément de certaines législations dans le champ économique, un instrument de politique étrangère et de promotion des intérêts économiques américains »¹⁵.

Karine Berger et Pierre Lellouche rappellent qu'il est difficile pour les entreprises étrangères, notamment européennes,

de résister à la menace de sanctions administratives (retrait de licence bancaire ou exclusion des marchés américains), financière, voire pénales, ce qui les conduit presque systématiquement à accepter la transaction qu'il leur est proposée par le département de la Justice américain (DoJ). D'autant que les dossiers du DoJ sont solides et documentés. Ils sont constitués à partir des informations recueillies par l'unité spéciale du FBI, chargée de la corruption internationale, qui s'appuie elle-même sur les renseignements émanant de diverses sources : les multiples agences de renseignement, notamment la NSA et la CIA, les autorités de régulation américaine, notamment la SEC, et le réseau des « legal attache » du FBI dans plus de 80 postes diplomatiques ».

La persistance du risque de poursuites parallèles par des juridictions étrangères

La chef du PNF et Michel Sapin affirment qu'aujourd'hui le PNF et l'AFA sont en meilleure posture pour négocier avec les autorités judiciaires étrangères, notamment avec le DoJ, l'application de la règle du « non bis in idem » pour éviter les poursuites parallèles contre les entreprises françaises, comme le permet l'article 4.3 de la convention OCDE de 1997.

Karine Berger et Pierre Lellouche, qui ont eu de nombreux échanges avec les responsables américains de la lutte anticorruption, notent pour leur part que « les autorités américaines apparaissent réticentes quant à une acceptation générale, au nom du principe « non bis in idem » de l'autorité de la chose jugée de procédures judiciaires menées à l'étranger. Elles privilégient la solution des poursuites coordonnées avec des autorités étrangères... avec partage des amendes plutôt que des renoncements à poursuivre. »¹⁶En pratique, les autorités américaines semblent privilégier le rapport de force, y compris dans le cadre de la coopération.

Dans ce contexte, Karine Berger et Pierre Lellouche proposent de renforcer la loi de blocage du 26 juillet 1968¹⁷ afin d'encadrer strictement le contrôle/monitorat accepté par les entreprises françaises dans le cadre des transactions pénales avec les autorités étrangères, notamment américaines.

(13) Rapport sur « l'extraterritorialité de la législation américaine », déposé le 5 octobre 2016 par la mission d'information de l'Assemblée Nationale dont Pierre Lellouche était le président et Karine Berger la rapporteure

(14) Les exemples d'Alstom et plus récemment d'Airbus montrent que les entreprises françaises peuvent être sérieusement affaiblies et de manière durable par l'ouverture de procédures anticorruption par des juridictions étrangères. Ces procédures impliquent, outre un risque d'image dommageable et des poursuites pénales contre les dirigeants, la communication de documents confidentiels souvent particulièrement sensibles, ce qui peut entraver le développement des entreprises.

(15) Rapport sur « l'extraterritorialité de la législation américaine », page 11

(16) Rapport sur « l'extraterritorialité de la législation américaine », page 49

(17) Rapport sur « l'extraterritorialité de la législation américaine », page 78

La mise en œuvre d'un système d'alerte interne pour les entreprises d'au moins 50 salariés

Les sociétés dont les effectifs sont compris entre 50 et 500 salariés sont également concernées. Ces sociétés échappent aux contrôles de l'AFA mais leurs responsables devront maîtriser le risque de contentieux lié à une mauvaise application des nouvelles dispositions protectrices des lanceurs d'alerte.

La loi qui impose la mise en place d'un dispositif d'alerte interne¹⁸ étend cette obligation aux entreprises « d'au moins 50 salariés » et permet aux salariés de ces entreprises, mais aussi à leurs « collaborateurs externes et occasionnels » de signaler « des conduites ou des situations contraires à la loi.¹⁹

Cette disposition implique, indirectement, pour les entreprises d'au moins 50 salariés, l'obligation de rédiger de façon précise et détaillée un code de conduite énumérant les conduites pouvant donner lieu à sanction disciplinaire et les comportements à adopter pour les éviter. On peut également considérer que ces entreprises ont, comme celles qui ont plus de 500 salariés, une obligation d'information et de formation de leurs salariés, quel que soit leur statut, sur le contenu de ce code de conduite et du régime disciplinaire qui lui est associé ainsi que sur le fonctionnement du dispositif d'alerte interne qui doit être formalisé.

Vers une approche globale, pragmatique et concrète de la conformité pour se prémunir contre les poursuites

Au total, cette loi et la création de l'AFA constituent un progrès dans la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales. Elles constituent également une réelle opportunité pour les entreprises françaises qui sont présentes sur les marchés internationaux de dépasser l'approche purement formelle de la conformité pour diminuer les risques de poursuites qui se sont aujourd'hui multipliés dans le cadre de cette lutte contre la corruption.

Cette démarche est d'autant plus nécessaire que la loi Sapin II n'est pas la parade absolue face au risque de poursuites par des juridictions étrangères parallèlement à des procédures engagées sur le territoire national et que le risque pénal pour les dirigeants des sociétés visées par la loi Sapin II reste important.

Il y aurait d'ailleurs lieu de préciser le rôle que doit jouer l'AFA dans le cadre des procédures transactionnelles initiées par des autorités judiciaires étrangères, notamment s'agissant du choix des contrôleurs/moniteur et des informations transmises à ces autorités étrangères.

Ces précisions pourraient être apportées dans le cadre de la révision de la « loi de blocage » de 1968, comme le suggère Karine Berger dans son rapport d'information, qui souhaite également un renforcement des sanctions pénales en cas de non respect de la loi. Cette dernière disposition pourrait, selon elle, servir d'« excuse légale » pour les entreprises françaises face aux autorités et juridictions étrangères, notamment américaines.²⁰

Peut-être serait-il également utile que le devoir de conseil de l'AFA soit étendu aux entreprises dont les effectifs sont compris entre 50 et 500 salariés, notamment celles qui exercent une activité dans les secteurs stratégiques.

Enfin, les entreprises visées par la loi Sapin II devraient pouvoir disposer d'un « centre de ressources public » présentant et analysant les différentes législations étrangères anticorruption afin de connaître les points communs et les différences entre ces législations et la législation française ainsi que les pratiques des autorités de régulation étrangères, notamment aux États-Unis et au Royaume-Uni ■

(18) Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 : article 17-II-2° : « des procédures appropriées de recueil des signalements... sont établies par les personnes morales de droit public ou privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants... »

(19) Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 : article 8-III

(20) Rapport sur « l'extraterritorialité de la législation américaine », page 121

VERS UNE NOUVELLE GOUVERNANCE DES ENTREPRISES



Dominique LAMOUREUX

Président du Cercle d'Éthique des Affaires (CEA)

L'environnement des entreprises, comme chacun le constate, connaît de profondes et critiques transformations. Celles-ci, loin d'être simplement d'ordre conjoncturel, apparaissent comme définitivement structurelles tant d'un point de vue stratégique, qu'économique ou sociologique. Un nouvel ordre mondial est en train d'émerger, qu'accompagne une révolution technologique majeure. Ainsi, le World Wide Web bouleverse inexorablement les fondamentaux de l'influence et de la puissance en faisant passer de la verticalité du pouvoir à l'horizontalité du savoir. De surcroît, la transformation numérique, avec le Big Data ou l'Intelligence Artificielle, modifie progressivement la relation de l'homme avec ses concitoyens comme avec son environnement.

La multiplication des exigences réglementaires et l'intensification de celles portées par les parties prenantes interpellent inévitablement la conduite des affaires.

De nombreuses pratiques entrepreneuriales, courantes hier, deviennent aujourd'hui inacceptables. Tous ces phénomènes modifient de manière significative la gouvernance des entreprises.

Plus encore, les problématiques qui interrogent les citoyens du monde acquièrent une dimension planétaire, que ce soit le réchauffement climatique, les pandémies, le terrorisme, les délits financiers, les droits de l'Homme, etc. Ainsi ces questions tendent à dépasser le périmètre d'action des États-Nations dont le nombre s'accroît à mesure que les problèmes se globalisent (pour mémoire, lors de la création des Nations Unies en 1945, on comptait cinquante États, on en dénombre aujourd'hui 193).

La plupart de ces pays ont des visions électoralistes court-termistes quand ils ne sont pas plus ou moins corrompus et impotents. En outre, la crise du multilatéralisme rend difficile, voire impossible, le règlement par le droit international des multiples problèmes mondiaux. Face à

ce constat, de nombreux observateurs se demandent si la gouvernance du monde ne devrait pas être confiée aux grands groupes internationaux : ces derniers sont globaux, puissants, riches et souvent réputés efficaces. D'où l'idée de faire supporter aux acteurs économiques privés de nouvelles responsabilités, bien que l'essentiel de ces missions semble indéniablement relever de la souveraineté publique. Les initiatives préconisées dans le cadre des 17 Objectifs de Développement Durable initié par les Nations Unies s'inscrivent exactement dans cet esprit.

Or, la première raison d'être des entreprises réside dans la fourniture de produits et de services, et non dans la gouvernance du monde qu'elles peuvent au mieux accompagner avec leur programme d'intégrité. Néanmoins, il est primordial que leurs dirigeants soient aujourd'hui conscients des engagements qu'on attend d'eux, d'autant plus que des mécanismes de transparence accrue sont mis en œuvre pour garantir la réalité de ces engagements.

Il faut enfin préciser que, pendant des décennies, ces entreprises ont conduit leurs affaires dans un strict cadre national, sous le contrôle étroit d'une Administration qui fixait le périmètre de leurs actions et leurs règles de conduite. Dorénavant, les grandes firmes évoluent dans un espace stratégique globalisé aux contours indéfinis. La réponse pertinente pour faire face à ces nouveaux enjeux de gouvernance peut se trouver dans la mise en place de démarches d'éthique et de responsabilité d'entreprise, à condition de faire une distinction entre la conformité, l'éthique et la morale.

Cette dernière est un précepte universel et dogmatique, qui renvoie au « Bien » et au « Mal ». Chacun a ses propres opinions qu'il partage avec des personnes de même croyance et avec les mêmes engagements politiques. Ce sont ainsi les gouvernements, élus démocratiquement, qui sont les porteurs légitimes de la Morale.

