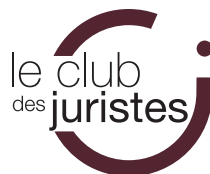


MARS 2015

RAPPORT

# DU RENFORCEMENT DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION TRANSNATIONALE



COMMISSION AD HOC



# DU RENFORCEMENT DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION TRANSNATIONALE

RAPPORT DU CLUB DES JURISTES

Commission ad hoc

MARS 2015



Association déclarée - 4, rue de la Planche 75007 Paris  
Tél. : 01 53 63 40 04 - Fax : 01 53 63 40 08

[www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)



# Composition de la Commission

---

*Président :*

**Didier Rebut**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

*Membres :*

**Thomas Baudesson**, Avocat au barreau de Paris, Clifford Chance, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre<sup>1</sup>

**Lionel Benaïche**, Magistrat, Secrétaire général du Service central de prévention de la corruption

**Dan Benguigui**, Conseiller juridique chez BNP Paribas

**Fred Davis**, Avocat au barreau de Paris, Debevoise & Plimpton, ancien procureur adjoint de New York

**Dominique Dedieu**, Avocate au barreau de Paris, Farthouat, Asselineau & Associés

**Alexandre Gallois**, Maître de conférences HDR à l'Université de Rouen

**Loïc Guérin**, Premier vice-procureur, Section Financières, Parquet de Paris

**Christine Guerrier**, Directrice juridique au contentieux chez Thalès Group

**Kami Haeri**, Avocat au barreau de Paris, August & Debouzy, Membre du Conseil de l'Ordre, Ancien Secrétaire de la Conférence

**Dominique Heintz**, Avocat au barreau de Paris, HW&H, Avocats & Rechtsanwälte, AMCO, Membre du CNB

**Florence Lonis**, Directrice Juridique Déléguée à la communication Gouvernance et aux programmes de Compliance de Lagardère

**Haritini Matsopoulou**, Professeur de droit privé à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud 11, Directrice de l'Institut d'études judiciaires

**Astrid Mignon-Colombet**, Avocate au barreau de Paris, Soulez-Larivière & Associés, chargée d'enseignements à Paris I et Paris II de 1998 à 2002

**Patrice Yermia**, Directeur conformité et responsabilité sociétale chez Total<sup>2</sup>

**Florence Dequatre**, secrétaire de Commission, Doctorante contractuelle rattachée à l'Institut de criminologie de Paris

---

(1) Substitué pour certaines réunions par Me Charles-Henri Boeringer, Avocat au barreau de Paris, Clifford Chance, Ancien secrétaire de la Conférence du stage

(2) Substitué pour certaines réunions par Michel Kahn, Responsable Conformité Holding/Total SA



# Liste des personnalités auditionnées

---

*Comité français de la Chambre de commerce internationale :*  
**François Georges**, Délégué général ICC France

*Entreprises :*

**Sylvie Kandé de Beaupuy**, Group Chief Compliance Officer  
chez Technip

**Dominique Lamoureux**, Directeur Éthique et Responsabilité d'entreprise  
chez Thalès

**Henri Quintard**, Déontologue Manager chez BNP Paribas

**Nathalie Raynaud**, Corporate Compliance director chez Sanofi-aventis

*Magistrats :*

**Susanne Maëdrich**, Magistrate de liaison allemande en France

**Hervé Robert**, Vice-président chargé de l'instruction à la JIRS de Paris

*Organisation de Coopération et de Développement Économiques :*

**Nicola Bonucci**, Directeur et Coordonnateur de l'Adhésion  
à la Direction des affaires juridiques de l'O.C.D.E.

*Organisations non gouvernementales :*

**William Bourdon**, Avocat au barreau de Paris et Président-fondateur  
de Sherpa

**Daniel Lebègue**, Président de Transparency International France

*Sociétés de certification :*

**Philippe Caduc**, Président Directeur Général de l'Adit

**Philippe Montigny**, Président d'Ethic Intelligence

# Table des matières

---

<b>Introduction</b> .....	11
<b>1<sup>ÈRE</sup> PARTIE :</b>	
<b>Améliorer l'efficacité du dispositif répressif de lutte contre la corruption</b> .....	17
<b>I. Sur les améliorations de fond</b> .....	17
A. Sur la condition de la réciprocité d'incrimination pour poursuivre les faits de corruption commis à l'étranger .....	18
B. Sur l'absence d'incrimination du trafic d'influence international .....	21
C. Les conditions d'attribution de la responsabilité pénale des personnes morales .....	22
D. Le montant des peines d'amende .....	25
<b>II. Sur les améliorations procédurales</b> .....	26
A. L'adaptation de la procédure de CRPC .....	27
a. L'intervention du SCPC au stade de la reconnaissance de culpabilité .....	31
b. La prise en compte de la situation de l'entreprise dans la proposition des peines .....	34
c. L'assouplissement des règles de l'audience .....	36
B. L'interdiction du cumul des poursuites .....	37



**2<sup>ÈME</sup> PARTIE :**

**Reconnaître les programmes de conformité**

**mis en place dans les entreprises .....41**

**I. La réglementation des programmes de conformité .....44**

**II. La prise en compte répressive des programmes de conformité .....46**



# Introduction

---

En ouvrant les marchés à la concurrence, la mondialisation a fait porter l'attention sur la corruption d'agents publics étrangers ou corruption internationale ou transnationale<sup>3</sup>. Il n'est pas fortuit, à cet égard, que l'une des premières organisations internationales à s'en être préoccupée soit l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE).

Celle-ci a pris sa première Recommandation à son sujet le 11 juillet 1994<sup>4</sup>. Elle demandait aux pays membres de l'OCDE de punir la corruption d'agents publics étrangers parce qu'elle « *suscite de graves préoccupations morales et politiques et fausse les conditions internationales de concurrence* ». Elle a été suivie d'une Recommandation du 11 avril 1996 sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers<sup>5</sup> et d'une Recommandation du 23 mai 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales<sup>6</sup> qui ont été l'une et l'autre justifiées par les mêmes motifs. L'OCDE a ensuite adopté, le 21 novembre 1997, une Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont le Préambule a pareillement mis en avant l'atteinte aux « *conditions internationales de concurrence* ». Il en va de même pour la Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 26 novembre 2009 qui a remplacé la Recommandation du 23 mai 1997.

---

(3) Les expressions « corruption internationale » et « corruption transnationale » sont entendues dans le même sens en français.

(4) C(94)75/FINAL. L'OCDE avait adopté, dès 1976, des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales qui leur recommandaient de refuser de proposer des « pots-de-vin » aux fonctionnaires ou de céder à leur sollicitation en ce sens (page 12, version anglaise).

(5) C(96)27/FINAL.

(6) C(97)123/FINAL.

L'atteinte à la concurrence n'est certes pas l'unique motif de l'attention portée à la corruption d'agents publics étrangers par la communauté internationale<sup>7</sup>. Elle est même reléguée à un rang secondaire dans les autres instruments internationaux qui lui ont été consacrés, lesquels ont plutôt mis l'accent sur l'atteinte à la stabilité des institutions démocratiques et sur l'entrave au développement économique. C'est le cas de la Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996, qui a constitué la première convention relative à cette question, de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 et de la Convention de l'ONU contre la corruption du 31 octobre 2003. Ces conventions ont qualifié la corruption de menace pour la démocratie dont la commission et les effets sont généralement transnationaux, ce qui justifie qu'elle fasse l'objet de conventions internationales dont l'objet est de mettre en place une réaction uniforme et coopérative des États à son égard<sup>8</sup>.

Le principal apport de ces instruments internationaux est d'avoir remédié aux insuffisances de la répression de la corruption d'agents publics étrangers par les États. Celles-ci ont d'ailleurs été l'une des causes principales de leur adoption. L'OCDE a ainsi relevé, dans sa Recommandation du 11 juillet 1994, que seuls quelques États avaient, à l'époque, une loi incriminant la corruption d'agents publics étrangers. Ces conventions ont entendu mettre fin à cette situation en posant une obligation d'incriminer la corruption d'agents publics étrangers. Cela a été notamment le cas pour la convention faite à Bruxelles le 26 mai 1997 et relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et pour la convention de l'OCDE du 21 novembre 1997 qui

---

(7) La convention de l'OCDE fait aussi état d'autres motifs comme la bonne gestion des affaires publiques et le développement économique. Il est cependant intéressant de relever que ces autres motifs ne figuraient pas dans les recommandations du 11 juillet 1994 et du 11 avril 1996, lesquelles avaient une approche principalement commerciale de la corruption.

(8) La lutte contre la corruption est présentée comme l'une de leurs principales priorités par les organismes internationaux les plus importants. C'est ainsi que le G20, la Banque Mondiale et bien sûr les Nations-Unies en font l'un de leurs objectifs prioritaires. Cette unanimité internationale sur l'extrême gravité de la corruption conduit à se demander si elle n'a pas pris, dans la période contemporaine, la nature d'un crime international dont la répression dérogerait, de ce fait, à certaines règles de droit commun comme, par exemple, l'immunité des gouvernants.

ont l'une et l'autre formulé une obligation d'incriminer les corruptions concernant, d'une part, les fonctionnaires européens<sup>9</sup> et, d'autre part, les agents publics étrangers<sup>10</sup>.

Ces conventions, qui ont été ratifiées par la France, l'ont amenée à créer des infractions de corruption d'agents publics étrangers puisqu'elle faisait partie des États qui ne punissaient pas ces faits. Il était en effet acquis que les délits de corruption de personnes dépositaires de l'autorité publique ne s'appliquaient pas aux agents publics étrangers. Cette solution découlait de la nature des délits de corruption qui participaient des crimes et délits contre la chose publique et qui, à ce titre, ne s'appliquaient qu'aux seuls agents publics français puisqu'il n'appartient pas à un État de s'occuper de la bonne conduite d'autorités publiques étrangères<sup>11</sup>.

C'est la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 relative à la corruption qui a créé les délits de corruption d'agents publics étrangers aux articles 435-1 et suivants du Code pénal. Ceux-ci ont été modifiés par la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption. Ces modifications ont été justifiées par la nécessité d'intégrer les solutions apportées par la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999<sup>12</sup>. Elles ont notamment conduit à créer un délit de corruption passive d'agents publics étrangers qui n'existait pas auparavant, puisque la Convention de l'OCDE ne le prévoyait pas. Ce dispositif répressif a été renforcé par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, laquelle a aggravé les peines prévues par les délits de corruption d'agents publics étrangers.

Nonobstant ces dispositions, la répression pénale française de la corruption internationale est sévèrement critiquée.

---

(9) Conv. de l'Union européenne du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, art. 2 et 3.

(10) Conv. de l'OCDE du 21 nov. 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, art. 1<sup>er</sup>.

(11) C. Lombois, « Droit pénal international », *Dalloz*, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, n° 393; D. Rebut, « Droit pénal international », *Dalloz*, 2<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 79.

(12) Rapport Ass. Nat., 13<sup>ème</sup> lég., n° 243 par M. Hunault, spéc. p. 21 s.