L'entreprise n'est par nature ni «morale» ni «immorale», mais «a-morale». Elle s'inscrit exclusivement dans la sphère de la «technique» et non dans celle de la morale qui appartient à chaque individu. La conformité, de son côté, concerne le respect de la loi et les entreprises doivent s'y plier.

Entre ces deux notions se glisse celle de l'éthique qui est supra-légale et infra-morale. Dans un monde complexe en pleine mutation, la loi est parfois insuffisante et ne dit pas tout. En outre, il peut exister une grande hétérogénéité entre les législations française, chinoise, américaine, russe... Une entreprise multinationale doit intégrer ces contraintes. Il est donc, par moment, inévitable de faire des arbitrages entre ce qui est bon ou mauvais pour l'entreprise, en tenant compte des parties prenantes. Or, ce terme recouvre aujourd'hui une réalité qui va bien au-delà du simple actionnaire, en intégrant également le salarié, la société civile et les médias. Dans ce cadre, l'éthique devient alors de plus en plus importante.

Elle doit le devenir pour deux raisons. En premier lieu, car elle sert à prévenir certains comportements qui risquent de porter atteinte à l'image et à la notoriété d'une entreprise. On met quinze ans à construire une réputation et seulement quinze minutes à la détruire. Il est donc essentiel de mettre en place une politique d'éthique et de responsabilité d'entreprise pour la protéger de ces risques.

La seconde raison réside dans le fait que de plus en plus d'administrations, de clients, d'États, d'institutions, sans compter les propres collaborateurs des entreprises, demandent des engagements forts en matière d'intégrité et de comportement éthique. Certains fournisseurs refusent, par exemple, de vendre leurs produits aux entreprises ayant mauvaise réputation. Les pouvoirs publics, les organisations non-gouvernementales comme les organisations gouvernementales internationales émettent des signaux clairs en matière d'éthique et vont jusqu'à sanctionner les entreprises qui ne respectent pas l'environnement, le droit du travail, les droits de l'Homme, la propriété intellectuelle, etc. Il faut également que le consommateur soit responsable et que les gouvernements encouragent de manière significative les sociétés qui font des efforts, ce qui n'est actuellement pas le cas.

Face à ces contraintes qui sont loin d'être partagées par l'ensemble des concurrents, il importe de développer de nouvelles approches commerciales innovantes qui permettent à l'entreprise de maintenir sa compétitivité sur ses marchés. Mais il est surtout essentiel que les conditions d'une concurrence équitable soient partagées par tous les concurrents d'un secteur donné afin de créer un authentique et indispensable *level playing field*¹. C'est dans cet esprit que certains industriels ont développé des «initiatives sectorielles» particulièrement innovantes.

Dans cet environnement difficile qui impose des arbitrages complexes, l'intelligence stratégique s'impose comme une impérieuse nécessité pour les entreprises qui ont choisi l'éthique et la responsabilité dans la conduite de leurs affaires alors qu'elles doivent parallèlement maintenir leur compétitivité.

Une démarche d'intelligence économique sérieuse exige d'assurer la protection du patrimoine intellectuel et stratégique de l'entreprise face à des concurrents peu scrupuleux. Mais il est également primordial d'accroître les expertises pour cerner les attentes des clients et les stratégies des concurrents afin de parvenir à une maîtrise globale de l'environnement stratégique et de l'influence commerciale.

De même, cette influence doit intervenir dans le domaine normatif, notamment sur le vaste marché des idées qui fixe les règles de gouvernance. Ces standards ne doivent pas être l'exclusivité des organisations non-gouvernementales, des think-tanks ou des cabinets de conseils américains.

Créer une authentique intelligence collective entre les pouvoirs publics et les acteurs économiques apparaît comme une urgence conditionnant le développement et la réussite de toute politique économique et stratégique. Elle implique des coopérations public/privé, faisant appel à une confiance profonde entre tous les acteurs.

Seul un management «éclairé» de l'entreprise peut conduire à une gestion économique rigoureuse et responsable, créatrice de valeurs et tenant compte des exigences de durabilité ■

(1) Règles du jeu partagées

ENTRETIEN AVEC



Corinne LAGACHE

Senior vice-president, Group compliance officer of Safran et présidente du comité de la déontologie internationale du Medef

? **Les organisations internationales ont dénoncé la faiblesse du dispositif français en matière de prévention et de répression de la corruption. Les nouvelles contraintes réglementaires permettent-elles à la France de rehausser son niveau vers un standard international ?**

La loi Sapin II a permis à la France de s'aligner sur les réglementations anglo-saxonnes qui prédominent dans ce domaine et de répondre aux critiques formulées notamment par l'OCDE dans le cadre de son audit de « phase III ». La création de l'Agence Française Anti-Corruption (AFA), la convention judiciaire d'intérêt public, le renforcement de la protection des lanceurs d'alerte ainsi que les recommandations de l'AFA relatives au programme de prévention des risques de corruption, sont autant de points positifs pour les entreprises.

? **D'après vous, ces nouvelles obligations permettront-elles de faire face à l'extraterritorialité des lois américaines ? Et aux entreprises de se protéger des sanctions ?**

Lorsqu'une entreprise est active aux USA ou en Grande Bretagne, je ne sais pas comment elle peut se soustraire à une investigation de l'un de ces pays, sous peine de perdre la confiance des investisseurs et des marchés dans ces pays. Par ailleurs, en cas de non-coopération, l'entreprise s'expose à un risque de sanctions sur ces marchés, ce qui ne manquerait pas d'impacter son développement commercial.

En revanche, la loi de blocage que l'AFA est chargée de faire appliquer constitue une protection des données stratégiques des entreprises. Le MEDEF plaide à ce titre de s'assurer de sa bonne mise en œuvre en renforçant le dialogue entre autorités et entreprises.

? **Comment s'est opérée la prise de conscience de la part des entreprises ?**

Les entreprises qui exportent et travaillent hors de France n'ont pas attendu Sapin II pour se mettre en conformité avec

les lois applicables, notamment américaine et britannique. Les récentes lourdes sanctions qui ont frappé de grands groupes français et leurs dirigeants ont permis une meilleure prise de conscience par certaines entreprises en retard sur le sujet. L'obligation de prévention du risque de corruption par la loi Sapin II et les contrôles effectués par l'AFA contribuent également à cela.

? **Y a-t-il une forte disparité entre les organisations sur leur niveau de prévention des risques d'intégrité et sur l'efficacité des programmes de conformité mis en œuvre ?**

Il est difficile de connaître la réalité du fonctionnement d'une entreprise de l'extérieur. Cependant, j'ai remarqué que les entreprises qui avaient une structure très décentralisée, à travers plusieurs sites dans le monde, dont les activités de production et de vente sont essentiellement réalisées localement, avec peu d'exportations, font face à un défi de coordination plus important de leurs services internes pour répondre aux enjeux de prévention de la corruption.

? **Quel regard porte le MEDEF sur les enjeux restant en matière de lutte contre la corruption ? Que fait le MEDEF sur ces sujets ?**

Le MEDEF est engagé depuis plusieurs années sur le sujet de la lutte contre la corruption, y compris lors de l'élaboration de la Convention anti-corruption de l'OCDE de 1997. Le MEDEF est convaincu que ce défi de l'éthique des affaires ne relève pas seulement de l'enjeu de la conformité légale mais aussi mais la compétitivité des entreprises. C'est la raison pour laquelle le MEDEF structure son action au service des entreprises sur plusieurs plans :

1. Le dialogue avec les pouvoirs publics et les organisations internationales comme l'ONU et l'OCDE. Il vise à échanger autour des problématiques de corruption et de mise en œuvre des obligations légales. C'est dans cet esprit que le MEDEF organise avec l'Agence Française Anticorruption des ateliers de sensibilisation pour les entreprises.

2. La création de documents pédagogiques à l'instar du Guide dédié à la loi Sapin II concernant le volet anticorruption¹.

3. La participation active aux travaux de diverses instances (ex : G20/B20).

? **D'autres exigences incombent-elles à un secteur stratégique tel que celui de Safran, notamment en matière d'export control ? Cela explique-t-il le niveau de maturité du Groupe sur ces questions ?**

La conformité aux réglementations du contrôle des exportations est effectivement très prégnante dans le Groupe. Mais le programme de prévention des risques d'infractions se structure de la même manière que tout programme de « compliance », notamment celui concernant l'anti-corruption : une cartographie des risques, un engagement au plus haut niveau de l'entreprise, une charte éthique (couvrant les règles de bonne conduite sur les ventes, achat, RH, etc.), une organisation et des procédures adéquates, un programme intensif d'information et de formations, des contrôles de l'efficacité du programme pour déterminer les violations potentielles et les plans d'amélioration continue, etc.

La différence, c'est qu'en matière de contrôle des exportations, l'Etat concerné par la loi applicable à une opération nous délivre (ou non) des autorisations de transférer ou d'exporter. Concernant la prévention du risque de corruption ou de blanchiment d'argent, c'est l'entreprise seule qui doit s'assurer de la conformité de ses opérations. Pour créer un « level playing field » compétitif vis-à-vis de concurrents non conformes, les entreprises ont constitué des actions collectives pour définir des standards de conformité communs. C'est, par exemple, le cas du secteur de l'aéronautique et de la défense au travers de l'International Forum of Business Ethical Conduct (IFBEC) créé en 2009 par les grandes entreprises internationales, européennes et américaines principalement.

? **Va-t-on vers un changement de culture, notamment concernant l'approche de la corruption ?**

On perçoit bien que la corruption est considérée de plus en plus comme inacceptable dans le monde entier, principale source d'appauvrissement des populations. Ceci se reflète également du côté des entreprises. Ainsi, le World Bank Enterprise Surveys² a montré que 32,6 % des entreprises au niveau mondial identifient la corruption comme une contrainte majeure. Par exemple, en Chine, au Brésil, en Inde, en Corée du Sud, en Afrique du Sud, des scandales éclaboussent les classes politiques et les entreprises où des sanctions sont prises. Cependant, en matière de lutte contre

la corruption, ce sont toujours les entreprises qui progressent le plus vite et se substituent aux missions régaliennes des Etats. Ces derniers ne s'attaquent pas suffisamment à la corruption dite « passive » en ne réprimant pas les comportements déviants de leurs agents publics. C'est ce type de problème que les entreprises portent aux gouvernements dans des instances comme le G20, avec le groupe de travail intégrité et anti-corruption du B20, ou le groupe de travail anti-corruption du BIAC (Business at OECD) auprès de l'OCDE. Les progrès sont malheureusement très lents, ce qui continue de porter atteinte au développement des pays et des citoyens/entreprises par ricochet.