Cette critique est le fait, d'une part, des organisations et institutions qui sont à l'origine des conventions internationales contre la corruption. Le groupe de travail de l'OCDE sur la corruption, chargé d'évaluer la mise en œuvre de la convention du 21 novembre 1997 et de la Recommandation de 2009, a ainsi fait grief à la France, dans son rapport de phase trois, de « *ne pas exercer avec toute la vigueur attendue son action répressive dans de tels dossiers (de corruption internationale)* »<sup>13</sup>. Il a répété ces griefs en octobre 2014 dans une Déclaration où il a fait part de ses « *importantes préoccupations quant au caractère limité de ses efforts pour se conformer à la Convention de l'OCDE sur la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* ». Il a notamment regretté que la France n'ait pas engagé des réformes en matière d'indépendance du ministère public, d'encadrement du secret-défense et de la loi de blocage, d'allongement du délai de prescription de la corruption transnationale et d'incrimination du trafic d'influence international. Le Groupe d'États contre la corruption (GRECO), qui assure le suivi de la conformité de ses quarante-neuf États membres aux instruments de lutte contre la corruption élaborés par le Conseil de l'Europe, a conclu, dans son deuxième Rapport d'évaluation du Troisième cycle d'évaluation du 22 mars 2013, que « *la France a restreint assez fortement sa compétence et ses capacités de poursuite à l'égard des affaires de dimension transnationale, ce qui est fort dommage compte tenu de l'importance du pays dans l'économie internationale et du poids de beaucoup de ses sociétés commerciales* »<sup>14</sup>. Le premier Rapport anti-corruption de la Commission européenne, publié le 3 février 2014, a réclamé « *l'amélioration de la législation sur les faits de la corruption transnationale* » ainsi que « *l'accroissement de l'efficacité, d'une part, des enquêtes sur des faits de corruption survenus à l'étranger et, d'autre part, des poursuites en la matière* »<sup>15</sup>.

---

(13) Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, octobre 2012, spéc. p. 73.

(14) GRECO, Troisième cycle d'évaluation, Deuxième rapport de conformité pour la France, 22 mars 2013, spéc. p. 7.

(15) Rapport anticorruption de l'UE, Annexe France, COM (2014) 38 final, spéc. p. 12.

La critique est le fait, d'autre part, des ONG spécialisées dans la lutte contre la corruption. TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE a certes salué les avancées apportées par la loi du 6 décembre 2013. Mais elle a aussi simultanément relevé « certaines insuffisances » et appelé « le Gouvernement à aller plus loin »<sup>16</sup>. TRANSPARENCY INTERNATIONAL a, par ailleurs, classé la France au 22<sup>ème</sup> rang mondial dans son classement pour l'année 2013 du degré de perception de la corruption, ce qui la place au 10<sup>ème</sup> rang des pays de l'Union européenne. L'association SHERPA a, de son côté, regretté, dans un communiqué du 6 novembre 2013, « l'ambition trop modeste du législateur pour lutter contre la fraude et la corruption ». Elle a accentué ses critiques récemment en dénonçant, dans un communiqué du 24 octobre 2014 publié en commun avec l'association ANTICOR, « l'inaction chronique de la France dans les cas de corruption d'agents publics étrangers (qui) témoigne d'un véritable décalage entre la volonté politique affichée de réformer la justice et l'action concrète malgré un dispositif juridique récemment consolidé ».

La critique est le fait, enfin, de professionnels pour lesquels les insuffisances répressives françaises exposent les entreprises françaises à être poursuivies à l'étranger dès lors que plusieurs États ont une législation anti-corruption qui s'applique extra-territorialement. Ils citent en exemple le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) des États-Unis et le récent UK Bribery Act (UKBA)<sup>17</sup>. Ils font valoir que ces législations donnent compétence à leurs juridictions à l'égard des entreprises françaises et que cette compétence est d'autant plus susceptible de s'exercer que la France n'agit pas contre elles. Plusieurs cas sont mentionnés ayant donné lieu à de lourdes sanctions à l'étranger contre des entreprises françaises pour des faits de corruption<sup>18</sup>. Aussi appellent-ils à une modification du dispositif français afin que les entreprises françaises mettent en place des mécanismes internes de prévention de la corruption et que le dispositif français soit en mesure de poursuivre et juger les faits de corruption<sup>19</sup>.

---

(16) Transparency International France, communiqué du 5 novembre 2013.

(17) V., par exemple, É. Seassaud, « La lutte contre la corruption en droit anglais, américain et français : une approche comparée », *Rev. jur. éco. pub.* 2013, étude 10, spéc. n° 28 s.

(18) C. Dargham, « La corruption dans tous ses états », *Le Figaro*, 20 août 2013.

(19) V. Béglé, S. Bonifassi, « Lutte contre la corruption internationale : le retard de la France menace ses entreprises », *Lemond.fr*, 28 oct. 2014.

Ces critiques rencontrent un large écho dans les médias où elles entretiennent l'image d'une indifférence sinon d'une tolérance des autorités publiques à l'égard des faits de corruption<sup>20</sup>. Elles alimentent ainsi la suspicion sur la probité du personnel politique et sur la moralité de la vie économique à un moment où celle-ci n'a peut-être jamais été aussi grande.

C'est ce contexte qui a conduit le Club des juristes à constituer une commission *ad hoc* pour s'intéresser à la question. Celle-ci s'est donnée comme objectif d'évaluer le dispositif répressif français de lutte contre la corruption transnationale et de faire des propositions pour le renforcer. C'est le résultat de ces travaux dont le présent rapport fait état. S'il confirme que le dispositif répressif peut sans doute être amélioré (1<sup>ère</sup> partie), il préconise aussi de reconnaître le rôle des entreprises dans cette lutte (2<sup>ème</sup> partie). Les auditions menées de même que les documents recueillis ont en effet montré que de nombreuses entreprises françaises ont mis en place des programmes internes anti-corruption. Ces programmes constituent des instruments efficaces de prévention et de traitement de la corruption internationale. Il conviendrait néanmoins de les encadrer afin de leur donner une uniformité qui les fassent répondre aux exigences dans ce domaine et qu'ils puissent produire des effets juridiques.