? **Concernant la due diligence : doit-elle rester internalisée ? Quelles sont les tendances ? Les entreprises bénéficient-elles suffisamment d'informations pour une prévention efficace ?**

Les *due diligences* adéquates, notamment sur les partenaires de l'entreprise, comportent toujours un volet interne et un volet externe. C'est la somme des deux qui permet d'avoir une appréciation des risques. Cependant, les investigations externes coûtent très cher car les Etats n'ont pas mis encore en place des bases de données communes, gratuites, par exemple sur les bénéficiaires ultimes des organisations. Cela pose un vrai problème pour les entreprises de taille moyenne. C'est la raison pour laquelle le MEDEF demande à nouveau, au travers du B20, aux Etats de mettre en place ces bases de données qui permettront de faciliter les efforts de conformité des entreprises.

? **L'accès à des bases de données communes changerait-il vraiment la donne ? Les exigences d'anonymisation et de pseudonymisation ne constituent-elles pas un obstacle supplémentaire à la conduite de due diligence ?**

En effet, il s'agit d'un problème de cohérence entre différentes réglementations que les autorités doivent résoudre. Il faudrait poser la question à nos autorités : comment une entreprise peut-elle satisfaire ses obligations de Know your customer (KYC) tout en respectant la RGDP ? Nous n'avons pas encore reçu de réponse satisfaisante. Les autorités des pays du G20 devaient se mettre d'accord pour constituer au moins un registre des bénéficiaires effectifs des sociétés/organisations, à l'instar de la directive 2015/849/UE du Parlement et du Conseil européen du 20/05/2015. Cela serait déjà un grand pas.

? **Les entreprises sont-elles soutenues dans leur démarche par une stratégie nationale claire ?**

Depuis plusieurs années, les autorités françaises sont plus à l'écoute des difficultés rencontrées par les entreprises

(1) <https://www.medef.com/fr/content/guide-pratique-dispositif-anticorruption-de-la-loi-sapin-ii>

(2) The World Bank Enterprise Surveys, 13 mai 2018: <http://www.enterprisesurveys.org>

sur le sujet de la conformité et, notamment, la protection contre l'extraterritorialité de certaines réglementations internationales. A cet effet, nous rencontrons très régulièrement des représentants de Bercy, du MEAE, de la justice, ainsi que l'AFA au sein du comité Déontologie Internationale du Medef. Nous saluons la qualité du dialogue avec leurs représentants. Cette coopération est nécessaire pour faire progresser l'intégrité des marchés.

? **Voit-on l'émergence d'un écosystème français en matière de conseil et de formation à même de répondre aux attentes et besoins des entreprises, et cela pas seulement en matière de *due diligence* ni d'analyse strictement juridique ?**

Pas encore suffisamment selon moi. Le marché est dominé par les anglo-saxons et il est crucial, pour la protection des activités des entreprises nationales, que des organisations de conseil et de contrôle français se développent davantage ■

Pour en savoir +

Les rencontres d'experts d'Option Droit & Affaires, « Compliance : Répondre aux nouveaux défis lancés à la France », Option Droit & Affaires - 16 avril 2018 - Propos recueillis par Marie-Stéphanie Servos.
Sur www.optionfinance.fr

La Lettre des Juristes d'Affaires, numéro 1320, 9 Octobre 2017, p.5.

ENTRETIEN AVEC



Pierre-Antoine BADOZ

Directeur de la conformité – Chief
Compliance Officer du groupe ORANGE

? Quel serait d'après vous un dispositif de *compliance* efficace ? Peut-on systématiser son application à différents secteurs et tailles d'entreprise ? Quel serait, d'après vous, le rattachement fonctionnel souhaitable du *Compliance Officer* ?

La mise en place d'un système de *compliance* efficace implique son déploiement dans l'ensemble de l'entreprise, non seulement au niveau du siège mais aussi localement, dans chacune des filiales. Pour cette raison, la dimension managériale est un point essentiel de cette fonction. Chez Orange, nous sommes opérateur dans près de 30 pays en Europe, Afrique et Moyen-Orient. De plus, notre filiale Orange Business Services, qui accompagne nos grands clients, est présente dans plus de 150 pays. Le challenge que nous devons relever est donc d'assurer l'efficacité de notre dispositif de conformité partout où nous sommes présents ainsi que dans l'ensemble de nos activités (fixe, mobile, Internet, contenus, services financiers mobiles,...).

Le périmètre de ce que l'on regroupe sous le terme de « compliance » varie grandement d'une entreprise à l'autre. Chez Orange, la *Compliance* regroupe la lutte contre la corruption, le respect des programmes de sanctions internationales (les embargos) ainsi que la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, notamment dans le cadre d'Orange Money, notre service de porte-monnaie électronique disponible sur mobile qui s'est très largement développé en Afrique depuis 10 ans. Par ailleurs, la maîtrise des deux risques majeurs que sont l'antitrust et la protection des données est pilotée par la direction juridique du groupe.

Orange est un opérateur multiservice, les problématiques sont donc multiples et complexes. Outre les services financiers mobiles, Orange assure par exemple la pose, l'entretien et l'exploitation de câbles sous-marins et propose des services d'accès à l'Internet ou de diffusion par

satellite : toutes ces activités posent des risques spécifiques de non-conformité par leurs processus particuliers, par les partenaires avec lesquels nous travaillons, par leurs périmètres géographiques, risques qu'ils convient d'identifier, de hiérarchiser et de maîtriser.

Le rôle du *Chief Compliance officer* est de définir le plan d'action global de maîtrise des risques de non-conformité et de s'assurer de sa bonne déclinaison au niveau régional et local. Il est aussi d'assurer la définition de politiques simples et claires et de processus adaptés permettant de les décliner opérationnellement mais aussi de créer des outils pratiques et opérationnels : ce sont par exemple des e-learning adéquats, une méthodologie d'évaluation (due diligence) de nos partenaires et fournisseurs ou encore notre guide pratique de gestion des conflits d'intérêts.

? Sur quels critères ou référentiels votre programme de *compliance* tire-t-il sa légitimité ? Y a-t-il eu des ajustements depuis l'application de la loi Sapin II ?

Il y a un continuum historique et juridique entre le *Foreign Corrupt Practices Act* américain, le *Bribery Act* britannique et la loi Sapin II. La promulgation de cette dernière a été l'occasion d'une révision et d'une adaptation de notre programme de *compliance* afin de nous assurer de notre conformité. En ce sens, les préconisations de l'AFA nous y ont grandement aidés. Ce travail nous a également permis d'établir des programmes de formation adaptés aux différentes populations concernées, d'améliorer la qualité de nos formations, e-learning comme présentielles, en fournissant aux personnes identifiées comme étant les plus exposées aux risques de corruption des méthodologies et des outils. Au sein même de notre communauté de *Compliance officers*, nous formons les nouveaux arrivants sur le sujet. L'écosystème des formations universitaires s'est récemment densifié en France, c'est un atout indéniable mais il serait souhaitable qu'en plus d'une approche juridique

bien évidemment indispensable, elles abordent plus en profondeur les aspects opérationnels et managériaux liés au déploiement d'un programme de *compliance*.

? **Quel constat peut-on faire du paysage français quant aux sanctions et affaires de corruption ?**

La prise de conscience se joue à différents niveaux : la sévérité des sanctions imposées par la justice américaine ainsi que les critiques répétées de l'OCDE ont amené la France à réagir avec la loi Sapin II. La création de l'AFA, l'Agence française anticorruption, qui a lancé ses premiers contrôles fin 2017 ainsi que les premières conventions d'intérêt publiques du Parquet National Financier ont accéléré la prise de conscience sur des pratiques frauduleuses qui, pour certaines, étaient légales et déductibles fiscalement jusqu'en l'an 2000 et qui sont probablement restées – bien trop longtemps – tolérées dans certaines entreprises.

Le sujet de la corruption est ainsi resté longtemps mal connu en France. Par méconnaissance ou par ignorance, ce qui apparaissait comme une certaine tolérance de l'opinion publique et du monde politique a probablement favorisé le maintien de certaines pratiques et le franchissement de la ligne rouge par certains cadres d'entreprise.

Aujourd'hui, les perceptions ont changé, d'autant qu'il n'est plus possible d'ignorer ni la lourdeur des sanctions infligées ni leurs conséquences parfois désastreuses : de grandes entreprises ont ainsi pu se retrouver fragilisées et déstabilisées, voire constituer une cible affaiblie dans la compétition économique internationale : la mise en place de programmes de conformité n'est plus une option !

? **Vous concernant : comment abordez-vous la *compliance* ?**

La première étape est de mettre en place ce que j'appelle les « briques de base » d'un programme de *compliance* : ce sont, d'une part, les politiques (anticorruption, cadeaux et invitations, prévention et gestion des conflits d'intérêts,...) et les procédures adéquates (*due diligence*, dispositif d'alerte,...) et, d'autre part, les outils qui permettent de mettre effectivement ces procédures en place et en œuvre. Mais le véritable défi consiste à déployer opérationnellement le programme et ses outils et cela dans l'ensemble de l'entreprise, dans la totalité de ses métiers, y compris dans ses filiales les plus éloignées : c'est donc un enjeu stratégique, managérial et humain qui nécessite à ce titre un engagement fort et clair de la direction générale.

? **Quelle est pour vous la qualité essentielle d'un responsable de la *Compliance* ?**

L'enjeu principal que doit relever un « Chief Compliance Officer », c'est de s'assurer que le programme de conformité de l'entreprise ne soit pas uniquement un programme « sur le papier » mais qu'il soit effectivement déployé dans toute l'entreprise, dans ses différentes activités comme dans ses

diverses géographies : de ce fait, le CCO doit non seulement connaître les fondamentaux, notamment juridiques, d'un programme de prévention de la corruption mais il doit également comprendre les réalités opérationnelles et savoir mener une transformation, culturelle et managériale, de l'entreprise.

? **Comment vous assurez-vous de l'honorabilité d'un client, d'un partenaire ?**

Nous avons plusieurs centaines de milliers de clients entreprises, de fournisseurs, de partenaires qui ont eux-mêmes leurs propres clients, fournisseurs et sous-traitants. Nous avons donc développé avec nos experts (fraude, *compliance*, achat, juridiques et représentants des divisions opérationnelles) une procédure de *due diligence* basée sur les risques potentiels associés aux types de partenaires et aux pays concernés. Cette mesure *a priori* du risque, selon une procédure simple et rapide, permet alors d'identifier le niveau de *due diligence* nécessaire. Cette procédure d'évaluation des tiers est progressivement déployée dans notre Groupe, d'abord pour les nouveaux partenaires puis pour ceux les plus porteurs de risques. Une clause *compliance* est également introduite dans nos contrats. Symétrique, elle engage Orange et son partenaire à respecter les législations anticorruption française et internationales ainsi que les programmes de sanctions économiques internationaux (ou embargos). Cette clause prévoit également les modalités d'escalade en cas de non-respect, modalités qui peuvent aller jusqu'à la résiliation du contrat. Cela constitue un élément important de sensibilisation du partenaire et c'est aussi un « *red flag* » avéré lorsque celui-ci refuse de la signer !

? **En ce qui concerne la conformité, quels sont les enjeux de la digitalisation ?**

La digitalisation représente un formidable levier d'efficacité dans le déploiement d'un programme de *compliance*, par exemple pour la formation : un e-learning permet en effet de sensibiliser plus rapidement et plus largement les collaborateurs qu'une formation présentielle, même si celle-ci reste incontournable pour former les salariés les plus fortement exposés aux risques de corruption.

La mise à disposition d'outils en ligne permet également un déploiement simplifié, une utilisation plus pratique ainsi qu'un archivage facilité : c'est par exemple le cas pour les déclarations des « cadeaux et invitations », qu'elles soient reçues ou données, ainsi que pour le recueil des alertes éthiques. Les outils de *data mining* permettent, ou plutôt permettront car nous n'en sommes encore qu'aux balbutiements, des analyses plus systématiques de certains domaines à risques. Par ailleurs, l'animation de la communauté « éthique et *compliance* » *via* le réseau social de l'entreprise représente également une piste intéressante. Mais attention, comme dans tout autre domaine, le digital ne sera pas LA solution à tous les problèmes et ne doit en aucun cas faire oublier que la dimension humaine prime et que le management est clé !

? Comment adaptez-vous vos programmes de conformité avec la diversité des activités chez Orange ?

Qu'il s'agisse de diversité des activités ou de présence à l'international, la conformité exige avant tout d'identifier et de manager les risques. Chez Orange, nous avons identifié une douzaine de domaines potentiellement à risque de corruption : chaque entité doit conduire sa propre analyse des risques afin de définir et mettre en œuvre des plans d'actions adaptés et réduire la probabilité d'occurrence des risques identifiés comme les plus importants.

Le rôle du management de chaque filiale ou entité est donc essentiel et le « *tone from the top* » délivré doit être clair et sans ambiguïté. Ceci nécessite une communication forte qui passe notamment par une présence régulière sur le terrain.

? Le groupe Orange se développe très rapidement dans des géographies à haut risque de corruption, notamment en Afrique. Quelles réponses spécifiques le groupe Orange apporte-t-il à ces risques ?

Une remarque tout d'abord : la corruption, ce n'est pas seulement dans les pays émergents ! L'indice de perception de la corruption, publiée annuellement par l'ONG Transparency International, nous montre que, bien malheureusement, aucun pays au monde n'est totalement exempt de corruption et notre programme de *compliance* doit donc être déployé dans l'ensemble des géographies du Groupe. Cela dit, ce même indice nous enseigne que le niveau de corruption et sa prévalence dans les différents

secteurs économiques varient fortement selon les pays. De fait, Orange est présent, comme opérateur ou pour accompagner nos grands clients entreprises, dans plusieurs pays à risque élevé de corruption que ce soit en Afrique, au Moyen-Orient, en Asie, en Amérique latine mais aussi dans l'Est de l'Europe.

Nous devons donc nous assurer de la bonne maîtrise de ces risques : si la démarche de prévention et notamment les briques de base mentionnées précédemment restent les mêmes, l'enjeu est de les déployer effectivement et efficacement dans toutes ces géographies. L'élément clé est bien évidemment le message du management local qui doit être sans aucune ambiguïté sur la tolérance 0 à la corruption chez Orange. Il faut également analyser les risques de corruption compte tenu de l'activité locale et des éventuelles spécificités du pays puis s'assurer de la bonne déclinaison des politiques Groupe et de nos procédures, en particulier la formation et les *due diligences* des tiers.

En conclusion, la *compliance* est un programme de maîtrise des risques de non-conformité, en particulier de corruption : c'est devenu un enjeu stratégique pour les entreprises de toutes tailles, qui présente de multiples dimensions, juridique et financière mais aussi managériale et humaine ■

ENTRETIEN AVEC

Jean-Baptiste Carpentier

Directeur de la conformité chez Veolia

? Depuis vos fonctions au sein de TRACFIN puis en tant que Commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économique à Bercy et aujourd'hui Chief Compliance Officer d'un leader des services aux collectivités et aux industriels, largement exposé à de nombreux risques, pouvez-vous témoigner de votre appréciation de l'évolution des pratiques des entreprises ?

« Etre *compliant* » pour une entreprise consiste avant tout à connaître ses risques, leur nature, leur probabilité d'occurrence et leur gravité potentielle pour pouvoir les maîtriser de façon raisonnée et proportionnée. Plusieurs « affaires » médiatiques d'actualité nous ont permis de sortir d'une logique manichéenne, autrefois assez répandue, qui consistait à avoir une lecture simpliste des organisations avec d'un côté les « bonnes » et de l'autre les « mauvaises » : la réalité est que toute structure organisée, publique ou privée, lucrative ou non, court et prend des risques, ne serait-ce que pour se développer, et est forcément sujette aux défaillances personnelles des individus qui la composent et parfois la représentent. Le risque zéro n'existe pas, ni en matière de conformité, ni en tout autre domaine ; en revanche, certains risques peuvent être inacceptables et doivent donc être réduits au strict minimum possible ; c'est le cas du risque de conformité.

Le rôle du Compliance Officer n'est donc pas de nier le risque de conformité, évidemment encore moins de le dissimuler, mais de le maîtriser au mieux sur la base des processus de formation, de décisions et de contrôles. Il me semble que l'une des questions que le Compliance Officer a le plus souvent à se poser est celle de savoir jusqu'où peuvent et doivent raisonnablement aller ces mesures de maîtrise des risques : dans ce domaine comme dans d'autres (c'est le cas notamment en matière de sûreté et de sécurité), il peut y avoir un moment où l'excès de règles, de processus et de rigidité peut créer un nouveau risque, parfois plus important que le précédent, du fait des pratiques de contournement que cela peut induire ou, plus souvent encore, d'un sentiment de fausse sécurité qui peut conduire à une déresponsabilisation et à des imprudences majeures.

En toute hypothèse, le Compliance Officer doit être autant que possible garant de la conformité organisationnelle de la structure : si certaines défaillances sont sans doute inévitables, elles doivent rester strictement individuelles, occasionnelles et surtout pas systémiques. On doit aussi toujours tirer des leçons de ces défaillances pour éviter leur renouvellement.

? Y a-t-il eu un retard français en matière de *Compliance* ?

Du côté des pouvoirs publics, il y a sans doute eu une certaine difficulté de la sphère administrative à saisir le caractère novateur de l'approche anglo-saxonne de la « Compliance » laquelle repose notamment sur une exigence de mesures préventives, alors que l'approche française, d'inspiration paradoxalement plus libérale, repose plus traditionnellement sur une sanction *ex-post* des seuls comportements déviants constatés. Force est néanmoins de constater que, même sur ce dernier point, et alors que la France a été l'un des premiers pays signataire de la convention sur la lutte contre la corruption de l'OCDE en 1997, les moyens et l'investissement de la Justice et de la Police dans ces matières sont sans doute restés insuffisants au début des années 2000 et la pédagogie vis-à-vis des acteurs économiques - français et étrangers du reste - n'a peut-être pas été à la hauteur de l'enjeu...

Une autre difficulté, commune à l'Etat et aux entreprises, réside dans l'imprécision du périmètre précis de la Conformité par rapport aux thématiques traditionnelles. Outre la variété des sujets (corruption, blanchiment, de plus en plus aussi les droits humains fondamentaux, la protection des données personnelles, les pratiques anticoncurrentielles, le respect des sanctions internationales etc...), la Conformité nécessite une approche très transversale qui se superpose à des fonctions bien installées : le juridique, l'audit et le contrôle, le risk-management, le développement durable, voire la Finance ou les ressources humaines etc... En fait, il faut bien comprendre que, souvent, la Compliance vient compléter et donner du sens à un ensemble de procédures

et de dispositifs, certes parfois insuffisants et surtout dont la cohérence pouvait être discutée, mais qui existaient bel et bien. On n'a pas attendu l'arrivée de Compliance Officers pour être conforme ! Dans ce domaine aussi, il faut faire preuve d'une certaine modestie...

Au final, il ne s'agit pas de chercher des responsabilités quelconques. Ce "retard à l'allumage" a été collectif. Il faut admettre que chaque acteur en porte une part de responsabilité mais il est trop facile de donner des leçons après coup, surtout que, sans excès de mauvais esprit, le sujet se prête facilement à des postures, voire à des calculs ou des manoeuvres dont l'enjeu réel est parfois loin d'être désintéressé...

? **Quelle place et profil du Compliance Officer ?
Quid du processus de décision face à la
multiplication des acteurs en charge de ces questions ?**

Comme je viens de l'indiquer ci-dessus, les problématiques qui relèvent de la *compliance* sont transversales et supposent que l'implication de plusieurs acteurs au sein d'une même organisation. C'est cette multiplication des acteurs et cet enchevêtrement des compétences qui nécessite une professionnalisation de la prise en compte de ces enjeux et un pilotage cohérent et de haut niveau. La tendance va de plus en plus vers une autonomisation de la fonction conformité avec un rattachement à l'instance de direction. C'est là, à mon sens, un facteur de réussite important.

Dans ce contexte, le profil idéal du Compliance Officer, me semble être surtout celui d'une personne en mesure d'entraîner l'adhésion de ses collègues : la Compliance doit être considérée, par tout le management de l'entreprise, non pas seulement comme une série d'interdits mais aussi comme un atout pour son développement et sa croissance de long terme.