---

(20) V., par exemple, « Corruption. La France à l'index », *Libération*, 3 déc. 2013 ; « Corruption : la France doit encore progresser », *L'Éfigaro.fr*, 3 déc. 2013 ; « Lutte contre la corruption : l'OCDE épingle les efforts « limités » de la France », *Les Échos*, 23 oct. 2014 ; « La convention de l'OCDE sur la corruption largement ignorée », *L'Obs*, 23 oct. 2014.



# 1<sup>ÈRE</sup> PARTIE

## Améliorer l'efficacité du dispositif répressif de lutte contre la corruption

---

C'est le domaine qui concentre les critiques. Le dispositif répressif français souffrirait d'insuffisances qui entraveraient la poursuite des faits de corruption internationale. Ces insuffisances seraient à la fois de fond et de forme. Leur conjonction expliquerait le faible nombre de condamnations prononcées par les juridictions françaises. Sans doute est-il possible d'améliorer le dispositif existant sur le fond et la forme. Mais il convient d'avertir que ces améliorations ne peuvent qu'être limitées car les dispositions françaises répondent largement aux prescriptions internationales. C'est d'autant plus le cas après la loi du 6 décembre 2013. Il est néanmoins encore possible de renforcer, sur plusieurs points, le dispositif français même s'il serait excessif et même parfois inutile de mettre en œuvre l'ensemble des préconisations proposées par les institutions internationales et les ONG, lesquelles procèdent souvent d'une analyse réductrice sinon réduite des solutions positives.

### I. Sur les améliorations de fond

Le groupe de travail de l'OCDE sur la corruption avait « *félicité les autorités françaises pour leur transposition consciencieuse de la Convention en droit interne* » dans son Rapport de phase 1. Il s'est écarté de cet avis dans ses rapports ultérieurs faisant plusieurs griefs à la législation française. Il en a répété les principaux dans sa Déclaration du 23 octobre 2014. Ceux-ci portent notamment sur :

- la condition de la réciprocité d'incrimination pour poursuivre les faits de corruption commis à l'étranger,
- l'absence d'incrimination du trafic d'influence international,
- les conditions d'attribution de la responsabilité pénale des personnes morales,
- le montant des peines d'amende.

La Commission a examiné ces griefs mais a considéré qu'il ne convenait pas de modifier la législation française sur les points qu'il dénonce.

### A. Sur la condition de la réciprocité d'incrimination pour poursuivre les faits de corruption commis à l'étranger

Le grief est régulièrement formulé par l'OCDE. Il porte sur le fait que la compétence française est soumise à une condition de double incrimination pour les faits de corruption commis à l'étranger en application de l'article 113-6 du Code pénal. Le groupe de travail de l'OCDE considère que cette exigence constitue un obstacle à la poursuite par la France de faits de corruption transnationale. Aussi recommande-t-il instamment sa suppression<sup>21</sup>.

La compétence extraterritoriale française en matière de corruption ne déroge certes pas aux règles générales fixées par les articles 113-6 et suivants du Code pénal. Il s'ensuit bien que cette compétence est subordonnée à la condition de double incrimination pour les faits de corruption commis à l'étranger par des entreprises françaises ou par des personnes physiques françaises. Cet article pose en effet cette condition pour les délits, ce que sont les infractions de corruption d'agents publics étrangers prévues par les articles 435-1 et suivants du Code pénal.

Il ne semble pas cependant que cette condition soit en mesure de limiter substantiellement la compétence française dans ce domaine.

---

(21) Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, octobre 2012, spéc. p. 20.

Il faut ainsi souligner que cette condition ne s'applique qu'au cas où les faits de corruption ont été, dans leur intégralité, commis à l'étranger par une personne morale ou physique française. Il en découle qu'elle ne s'applique pas si les faits sont, pour partie, rattachables au territoire français. Dans cette hypothèse, ces faits relèvent de la compétence territoriale française en application de l'article 113-2, alinéa 2, du Code pénal selon lequel « *l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ». Or, il faut savoir que la Cour de cassation prend en compte le lieu du siège social pour localiser les décisions de gestion caractérisant un délit pénal<sup>22</sup>. Cette solution conduit nécessairement à localiser en France les faits de corruption commis par une entreprise française sans qu'il importe que les sommes aient été payées à l'étranger et que la décision achetée soit intervenue à l'étranger. L'implication d'une société française dans des faits de corruption suffit donc à rattacher ceux-ci au territoire français et à les soumettre à la compétence territoriale française, laquelle n'est évidemment nullement subordonnée à une condition de double incrimination. Il faut également souligner que la corruption se trouve incriminée dans la majorité des Etats de sorte qu'en tout état de cause la condition de double incrimination se trouve le plus souvent remplie.

Le cas dans lequel le paiement serait le fait d'une filiale étrangère n'apparaît pas davantage en mesure de faire obstacle à la compétence française, dès lors que la chambre criminelle considère qu'une infraction commise par une filiale d'une entreprise française est imputable à celle-ci quand elle a été perpétrée à son initiative<sup>23</sup>. Il est vrai que subsiste le cas dans lequel la filiale a agi de sa propre initiative sans y associer la société-mère. Mais il n'y a alors aucune raison pour que celle-ci encoure une responsabilité pénale. Le fait qu'une corruption soit commise par une filiale ne suffit pas à engager la responsabilité pénale de sa société-mère. Il ne peut en aller ainsi que si cette société-mère a été associée à cette corruption. Or, dans cette hypothèse, celle-ci peut assurément être qualifiée d'auteur ou de coauteur de la corruption compte tenu du contrôle que sa position lui fait exercer sur ses filiales.