? **N'est-il pas déjà trop tard ? Que faudrait-il faire ?**

Il n'est jamais trop tard surtout que, contrairement à ce que l'on veut bien parfois laisser croire, la France et ses entreprises ont des atouts majeurs notamment liés à nos traditions institutionnelles. Par ailleurs, l'enjeu est majeur pour les acteurs économiques et, en général, pour la confiance en l'économie toute entière. En France, la loi Sapin II et la création de l'AFA ont constitué de grandes avancées

pour la crédibilité du dispositif français, au plan national et international. Il faudra faire vivre ce nouveau cadre juridique et le rendre crédible, tant vis-à-vis des autorités françaises et étrangères que vis-à-vis des entreprises elles-mêmes. Le montant des amendes ou l'approche par la sanction ne doit pas être le seul critère d'efficacité. Notre capacité à peser dans les dispositifs de normalisation et dans les "bonnes pratiques internationales" compte également. J'espère voir progressivement émerger un "modèle français" de la Conformité.

Nous devons par ailleurs impérativement décloisonner le sujet de la compliance, parfois limité à une compréhension juridique. Il faut favoriser l'émergence et la visibilité de formations de référence et des travaux de recherche universitaire sur ces enjeux, assurant une approche transversale. Les entreprises ont besoin de têtes pluridisciplinaires formées aux enjeux géopolitiques, de la finance, du management du risque et de l'éthique.

? **Quels sont les risques de demain auxquels nous devrions nous préparer ?**

Avec beaucoup de prudence, il me semble que l'un des risques de demain est celui de la conformité environnementale et de la meilleure prise en compte, plus généralement, des risques liés à l'empreinte de l'entreprise et de ses activités sur les territoires et sur les citoyens. Les évolutions sont rapides en ces matières et on ne peut plus réduire la "raison d'être" de l'entreprise à son seul objet social, au sens du droit des sociétés. Les demandes des citoyens sur ces enjeux, pas toujours facilement identifiables et sans doute différentes selon les endroits et les moments, doivent faire l'objet de notre attention dans notre appréhension des risques. Les entreprises ne sont plus dans un rapport limité à la compétition entre elles, les relations avec leurs actionnaires et la régulation par l'Etat. Les associations, les ONG, les consommateurs, les salariés, l'ensemble des citoyens - via notamment le relais des réseaux sociaux - auront un rôle de plus en plus important dans ce que deviendra la Conformité de demain qui est, à mon sens, un élément essentiel du Contrat Social dans lequel s'inscrit l'entreprise. ■

ENTRETIEN AVEC



Nicolas BROOKE

Managing Director, General Counsel
for Litigation and Investigations,
Société Générale

? Quels sont les principaux risques auxquels est exposée une grande banque internationale ?

Les risques auxquels sont confrontés les établissements de crédit peuvent être classés en quatre grandes catégories. Risque de crédit ou de contrepartie, qui se matérialise en cas de défaut d'un client sur ses engagements ; risque de marché, découlant de la fluctuation de la valeur des actifs au bilan de la banque ; risque opérationnel, qui comprend notamment les risques juridiques ou réglementaires. Enfin, la dernière catégorie découle en fait de la réalisation de l'une des trois premières catégories de risques. Il s'agit du risque de réputation dont la réalisation se manifeste par une atteinte à l'image et à la perception que l'on peut avoir d'une entreprise donnée.

? Comment ces risques ont-ils évolué au cours des vingt dernières années ?

Le monde bancaire a profondément évolué depuis la crise de liquidité qui a débuté en 2007, menant à la faillite de Lehman Brothers à l'automne 2008. Les pouvoirs publics ont estimé que le système financier ne pourrait surmonter cette crise qu'au prix d'une transformation profonde de son profil de risque, de ses pratiques et de son cadre réglementaire. Ainsi, ont notamment été adoptés à la fin de l'année 2010 les accords de Bâle III dont l'objet est de favoriser la stabilité financière en imposant aux banques un niveau de capitaux propres et des normes de liquidités plus sévères. Aux Etats-Unis, la loi Dodd-Frank de 2010 a encadré les activités spéculatives pour compte propre des banques d'investissement. En Europe, l'Union bancaire a été créée afin de renforcer la surveillance des grands établissements bancaires et de gérer leur faillite éventuelle. En plus du renforcement constant de leurs contraintes réglementaires, les banques ont également dû faire face à une augmentation importante des contentieux post-2008, et des enquêtes pénales ou réglementaires menées à leur rencontre, notamment par les autorités américaines, se

soldant par le paiement d'amendes parfois sans précédent. On s'accorde à dire que le « risque de conformité » a pu représenter la principale zone de risque à laquelle sont confrontées les banques.

? Comment cette évolution des risques a-t-elle été appréhendée par le secteur bancaire et financier ?

Cette évolution de leur profil de risque a provoqué une transformation culturelle au sein des grands établissements de crédit, qui a pour objet de répondre aux attentes de la société en matière d'éthique et de moralisation de la vie des affaires. Cette transformation passe par l'adoption de nouveaux modèles de leadership, de codes de conduites internes robustes et de programmes de mise en conformité ambitieux en matière de lutte contre le blanchiment ou la corruption notamment.

? A la lumière d'un certain nombre de sanctions record prononcées contre des banques (notamment françaises), l'adaptation aux risques par le secteur bancaire est-elle suffisamment proactive ?

Les dossiers en question sont relatifs à des faits souvent très anciens, qui se sont produits dans un contexte totalement différent de la réalité actuelle, qui, comme nous l'avons dit, se caractérise depuis plusieurs années par une transformation en profondeur du modèle bancaire d'un point de vue éthique, culturel, et *compliance* ■



Thomas COURBE

Directeur général des entreprises (DGE)

? Comment interprétez-vous l'abandon de la terminologie IE au sein du service ? N'est-il pas révélateur d'une stratégie économique essentiellement défensive et axée sur les enjeux de protection ?

L'intelligence économique recouvre un certain nombre de concepts qui sont de fait au cœur de notre politique. Je pense tout particulièrement à la collecte, au traitement et à la diffusion, sous certaines conditions, de l'information stratégique, et surtout à son exploitation à des fins de protection de nos entreprises, et des intérêts économiques essentiels de la Nation. Information stratégique et sécurité économique sont bien les deux piliers solidaires de notre politique. Notre efficacité dans la préservation des actifs économiques stratégiques dépend très directement de notre capacité à optimiser la gestion de l'information stratégique. Symétriquement, l'information stratégique prend toute son importance dans l'action, de prévention ou de remédiation, qu'elle est susceptible de déclencher.

Je revendique pleinement l'objectif de mise à niveau de notre appareil de sécurité économique, tel que vous l'entendez, sous l'angle de la protection des entreprises françaises et des intérêts de la Nation. Les transformations en cours sur notre politique de sécurité économique visent précisément à adapter notre dispositif aux nouvelles menaces qui affectent nos entreprises, dans un contexte où les autres grands ensembles économiques mettent en œuvre des stratégies de puissance. C'est une pièce essentielle de la stratégie économique globale du Gouvernement, qui est une stratégie de reconquête de la compétitivité et de la souveraineté économiques de la France.

Cette stratégie a un volet offensif, complémentaire du volet « protection », qui passe par la promotion active des leviers d'influence économique de la France dans la compétition internationale, par le biais des normes ou des meilleures pratiques qui différencient positivement nos entreprises. Sur ce volet, le SISSE continuera à apporter son concours aux

autres directions de Bercy et aux autres ministères chargés directement du soutien aux entreprises à l'international.

? Le rattachement du « Service de l'information stratégique et de la sécurité économiques – SISSE » auprès du ministère de l'économie vous paraît-il toujours pertinent ?

Plus que jamais ! La fusion des fonctions de Directeur général des entreprises et de Commissaire et le rattachement du SISSE à Bercy sont des signaux forts que la sécurité économique et la politique industrielle doivent aller de pair, de même que la souveraineté économique et la compétitivité sont les deux faces de la même pièce. Je souhaite que nous intégrions dès la conception de nos politiques sectorielles, dans l'industrie comme dans les services, une analyse systématique des enjeux de sécurité économique et de souveraineté. La sécurité économique est une priorité qui doit irriguer l'ensemble de notre politique économique, sans excès, car les investisseurs étrangers sont les bienvenus pour créer de l'emploi en France, mais aussi sans naïveté, car une politique industrielle et de services qui ne ferait qu'accroître notre dépendance technologique à long terme sur des segments stratégiques de notre économie serait un échec. La digitalisation croissante des produits et des usages, dans de nombreux secteurs comme l'industrie manufacturière, pose un vrai défi à cet égard.

? Concernant la loi PACTE, proposée par le Ministre Bruno Le Maire, pensez-vous que les mesures qui y sont présentées répondent de façon plus opérationnelle aux besoins des entreprises ?

Tout à fait ! Le projet de loi PACTE, adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 9 octobre dernier, comporte des mesures concrètes pour lever les obstacles que rencontrent nos entreprises à toutes les étapes de leur développement, de la création à la transmission.

La création des entreprises sera simplifiée notamment grâce à la mise en place d'un guichet unique électronique permettant les créations d'entreprises en ligne sur une plateforme unique et grâce à la création d'un registre général dématérialisé, permettant de simplifier les démarches administratives et de supprimer les coûts redondants.

Le projet de loi lèvera par ailleurs les obstacles à la croissance des entreprises grâce à une réforme en profondeur des seuils d'effectifs : ces derniers seront regroupés autour des niveaux de 11, 50 et 250 salariés, les modes de calcul des effectifs seront harmonisés et un délai de cinq ans sera institué pour répondre aux obligations : un seuil ne sera considéré comme franchi que s'il a été atteint pendant cinq années consécutives.

Plusieurs dispositifs du projet de loi permettront par ailleurs de diversifier les sources de financement de nos entreprises : réforme de l'épargne retraite, renforcement du rôle de l'assurance-vie dans le financement de l'économie, simplification de l'accès des entreprises aux marchés financiers, développement de l'émission des actions de préférence, etc.

Le projet de loi contribuera par ailleurs à améliorer l'attractivité des PME pour les profils qualifiés via notamment le développement de l'épargne salariale : le forfait social sera supprimé sur les sommes versées au titre de l'intéressement pour les entreprises de moins de 250 salariés, ainsi que sur l'ensemble des versements d'épargne salariale pour les entreprises de moins de 50 salariés ; des accords-types négociés au niveau de la branche, et adaptés au secteur d'activité, faciliteront le déploiement de ces dispositifs dans les PME.