---

(22) V., par exemple, Crim., 6 févr. 1996, *Bull. crim.*, n° 60 ; Crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.*, n° 28.

(23) Crim., 31 janv. 2007, préc.

Une solution du même type est assurément applicable si la corruption est le fait d'un intermédiaire étranger qui agit pour le compte d'une société française. Ce cas de figure ne relève pas, pour la société française, de la complicité contrairement à ce qui a été soutenu par le GRECO dans son troisième rapport d'évaluation de la France<sup>24</sup>. Il faut rappeler que les délits de corruption active intègrent les agissements indirects. L'article 435-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal vise ainsi le fait de proposer « *directement ou indirectement* » un avantage à un agent public étranger pour qu'il accomplisse un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. L'article 435-1, alinéa 2, du Code pénal punit pareillement le fait de céder à un agent public qui sollicite « *directement ou indirectement* » un avantage pour accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. Il s'ensuit que l'entreprise française qui recourt à un intermédiaire ou qui accepte la sollicitation transmise par un intermédiaire n'a pas la qualité de complice mais d'auteur d'une corruption. L'article 113-5 du Code pénal relatif à la complicité en France d'un délit commis à l'étranger ne lui est donc pas applicable.

Il n'apparaît donc pas que les articles 113-5 et 113-6 du Code pénal soient applicables à une corruption commise à l'étranger dans laquelle une société française est impliquée. Car cette hypothèse n'entre pas dans le champ d'application de ces deux articles. L'exigence de double incrimination ne diminue pareillement pas la compétence française en cas de corruption commise à l'étranger au préjudice d'une société française, puisque la compétence personnelle passive prévue par l'article 113-7 du Code pénal ne la prévoit pas. Il s'ensuit que ces faits peuvent être poursuivis par les juridictions pénales françaises dans l'indifférence de leur incrimination à l'étranger. Aussi n'y-a-t-il pas lieu, selon la Commission, de préconiser une modification de la loi pénale française en ce qui concerne la compétence extra-territoriale française en matière de corruption transnationale. Il conviendrait néanmoins que les parquets soient sensibilisés aux corruptions étrangères dont des sociétés françaises ont été victimes afin d'engager des poursuites contre les sociétés étrangères qui les ont commises. Ces poursuites montreraient la capacité et la volonté

---

(24) Troisième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation de la France, 19 févr. 2009, § 96, p. 28.

de la France d'agir internationalement contre la corruption comme le font notamment les États-Unis d'Amérique avec le FCPA, et désormais le Royaume-Uni avec le UKBA.

Dans tous les cas, les critiques faites à la France relativement à la condition de double incrimination pour poursuivre les délits de corruption transnationale procèdent, à tout le moins, d'une expertise insuffisante des dispositions légales et des solutions judiciaires.

## B. Sur l'absence d'incrimination du trafic d'influence international

Il convient de rappeler que l'absence d'incrimination du trafic d'influence transnational s'explique par le fait que la conclusion de marchés internationaux nécessite souvent de recourir à des intermédiaires dont l'activité consiste à faire du lobbying ou à intervenir auprès des personnes décisionnaires. La France a craint que la création d'un délit de trafic d'influence international ne punisse ces pratiques et ne désavantage, de ce fait, les entreprises françaises qui se trouveraient dans l'impossibilité de faire appel à des intermédiaires dont l'intervention est souvent utile sinon indispensable<sup>25</sup>. Elle a observé que cette incrimination n'existe pas dans un grand nombre d'États. Le gouvernement a d'ailleurs fait une réserve en ce sens à la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe. Cette réserve était bien sûr autorisée par cette Convention<sup>26</sup>. On peut relever qu'elle a aussi été faite par des États comme la Belgique, le Danemark, l'Italie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède<sup>27</sup>. Dans le même sens, ni le FCPA ni le UKBA ne prévoient cette infraction.

Il a semblé à la Commission que les raisons de cette absence d'incrimination demeuraient pertinentes. Le commerce international nécessite toujours, dans de très nombreux cas, de faire appel à des intermédiaires proches des décisionnaires publics. Il ne faut pas, bien entendu, que cette intervention dissimule une corruption du décisionnaire, ce qui peut être le cas. Mais le délit de corruption peut alors s'appliquer, lequel punit

(25) V. Ass. Nat., Projet de loi relatif à la lutte contre la corruption, 13<sup>ème</sup> lég., n° 171, p. 5.

(26) Conv. pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janv. 1999, art. 37.

(27) L'Allemagne n'a pas ratifié cette convention.

la sollicitation ou l'acceptation indirecte d'avantages pour accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction (C. pén., art. 435-1). Dans cette hypothèse, l'intermédiaire a la qualité de complice et le décisionnaire celle d'auteur. L'entreprise française peut aussi être poursuivie en qualité d'auteur d'une corruption active si elle était informée de la finalité de l'intervention de l'intermédiaire. Il s'ensuit que le délit de corruption est caractérisé dès lors que le décisionnaire public reçoit un paiement. Il est indifférent que ce paiement ne soit pas fait directement entre ses mains. Il est pareillement indifférent que ce paiement ne lui profite pas personnellement, puisque le délit de corruption punit aussi l'octroi d'avantage à autrui. Dans ces conditions, il apparaît que les faits caractérisés de trafic d'influence illicite, c'est-à-dire ceux qui donnent lieu à une corruption, sont punis par le droit pénal français. Le reproche fait par l'OCDE à la France est donc excessif.

### C. Les conditions d'attribution de la responsabilité pénale des personnes morales

Il n'a pas semblé à la Commission que les conditions d'attribution de la responsabilité pénale des personnes morales étaient susceptibles de faire obstacle à la répression des faits de corruption transnationale.

Ces conditions n'empêchent pas l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, dès lors que des faits de corruption destinés à permettre à une société de bénéficier d'un marché ou de conclure un contrat peuvent assurément être considérés comme commis pour son compte au sens de l'article 121-2 du Code pénal. L'exigence selon laquelle les faits doivent être commis par un organe ou un représentant apparaît, de son côté, pleinement justifiée, dès lors que la responsabilité pénale d'une personne morale n'est admissible qu'au cas où les faits ont été commis par des personnes qui l'incarnent et qui, à ce titre, l'ont engagée en agissant. Il ne serait pas acceptable qu'une personne morale réponde pénalement de faits commis à l'insu de ceux qui ont le pouvoir de la diriger ou de la représenter. La Commission tient à souligner que la commission de faits de corruption ne doit pas nécessairement engager la responsabilité pénale de la personne morale concernée. Cela ne doit

être le cas qu'à la condition que les organes de la personne morale y ont participé, à un titre quelconque.

La question s'est posée, à ce sujet, de savoir s'il convient, en matière de corruption dans l'entreprise, de maintenir l'application de la solution jurisprudentielle selon laquelle les salariés titulaires d'une délégation de pouvoirs engagent la responsabilité pénale de leur entreprise. On peut en effet contester, au regard de ses conséquences pour l'image d'une entreprise, qu'un salarié engage la responsabilité pénale de son entreprise du seul fait qu'il est titulaire d'une délégation de pouvoirs et alors qu'il a agi de sa propre initiative même si cette action peut apparaître comme ayant été faite pour son compte. On pourrait donc poser un principe inverse d'absence d'engagement de la responsabilité pénale de l'entreprise par le fait d'un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs, ce principe n'étant écarté qu'au cas où il est établi que les agissements de ce salarié ont été connus des organes ou représentants de l'entreprise ou qu'au cas où ces organes ou représentants avaient des raisons de connaître ces agissements.

Si elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'apporter des dérogations au régime de droit commun de la responsabilité pénale des personnes morales prévu par l'article 121-2 du Code pénal, la Commission a, en revanche, considéré qu'il convenait d'étendre aux personnes morales le mécanisme de diminution de peines prévu pour les personnes physiques. L'article 435-6-1 du Code pénal dispose ainsi que les peines privatives de liberté encourues par les auteurs ou complices d'un délit de corruption passive ou active d'agent public étranger encouruent une peine privative de liberté réduite de moitié « *si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, (ils ont) permis de faire cesser l'infraction ou d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices* ». Ce mécanisme a été ajouté aux délits de corruption par la loi du 6 décembre 2013. Il ne profite qu'aux personnes physiques. Cette limitation n'est certes pas propre aux délits de corruption. Les autres infractions qui la prévoient le limitent pareillement aux personnes physiques. Mais cette limitation s'explique par la nature des infractions pour lesquelles il a été conçu et prévu. Celles-ci étaient le trafic de stupéfiants et le terrorisme, c'est-à-dire des infractions graves contre les personnes relevant d'une criminalité de type organisée.

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite « Loi Perben II » lui a ajouté d'autres infractions de même nature comme l'assassinat et l'empoisonnement ou les actes de torture et de barbarie.

Dans tous les cas, la limitation du mécanisme de diminution de peines aux personnes physiques n'a pas sa cause dans une impossibilité de l'appliquer aux personnes morales mais dans la nature des infractions pour lesquelles il a été initialement prévu. Il n'y a aucun obstacle à ce qu'il soit étendu aux personnes morales pour des infractions d'une autre nature, dès lors que le législateur a déjà fait le choix de l'appliquer à ces infractions. C'est précisément le cas pour les délits de corruption pour lesquels le mécanisme a été prévu sans y inclure les personnes morales alors que son absence d'application à ceux-ci n'a aucune justification.

Au contraire, la Commission a considéré que son application aux personnes morales serait justifiée étant donné qu'il renvoie à une situation qui peut se rencontrer dans la vie d'une personne morale. Plusieurs membres de la Commission et certains experts et praticiens auditionnés par la Commission ont ainsi fait valoir qu'il n'est pas inenvisageable qu'une personne morale découvre que des faits de corruption ont été commis par des personnes pouvant engager sa propre responsabilité pénale. La responsabilité pénale qu'elle encourt ainsi ne fait l'objet d'aucune atténuation alors même qu'elle réagit à ces faits en prenant toute mesure idoine, voire en y mettant fin. Cette situation est susceptible de conduire les entreprises à traiter la question en privé sans en informer les autorités. Aussi conviendrait-il que la responsabilité pénale des entreprises soit atténuée, dès lors que la personne morale réagit à la découverte de la commission de faits de corruption en prenant immédiatement toute mesure au sein de l'entreprise pour y remédier et en avertissant les autorités et en s'employant à y mettre fin. Il n'y a en effet aucune raison pour que le mécanisme de diminution de peine ne lui soit pas applicable à la différence des personnes physiques qui se trouvent dans la même situation. Le bénéfice de la diminution de peine serait néanmoins limité au cas où l'entreprise n'a retiré aucun profit de l'infraction. La peine d'amende devrait, dans tous les cas, porter sur le bénéfice obtenu. La diminution de peine pourrait alors s'appliquer à la somme susceptible de dépasser ce bénéfice. La prise en compte pourrait même donner lieu



à une exemption de peine si la réaction de l'entreprise a mis fin à la situation et a empêché qu'elle produise ses effets et alors qu'elle met en place un programme de conformité sous l'égide du SCPC<sup>28</sup>.