Enfin, le projet de loi prévoit plusieurs mesures pour mieux protéger les inventions des entreprises françaises (renforcement de la protection offerte par le certificat d'utilité et création d'une procédure d'opposition, permettant aux tiers de déposer un recours administratif auprès de l'INPI) et simplifier le parcours des chercheurs souhaitant créer ou participer à la vie d'une entreprise, ce qui permettra de développer les liens entre la recherche publique et les entreprises et de renforcer ainsi le potentiel de valorisation de la recherche publique.

? **Concernant les dossiers d'investissements étrangers, les entreprises françaises vous paraissent-elles particulièrement ciblées ? Qu'il s'agisse de grands groupes, comme Alstom ou Alcatel ou de PME, d'ETI ou de pépites technologiques, quelles sont dorénavant les erreurs à ne pas reproduire ?**

Les investissements étrangers représentent souvent un relais de croissance et de valorisation pour nos entreprises et un vecteur de création d'emplois en France. C'est pour cela que le Président de la République a impulsé une nouvelle stratégie d'attractivité. Dans cette perspective, nous ne pouvons que nous féliciter du regain d'intérêt pour la France comme terre d'attraction pour le développement industriel et numérique.

Pour autant, il nous faut concilier cette ouverture avec la préservation de notre souveraineté économique. C'est un subtil équilibre à trouver, et pas seulement au cas par cas, au détour de l'examen des dossiers d'investissements étrangers en France. Nous devons plus généralement être en mesure d'identifier les actifs les plus stratégiques et d'organiser le maillage qui nous permettra, collectivement, autour du SISSE, avec l'ensemble des services de l'Etat concernés, de détecter les menaces et les vulnérabilités le plus en amont possible, pour pouvoir agir efficacement, avec la palette d'outils dont nous disposons. Le décret de contrôle des investissements étrangers (IEF) est un instrument parmi d'autres au service de cette politique, et le Ministre de l'économie et des finances a justement souhaité le renforcer, à travers la loi PACTE et le nouveau décret IEF.

Très concrètement, l'objectif qui doit nous guider est que toutes les informations stratégiques qui intéressent nos entreprises les plus sensibles convergent en temps utile, quelle que soit leur provenance, vers le SISSE, qui joue le rôle de vigie et a pour responsabilité d'orchestrer la réponse, en lien étroit avec le SGDSN. Ainsi énoncé, le principe paraît assez simple, mais dans la réalité il s'agit d'un vrai chantier opérationnel, où chacun doit se mettre au service du collectif. Partage de l'information, anticipation, réactivité : il n'y a pas d'autres recettes pour une politique de sécurité économique pleinement efficace. Nous sommes en train de nous organiser en ce sens, avec une vigilance particulière sur les petites entreprises technologiques, innovantes et à fort potentiel de croissance, qui sont traditionnellement plus difficiles à détecter et à accompagner.

? **Comment rester attractif pour les investisseurs étrangers sans se faire piller ? La capacité de blocage du bureau Multicom et la procédure IEF à Bercy vous paraît-elle optimum ? Quelles seraient les pistes d'améliorations ?**

Attractivité et protection des attributs essentiels de notre souveraineté ne sont pas antithétiques. La France est un pays ouvert et une terre favorable aux investissements étrangers. Ces derniers, dans leur immense majorité, sont vecteurs de croissance et de création d'emplois et ne soulèvent pas de problème particulier du point de vue de nos intérêts stratégiques. Je peux vous assurer que la DGE veille, en bonne intelligence avec nos collègues du Trésor, à ce que les risques en termes de sécurité et de souveraineté économiques soient parfaitement analysés et pris en compte pour chacun des dossiers et que la réponse proposée au Ministre soit proportionnée aux enjeux. Ce n'est d'ailleurs pas blanc ou noir. Dans de nombreux cas, le principal enjeu est de négocier avec l'investisseur des garanties robustes de sa part pour la protection des sites, ou des informations sensibles, dans la durée. Il nous faut nous assurer que ces engagements sont suffisamment ambitieux, clairs et mesurables, pour que nous puissions en aval en vérifier la mise en œuvre. C'est une nouvelle responsabilité confiée au SISSE par le décret 2008-818 du 28 septembre 2018 ■

INTERVIEW CROISÉE AVEC



Alain JUILLET

Président de l'académie de l'intelligence économique et consultant international



Philippe CLERC

Président de l'association internationale francophone d'intelligence économique et conseiller expert en prospective internationale à CCI France

? Vous venez de publier avec le professeur Henri Dou un ouvrage écrit à trois mains qui s'intitule « L'intelligence économique du futur ». Qu'est-ce qui a motivé cet ouvrage ?

AJ. 15 ans après sa relance officielle, l'intelligence économique est à redécouvrir car elle n'a fait, en dépit des efforts des uns et des autres, que se reproduire au fil des années sans évolutions marquantes. La plupart des grands groupes avec leurs moyens financiers ont développé leurs propres activités dans ce domaine. Mais, au niveau des programmes nationaux de recherche et développement et des PME/PMI, elle n'a pas pris la place qui aurait dû être la sienne. Pour des raisons multiples, on a privilégié la défensive et les problèmes de sécurité au détriment de la prospective, la stratégie, la connaissance géopolitique de l'entreprise et les institutions. Il faut changer notre mode de pensée et replacer l'intelligence économique dans le contexte moderne de l'information et de son exploitation stratégique s'appuyant sur les possibilités du numérique. A l'heure du big data et des algorithmes c'est le moyen d'y voir plus clair, de développer une vision constructive et partagée, et créer un véritable levier pour le développement économique et industriel.

Sachant que le monde de demain sera incertain, il faut être capable de prévoir et d'analyser les crises en explorant le futur pour mieux agir au présent. Il est temps de briser les routines et le confort de l'existant pour déboucher sur l'action en privilégiant la capacité anticipative. C'est d'autant plus important que cette discipline a de plus en plus d'adeptes dans les principaux pays de la planète en y incluant les pays émergents ou en voie de l'être. La

naïveté n'est plus de mise et la passivité défensive doit se transformer en volonté offensive d'utiliser tous les moyens légaux et toutes les techniques les plus performantes pour faire la course en tête. L'intelligence économique est donc à redécouvrir dans une autre lecture et c'est le but de ce livre.

PhC. En effet, une paresse intellectuelle s'est installée et notre cuirasse pleine d'accros a fini par rendre notre « intelligence aveugle ». Redondances, routines et mimétisme d'experts ont conduit au pire des défauts aujourd'hui : l'absence d'innovation. Nous pensons ici aux innovations méthodologiques, organisationnelles, aux innovations en matière « d'agir stratégique ». Il nous a semblé indispensable de reprendre le chemin du nécessaire « écart critique » au regard de nos pratiques devenues inopérantes. Nous avons profité d'un enseignement que nous conduisons ensemble, avec Henri Dou, depuis 3 ans à l'université de Corte sur le thème de l'intelligence économique adaptée aux stratégies territoriales pour croiser nos expériences et nos regards. Notre objectif a été une mise en débat, enrichie par des échanges réguliers, conduits depuis des années avec des praticiens étrangers, notamment au sein de l'Université ouverte de Dakhla, dont nous sommes membres fondateurs.



? Quelles sont les grandes ruptures géopolitiques qui ont rendu obsolète la démarche d'intelligence économique déployée depuis les années 90 par les entreprises et par l'Etat ?

AJ. Le monde est en complète recomposition. Il faut le reconnaître et admettre que la France comme les autres grands pays traditionnels européens sont en train de

perdre pied. L'Inde vient de nous remplacer comme 5ème puissance mondiale et les projections des experts nous font disparaître des 10 premières avant 2050. Ce n'est pas une raison pour baisser les bras car nous avons un vrai potentiel qu'il faut savoir exploiter. Mais ceci implique une volonté, du réalisme et une capacité de remise en cause qui repose sur une connaissance optimale de l'environnement proche et éloigné dont nous subissons l'influence.

Le monde bipolaire de la plus grande partie du siècle dernier s'est transformé à la surprise générale en un monde multipolaire dans lequel chaque pôle a ses attentes et ses exigences spécifiques, ce qui bouleverse les rapports de puissance et les équilibres économiques. Les changements technologiques constants, les évolutions climatiques et environnementales, ainsi que la démographie bousculent et précipitent les ruptures. La mondialisation accélère la montée et l'arrivée au pouvoir de nouvelles puissances industrielles avec leurs entreprises, leurs services, leurs réseaux d'expertise et leurs capacités d'influence. Le développement de l'information et de sa circulation quasi instantanée apporte un niveau de connaissance inimaginable il y a simplement vingt ans, qui impacte l'individu, renforce ses capacités et multiplie ses exigences. Pour affronter cette mutation brutale, les très grandes puissances ont changé de stratégie et remettent en cause les structures et les accords internationaux qui ne les avantagent plus dans la compétition mondiale. Cette situation rend d'autant plus indispensable le besoin d'intelligence des situations s'appuyant sur de nouvelles grilles de lecture et de nouveaux outils pour entrer « en puissance » dans ce nouveau siècle.

Face à cette évolution et pour la comprendre, il est plus que jamais nécessaire d'inventer et de construire de nouvelles grilles de lecture. Il convient de se doter des capacités d'intelligence collective des nouvelles dynamiques, des organisations, des menaces, des opportunités que porte le siècle. Avec l'aide de la prospective il faut voir loin pour anticiper, décider et agir sous peine de disparaître d'un monde qui ne nous attend pas pour avancer.

PhC. Au-delà du débat qui a cours sur le choix d'une lecture du monde géopolitique ou géoéconomique, il faut bien constater que le monde devient chaos. La logique qui prévaut semble être celle de « la diffusion de puissance » plus que celle de « la transition » d'un fort à un plus fort, images chères à Joseph Nye. Un des échiquiers sur lequel se jouent les affrontements entre risques et menaces se définit par des dynamiques d'acteurs et d'événements se diffusant hors du contrôle des Etats ou des organisations régionales ou internationales. L'intelligence économique des Nations s'estompe. Le transfrontalier devient déterminant. Comment y reprendre de l'influence, du pouvoir ? Quelles intelligences mobiliser dès lors, quel savoir concevoir pour l'action ?