**La Commission considère donc qu'il conviendrait que la peine d'amende encourue par les personnes morales du fait des délits de corruption d'agents publics étrangers soit diminuée de moitié dans les mêmes conditions que la diminution de peine d'emprisonnement prévue pour les personnes physiques. Le mécanisme pourrait être étendu à certaines des autres peines applicables aux personnes morales ; la durée des peines d'interdiction encourues pourrait ainsi être pareillement diminuée de moitié. Il pourrait même être prévu une exemption de peine au cas où la réaction de l'entreprise aurait permis de mettre fin aux faits de corruption et d'en neutraliser les effets et aurait mis en place, si ce n'était pas déjà le cas, un programme de conformité.**

#### D. Le montant des peines d'amende

Le montant des peines d'amende applicables aux faits de corruption d'agents publics étrangers a été très critiqué par les groupes de travail mis en place par les organismes et institutions à l'origine des conventions sur la corruption. Ces critiques sont cependant antérieures au relèvement de ce montant par la loi du 6 décembre 2013. Celle-ci a élevé la peine à 1 000 000 € pour les personnes physiques, ce qui la porte à 5 000 000 € pour les personnes morales en application de l'article 131-38 du Code pénal. La loi du 6 décembre 2013 a aussi prévu que l'amende pouvait être portée au double du profit tiré de l'infraction. Cela permet que l'amende ne puisse pas être inférieure à ce profit comme cela a été le cas dans le jugement rendu contre la société SAFRAN qui a condamné celle-ci à 500 000 € d'amende alors que les faits concernaient un contrat de 170 M €.

---

(28) V. ci-dessous.

## II. Sur les améliorations procédurales

C'est le domaine qui fait l'objet des critiques les plus fortes. On en fait la cause principale du faible nombre de condamnations pénales pour corruption d'agents publics étrangers. Là encore, certaines critiques sont infondées ou très largement exagérées. La majorité des membres de la Commission de travail du Club des juristes a ainsi jugé excessives les critiques sur l'absence d'indépendance du parquet et sur la brièveté du délai de prescription.

L'absence d'indépendance du parquet est une critique récurrente. Elle a encore été formulée récemment par le groupe de travail de l'OCDE dans sa Déclaration du 23 octobre 2014. Elle est constamment répétée par les ONG spécialisées dans la lutte contre la corruption. Cette critique se trouve aujourd'hui affaiblie par la possibilité reconnue aux associations de lutte contre la corruption de se constituer partie civile en cas d'atteinte à la probité et la suppression corrélative de la requête du parquet pour la poursuite des faits de corruption d'agents publics étrangers. Ces deux réformes dues à la loi du 6 décembre 2013 neutralisent le pouvoir d'opportunité des poursuites du parquet en permettant aux associations de lutte contre la corruption de faire ouvrir une information judiciaire conduite par un juge d'instruction<sup>29</sup>. La critique sur l'absence d'indépendance du parquet est aussi affaiblie par la Loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique puisqu'il est désormais fait interdiction au Garde des Sceaux d'adresser des instructions individuelles aux procureurs de la République. Certains membres de la Commission ont pu s'étonner dans ces conditions de la persistance de la vigueur de la dénonciation de l'absence d'indépendance du parquet, dès lors que les associations de lutte contre la corruption peuvent faire ouvrir une information judiciaire alors même que le parquet y serait opposé. Il semble - c'est du moins l'opinion du Président

---

(29) Les conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ont été fixées par le décret n° 2014-327 publié au *Journal officiel* du 14 mars 2014. TRANSPARENCY INTERNATIONAL a été agréée par arrêté du 22 octobre 2014.

(30) V., par exemple, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, octobre 2012, spéc. p. 54.

de la Commission - que la lutte contre la corruption soit parfois utilisée pour porter des revendications de nature politique sinon corporatiste.

Le délai de prescription fait pareillement l'objet de critiques récurrentes qui en dénoncent la durée<sup>30</sup>. Celles-ci relèvent de la pétition de principe, dès lors qu'il n'est pas contesté que la jurisprudence en a très largement assoupli les règles de calcul. Elle reporte ainsi le point de départ de la prescription au jour du dernier acte d'exécution, ce qui permet de le fixer après le pacte de corruption<sup>31</sup>. Elle qualifie aussi souvent les faits de corruption d'abus de biens sociaux pour en reporter la prescription au jour de constatation dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Un arrêt du 6 mai 2009 semble même avoir appliqué cette solution à la corruption<sup>32</sup>. Il n'y a, en outre, pas d'exemple dans lequel des poursuites pour des faits de corruption auraient été mises en échec par la prescription. Les griefs faits à la France sur cette question procèdent donc d'une analyse éminemment abstraite de l'appréciation de la prescription.

Ces conclusions ne signifient pas qu'aucune amélioration ne peut être apportée en matière de poursuites. Mais ces améliorations sont à faire ailleurs, c'est-à-dire en dehors des points habituellement examinés dans ce domaine. Elles portent sur la mise en place d'une procédure adaptée de reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) et sur la nécessité d'empêcher les cumuls de poursuites.

## A. L'adaptation de la procédure de CRPC

**Les auditions de la Commission lui ont fait constater que les entreprises françaises confrontées à des faits de corruption préfèrent parfois sinon souvent les traiter strictement « en interne », c'est-à-dire sans en avvertir les autorités.** Ce choix s'explique par leur crainte qu'une information des autorités ait pour conséquence de les faire poursuivre pénalement et alors que ces poursuites sont appelées, selon toute vraisemblance,

(31) Crim., 27 oct. 1997, *Bull. crim.*, n° 352.