? **Vous prônez donc l'évolution vers « une nouvelle intelligence économique et stratégique ». Quels en sont les enjeux pour les entreprises ?**

PhC. Il s'agit d'urgence de se réappropriier, voire de réhabiliter ce que nous appelons « la fonction information » (recherche, utilisation, interprétation multidisciplinaire et multiculturelle), cette fonction qui s'appuie désormais sur l'intelligence augmentée du big data, de l'open data et de l'intelligence artificielle. Par ailleurs, nous sommes convaincus qu'il faut d'urgence répondre au « vide stratégique » décrit par Philippe Baumard, c'est-à-dire à l'absence de pensée stratégique, par une appropriation de l'« agir prospectif ». Y compris lorsqu'il s'agit d'intelligence de situations locales, plus aucune démarche d'intelligence économique et stratégique ne peut faire l'économie d'une intelligence du monde et d'une vision à long terme. A plusieurs reprises ces derniers temps, les observateurs ont alerté sur la très faible culture géopolitique de nos chefs d'entreprise.

Lorsqu'en 1994 le groupe Martre formalisait la conception française de l'intelligence économique et stratégique s'engageaient déjà les prémices de la révolution numérique que nous connaissons aujourd'hui. Mais, au fond, le temps était donné aux entreprises de mobiliser l'intelligence et les organisations nécessaires à leurs stratégies, nécessaires à l'anticipation des réactions rivales. Aujourd'hui, le temps réel et l'inconnu dominant. Nous entrons dans un monde dominé par les ruptures simultanées et systémiques comme autant de crises. La « grande transformation » à la fois des modes de production, des chaînes de valeur mondiales, des organisations industrielles et des modes de consommation imposent aux chefs d'entreprises de repenser, voire de réinventer leur démarche d'intelligence stratégique. Question : quelle intelligence mobiliser afin de prévenir et anticiper « les processus d'innovation foudroyante » ? Ces innovations qui émergent moins des entreprises que de « tiers lieux » ou de rencontres informelles, mais hypercréatives, sont nées de l'univers numérique et des applications de services innovants. Elles ont le pouvoir de déplacer des centaines de milliers de consommateurs sur un produit et un service et de créer la « mort subite » des concurrents. Elles sont indétectables et définitivement disruptives. Les stratégestes américains déstabilisés par ces situations ont volontiers répondu par la définition de nouvelles compétences, celles de « diseurs de vérité » prônant la « divination stratégique ». Les chefs d'entreprise français ont évoqué leur recherche de « visionnaires ». Mais déjà d'autres défis se profilent pour les entreprises. Au moment où notre ouvrage paraît, le stratégeste américain Richard d'Aveni publie « the pan-industrial revolution ». Un ouvrage qui vient conforter notre initiative. Il annonce à 20/30 ans l'avènement de géants pan-industriels dominant les marchés mondiaux. Leur pouvoir repose sur la « superconvergence » des technologies issues de l'impression 3D liée à des plateformes industrielles. Elle va donner naissance à des

écosystèmes mondiaux s'affrontant à travers leurs sphères d'influence. Conséquence : une concurrence en temps réel et plus intense, mais aussi collective au sein de nouveaux écosystèmes dominés par ces géants ; une concurrence par sphères d'influence interposées dans une économie-monde au sein de laquelle les frontières entre marchés, entre secteurs ont disparu. Il convient déjà de penser l'intelligence nécessaire pour survivre en stratégie dans un tel univers à venir.

AJ. Dans la concurrence moderne, chaque faiblesse est mortelle car tous les compétiteurs sont d'un niveau proche. Pour réussir, il faut gommer ses faiblesses et développer ses points forts par rapport aux concurrents et à l'environnement ce qui suppose de les avoir parfaitement identifiés. C'est le rôle de l'intelligence économique.

? **Vous relevez la faiblesse de l'intelligence territoriale en France. Quels sont ici les enjeux de l'intelligence économique et stratégique revisitée ?**

PhC. L'intelligence territoriale est une innovation française. Elle est progressivement devenue la simple déclinaison de la politique publique nationale d'intelligence économique à l'échelle locale, des régions, des départements, des bassins de vie et d'activité. Elle a progressivement été vidée de tout sens stratégique. Il est à craindre que la superposition de schémas à caractère stratégique, tels que le SRDii ou la Spécialisation intelligente des territoires, alimentent « le vide stratégique ». A peine écrits et publiés, la mondialisation et ses champs de force entraînent en lice et rendaient leurs plans d'action inopérants. Or, les facteurs géopolitiques et géoéconomiques entrent en force dans la dynamique de développement des territoires et nous incitent à revisiter les stratégies de développement local, les outils et les démarches de diagnostic et d'anticipation au service de leur développement et de leur positionnement. Les défis sont liés aux effets de la mondialisation, des flux migratoires et la dynamique des mégapoles qui « progressivement agrègent les territoires » en gommant leur dimension collective et leur identité. Il nous a semblé pour redonner vie à la démarche d'intelligence territoriale d'entrer en stratégie et de reconsidérer son contenu, son arsenal, d'interroger le futur. Avec le CESER de la région PACA qui a publié un avis éclairant sur cette question, nous considérons l'intelligence territoriale et plus précisément régionale comme une approche managériale concentrant expertise et prospective – capacité d'analyse et mobilisation de compétences interdisciplinaire aptes à résoudre les problématiques complexes. Nous l'entendons comme une forme d'intelligence collective qui doit contribuer à piloter les stratégies de territoire dans une vision systémique de développement durable et de sécurité globale basée sur une intelligence de « l'esprit des peuples ».

AJ. L'intelligence économique est une méthode et une discipline dont les principes sont immuables mais qui doit être adaptée à chaque problématique. L'intelligence

territoriale en est une application efficace qui a été développée en France à l'initiative du Préfet Pautrat. C'est le support le plus efficace pour les PME/PMI et les ETI.

? **La France a innové dès 1995 dans le champ des politiques publiques en créant une politique publique d'intelligence économique. Celle-ci a subi de nombreux avatars entre avancées et remises en question. Quelle est votre vision du présent et votre vision du futur ?**

AJ. Par rapport à d'autres pays européens nous avons fait beaucoup dans la promotion et la formation de cette discipline. Nous avons développé une approche inspirée par d'autres en contribuant à son enrichissement contextuel et méthodique. Nous en avons approfondi certains aspects à chacune des étapes de l'évolution organisationnelle des services chargés de sa gestion dans l'administration. Mais cela n'est pas suffisant. A l'heure où la coopération public-privé fonctionne à plein régime chez tous les leaders mondiaux, nous n'avons pas réussi à transformer l'intelligence économique en un état d'esprit partagé par tous. Nous refusons toujours de considérer que nous sommes rentrés dans une guerre de l'information qui est une des composantes de cette compétition mondiale exacerbée, que certains considèrent comme une guerre, dans laquelle les morts au combat sont remplacés par les entreprises qui ferment et les gens qui partent au chômage.

Aujourd'hui, si l'on veut gagner il faut savoir interpréter efficacement son écosystème pour piloter sa stratégie, comprendre celle de ses concurrents et partenaires et plus largement de l'ensemble des parties prenantes. Il faut être capable de détecter les évolutions des nouvelles chaînes de valeur des filières, de suivre et d'anticiper les tendances des consommateurs, de comparer les meilleures pratiques, de repérer les signaux faibles de rupture technologique ou d'émergence d'une stratégie, de recomposer le profil culturel des organisations concurrentes, d'analyser les stratégies des pôles de compétitivité, d'entrer en interaction avec l'environnement économique. Seule l'intelligence économique permet d'avoir un mode d'interprétation efficace, de mobiliser des outils de recueil et d'analyse adaptés à chaque situation et donner un sens à cet environnement et à ses transformations. Cette capacité est multipliée par le potentiel de données offert par le big data et les nouveaux outils de veille, recueil et analyse qui accélèrent et simplifient le cycle de l'information. Nous avons tous les éléments pour faire une rupture innovante dont les entreprises et l'administration française seront bénéficiaires

PhC. Pour comprendre et entendre, nous avons porté notre regard sur la diversité des cultures de la stratégie dans le monde, ainsi que sur la dynamique des communautés de pratique de l'intelligence économique, notamment en Afrique. Nous avons constaté la priorité donnée à l'intelligence stratégique, ainsi que la renaissance de l'esprit et des pratiques prospectives. L'innovation doit, chez nous,

prendre à nouveau le pouvoir, afin de refonder une politique publique ambitieuse, ouverte, offensive.

? L'insécurité économique règne en maître. Quels sont les enjeux de la nouvelle sécurité économique ?

AJ. La sécurité est un des trois grands domaines de l'intelligence économique. Elle commence par la définition en interne à chaque organisation de ce qu'il faut réellement protéger et de son degré d'importance. Ensuite, il faut adapter l'ensemble de ses outils aux exigences d'une sécurité efficace en interne et en externe. Aujourd'hui, la sécurité physique et la sécurité matérielle se gèrent avec les systèmes de contrôles et de télésurveillance utilisés par des opérateurs formés à cet effet. Le principal problème est essentiellement celui de la sécurité du patrimoine immatériel car c'est lui qui risque de créer les plus gros foyers de perte dans l'entreprise. Il faut détecter les attaques d'influence, sachant qu'avec le temps qui passe une rumeur devient une réalité virtuelle, et les manipulations de l'image des dirigeants, des produits ou de la société par des concurrents, des groupes de pression

ou des ONG. Il faut bloquer les attaques cyber en tout genre qui pénalisent l'entreprise, que ce soit au niveau des brevets, des fichiers clients, de la recherche ou du fonctionnement industriel. Il faut sécuriser les systèmes informatiques et développer leur capacité de résilience par la gestion de crise en anticipation. Il faut également veiller à être toujours à jour au niveau des corrections de failles identifiées et de fermeture de « back doors ». Enfin, il faut retenir un principe essentiel pour le numérique : la sécurité s'exerce et se met en place en amont pour empêcher toute entrée.

PhC. L'intelligence économique du futur nous oblige à penser autrement, à penser le complexe par exemple dans une démarche holistique nourrie. Ainsi, l'intelligence des risques et des crises, aujourd'hui systémiques, devra progressivement s'inscrire dans une démarche de sécurité globale intégrant le spectre large des risques – climatiques, cyber, terroristes, sociaux, économiques – avec des stratégies de résilience prospective visionnaires ■

RELATIONS POLICE – POPULATION



Jacques de MAILLARD¹

Professeur de science politique à
l'Université de Versailles Saint-Quentin,
directeur-adjoint du CESDIP

? Quel est l'impact des manifestations récentes sur la doctrine du maintien de l'ordre ?

Nous sommes dans une phase spécifique, tournée vers l'affrontement qui est liée à la difficulté d'adapter la doctrine du maintien de l'ordre pour répondre à des protestations collectives ne répondant pas aux codes habituels. Cet épisode de violence met à l'épreuve l'emploi des forces sur les questions de maintien de l'ordre traditionnel, sur l'évolution de la doctrine.

Les événements récents, en lien avec le mouvement des gilets jaunes, ont montré que nous étions dans une forme exacerbée d'oppositions, samedi 1er décembre 2018, 10 000 manifestants dont un tiers étaient violents. Ces affrontements ont été dans l'histoire récente l'un des moments les plus intenses 125 blessés dont 25 des forces des forces de l'ordre, plus de 400 interpellations, plus de 1000 grenades de désencerclement, (soit plus que sur l'année 2017 dans son ensemble). De ce point de vue, la gestion des manifestations du samedi 8 décembre, avec un dispositif massif et plus proactif (avec notamment des interpellations et gardes à vue très en amont de la manifestation) semble avoir pu jouer un rôle de prévention à Paris, même si le niveau de dégradations matérielles reste très important, à Paris comme en province d'ailleurs.

Traditionnellement le maintien de l'ordre repose sur la maîtrise de l'encadrement des foules, sur le dialogue, la négociation, et sur l'utilisation de la force en dernier recours. Les gilets jaunes sont sortis de ce registre, ils se sont exprimés par la violence, rejoints par des groupes très politisés, dans des lieux sur lesquels on ne les attendait pas et sans porte-parole avec lesquels négocier. Cela pose la question des moyens utilisés par la police pour adapter ses dispositifs de maintien de l'ordre, des savoir-faire établis du maintien de l'ordre face à des situations inédites.

? Qu'est-ce que cette situation inédite nous dit de la relation police-population ? Peut-on comparer la relation police-Nation à la relation armées-Nation ?

Les policiers doivent conserver des modes d'actions qui reposent sur des normes de déontologie dans un contexte de tension extrême. Ils doivent interpellier en respectant les règles de droit. Ils doivent protéger les bâtiments publics et privés, tout en faisant un usage retenu de la force. Tout ceci nous renvoie à toute la difficulté du travail policier, « mal nécessaire » des démocraties : usage de la force au service de la protection des individus et de l'ordre politique. Tout l'art de l'action policière repose sur cet équilibre : maintenir l'ordre et protéger les biens et les individus tout en faisant un usage proportionné et justifié de la contrainte physique.

C'est ici que l'on retrouve toute l'ambivalence de la relation police-population. Les moments de crise renforcent des visions manichéennes, soit d'oppositions radicales (du genre « all cops are bastards »), soit de fusion (« je suis policier »). Rappelons la période 2015-2016 : début 2015, après l'attentat de Charlie Hebdo on a pu observer des manifestations de soutien à l'égard de la police, quelques mois après les manifestations autour de la loi travail ont inversé les rapports. On a eu l'impression qu'une haine anti-flic ressurgissait. En fait, aucune des deux visions n'est juste et l'actualité nous conduit trop souvent à balancer de l'un à l'autre. Quand on regarde les différentes études d'opinion, il apparaît que le niveau de soutien (confiance, légitimité ou opinions positives) dans la police est relativement élevé : entre 70 et 80 %. En revanche, il existe une part de la population manifestant des opinions hostiles, et l'un des enjeux est que c'est justement avec ces individus que les policiers sont souvent en relation. C'est là sans doute une différence majeure avec les militaires, malgré l'opération sentinelle : ces derniers n'entretiennent au quotidien que peu de contacts avec les citoyens, avec le lot de situations conflictuelles que cela peut impliquer.

(1) CESDIP, Centre de recherches sur le droit et les institutions pénales.

? Quel est alors plus généralement l'état des relations police-population ?

Rappelons donc que le taux de satisfaction vis-à-vis de la police est relativement élevé par rapport à celui relatif à la justice ou aux acteurs politiques. Dans l'ensemble, les français ont une bonne image de la police. Pour autant, on sait que d'un côté les policiers ressentent difficilement le fait d'être mal-aimés par le public. On sait aussi que les modes d'intervention policiers dans certains quartiers posent question, avec une police à la fois trop absente au quotidien et intervenant de façon trop ponctuelle, massive, voire violente. Il existe d'ailleurs chez les habitants des quartiers dits « difficiles » des personnes qui, malgré de nombreuses victimations, ont cessé de porter plainte, non pas seulement par craintes des représailles, mais aussi parce qu'elles ne croient plus dans la capacité des institutions à régler leurs problèmes. Il y a un vrai enjeu d'ajustement de la réponse policière. Rappelons aussi que les chiffres comparés ne sont pas très favorables aux polices françaises. L'enquête sociale européenne (European social survey) conduite en 2010-2011 dans vingt-huit pays comporte une série de questions autour de la confiance dans les institutions pénales : la France se classe 13ème sur 20 pour les opinions positives suite à un contact à l'initiative de la police ; 14ème sur 20 pour l'appréciation du caractère impartial des décisions des policiers ; 19ème sur 26 pour le traitement respectueux des personnes.

Il y a donc un enjeu central de la qualité du travail policier. La question des contrôles d'identité est emblématique de ces enjeux : leur nombre, trop important et trop ciblé sur certaines populations, pose question. La réforme annoncée de la police de sécurité du quotidien semble annoncer des pistes intéressantes de ce point de vue (en insistant sur les partenariats locaux et la décentralisation interne des responsabilités), mais il est encore beaucoup trop tôt pour en juger, et je n'ai pas encore vu d'évaluations réelles se mettre en place.

? Pensez-vous qu'il faudrait réformer le système policier français, en augmentant les effectifs des polices municipales ?

La France se distingue des autres pays européens équivalents par une forte centralisation. Même les autres pays de tradition napoléonienne, comme l'Espagne ou l'Italie, donnent plus de place aux polices locales, voire régionales comme en Espagne. Pour donner un ordre d'idée, les effectifs cumulés police et gendarmerie correspondent à plus de 90 % des effectifs policiers (245 000 effectifs approximativement contre environ 20 000 policiers municipaux). L'une des questions récurrente est de savoir s'il faut décentraliser le système, en donnant plus de poids aux acteurs politiques locaux, notamment sur les questions de sécurité publique, c'est-à-dire de sécurité du quotidien.

Il reste cependant difficile de réformer radicalement les statuts et les cultures professionnelles. Plutôt que de parler de grande réorganisation massive, l'enjeu serait plutôt d'arriver à mieux coordonner les différentes polices et de faire en sorte que les professionnels de la sécurité travaillent avec d'autres. Que les policiers nationaux, et pas seulement les chefs de service, soient capables d'interagir plus globalement. La question est dans sans doute moins celle d'une réorganisation d'ensemble, toujours complexe à porter politiquement et institutionnellement que celle d'une modification des modes d'action.

? Dans certains territoires, l'emploi de services de sécurité privée est-il envisageable ?

Le recours à des agents privés dans certains quartiers, des entreprises vient d'une dynamique structurelle. Elle est liée au sentiment d'insécurité, tient à l'apparition des grands espaces commerciaux privés mais massivement occupés par le public (comme les centres commerciaux), au fait que les polices publiques peinent à répondre aux besoins de sécurité ordinaires. Ce développement s'observe internationalement, et pose des questions cruciales relatives à la façon dont l'État régule ce développement : pour assurer des formes d'équité (comment les citoyens bénéficient de prestations de sécurité équitables sur le territoire), de qualité (comment s'assurer de la qualité des prestations fournies par cette prolifération de services), d'efficacité (comment s'assurer d'une action coordonnée de ces différents acteurs) et de contrôle (comment s'assurer que tous ces agents aient des comportements respectueux des règles légales et déontologiques). C'est tout l'enjeu du continuum de sécurité.

? Comment restaurer la confiance ?

La confiance que le public accorde aux forces de police est en effet une condition de leur action. Une police en laquelle on a confiance, c'est une police qui se fait plus facilement obéir par le public. Le seul recours à la force ne suffit pas, ou alors il risque de s'épuiser de lui-même. Une police légitime, c'est une police avec laquelle les citoyens sont plus enclins à coopérer, à laquelle ils sont susceptibles de donner des informations, parce qu'ils ont confiance dans la façon dont elle va les utiliser. La police, service public véritablement continu et généraliste, contribue par son action à définir les sentiments d'appartenance à la communauté nationale notamment. J'avais, avec d'autres, proposé quelques pistes qui pourraient être poursuivies².

Premièrement, la confiance peut être restaurée en valorisant le travail de police généraliste, indissolublement répressif, préventif et dissuasif. Rappelons-le : le policier est, au sens littéral, un gardien de la paix. Deuxièmement, la qualité du contact est une dimension primordiale. Les « bons » comportements policiers, le traitement respectueux et

(2) Terra Nova, *Police et population : pour des relations de confiance*, novembre 2016.

équitable de la population viennent fonder la confiance. À l'inverse, les comportements inéquitables et violents minent durablement la légitimité policière. Enfin, le travail policier de tranquillité publique doit s'inscrire dans le territoire. Il repose sur la connaissance de la ville, du quartier, voire de l'îlot d'habitation. Sentir la température dans un quartier avant une intervention difficile, accumuler de l'information sur les réseaux criminels, éviter les pièges dans certains territoires, pouvoir rendre des comptes aux habitants sur l'action policière, capter les demandes dont font part les différents segments de la population, ajuster

la réponse policière aux problèmes locaux. Ce sont bien sûr des orientations de moyen terme, mais qui justement demandent de fixer un cap, là où les questions policières sont trop fréquemment absorbées par la seule réponse à l'événement ■

Du même auteur

Sociologie de la police (avec Fabien Jobard), MAILLARD (de) Jacques, Armand Colin, 2015 ;

Polices comparées, Montchrestien, 2017.

Cahiers de la sécurité et de la justice (n°40, 2017), Dir. MAILLARD (de) Jacques, « Police et population : du conflit à la confiance ».