(32) Crim., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-84407. Il est vrai qu'on peut s'interroger sur la portée réelle de cet arrêt, dès lors qu'il visait aussi un délit d'abus de confiance et que ses motifs ont systématiquement mentionné les deux infractions. On pourrait donc rattacher sa solution au seul délit d'abus de confiance d'autant plus que l'absence de publication de l'arrêt au Bulletin n'incite pas à lui reconnaître une grande importance.

à se prolonger longtemps. Elle s'explique aussi par leur image de la justice pénale qu'elles perçoivent comme éloignée et ignorante du monde de l'entreprise et dont elles pensent, à ce titre, qu'elle n'est pas en mesure d'apporter une réponse individualisée à leur situation. Sans doute est-il des cas où des poursuites sont justifiées, alors même qu'elles porteraient sur des faits que les entreprises concernées ont révélés. Mais il faut, dans cette hypothèse, que les entreprises puissent escompter sur un traitement rapide et simple des poursuites avec un interlocuteur dédié qu'elles peuvent identifier aisément et dont elles ont lieu de supposer qu'il connaît le fonctionnement des entreprises. C'est une condition pour qu'elles portent spontanément les faits de corruption qui les concernent à la connaissance des autorités.

**Les travaux de la Commission ont aussi fait ressortir l'inadaptation fréquente de l'information judiciaire comme mode de poursuite des délits de corruption internationale.** Cette inadaptation n'a pas sa cause évidemment dans le juge d'instruction. Elle tient à la lenteur de l'information judiciaire, qui est une procédure se prolongeant généralement sur plusieurs années. Or, cette durée n'est pas adaptée au traitement de faits mettant en cause des entreprises intervenant sur les marchés internationaux. Celles-ci ont au contraire besoin que ce traitement soit rapide pour que leur situation juridique ne souffre pas d'incertitude. La durée de l'information judiciaire nuit aussi aux poursuites françaises, dès lors qu'elle donne la possibilité à des poursuites étrangères de s'exercer avant elles pour les mêmes faits et alors que ceux-ci peuvent concerner, au premier chef, des entreprises françaises qui auraient vocation à être jugées par les juridictions françaises. **C'est pourquoi il convient d'envisager que la poursuite de faits de corruption transnationale puisse relever d'une procédure qui concilie la rapidité et l'efficacité.**

La Commission reconnaît qu'elle a considéré qu'il convenait de s'inspirer des procédures anglo-américaines et notamment du *Deferred Prosecution Agreement*, lequel constitue une procédure souple et rapide qui est particulièrement adaptée aux faits de corruption<sup>33</sup>. Il permet qu'ils fassent

---

(33) V., par exemple, A. Mignon-Colombet, F. Buthiau, « Le Deferred Prosecution Agreement américain, une forme inédite de justice négociée » *JCP éd. Gén.* 2013, ét. p. 621 ; Ph. Goossens, « Faut-il devenir anglo-saxon pour savoir lutter contre la corruption ? », *LesEchos.fr*, 24 oct. 2014.

l'objet de fortes sanctions pécuniaires sans recourir à un procès dont la durée est inévitablement longue et le résultat nécessairement incertain. Il a aussi une efficacité préventive, puisqu'il peut conduire les entreprises à mettre en place des mesures destinées à éviter le renouvellement de ces faits. Celles-ci sont d'autant plus enclines à consentir à sa mise en œuvre qu'il s'agit d'une procédure rapide qui, à ce titre, leur épargne la durée d'un procès. Il est vrai que le montant des amendes auxquelles elles sont exposées est aussi très incitatif.

**Il ne s'agit pas pour autant de reproduire le *Deferred Prosecution Agreement*.** Celui-ci présente des traits profondément liés à la tradition américaine qui ne sont pas transposables dans la procédure pénale française. Il donne ainsi une trop grande place au procureur au regard des exigences constitutionnelles françaises. Il suscite aussi un coût exorbitant pour les entreprises, notamment lorsqu'il s'accompagne de la mise en place d'un mécanisme de *monitoring*<sup>34</sup>, lequel s'apparente de surcroît à une privatisation de la justice pénale. Il s'agit, en fait, de s'inspirer de la philosophie transactionnelle du *Deferred Prosecution Agreement*, dès lors que celle-ci est la principale cause de son efficacité avérée. L'utilité des procédures alternatives en matière de corruption est d'ailleurs explicitement reconnue par les autorités françaises. Le Service central de prévention de la corruption (SCPC), qui est un service chargé d'aider les autorités à combattre la corruption<sup>35</sup>, affirme en ce sens expressément, dans une plaquette de présentation accessible à partir du site Internet du Ministère de la Justice, que la transaction ou la négociation constituent des solutions anti-corruption efficaces. Aussi convient-il de prévoir ou, à tout le moins, d'aménager une procédure qui donne lieu à un traitement de ce type pour des faits de corruption.

Ce sont ces considérations qui ont conduit la Commission à proposer que les délits de corruption puissent faire l'objet d'une procédure adaptée de CRPC. Le choix de la CRPC s'est, en fait, imposé au regard des nombreux intérêts qu'elle présente, lesquels lui confèrent une souplesse proche d'une procédure alternative sans en être une.

(34) Celui-ci consiste à désigner un tiers à l'entreprise qui aura pour mission d'évaluer et de surveiller le programme de conformité que le *Deferred Prosecution Agreement* a mis en place (v. A. Mignon-Colombet, F. Buthiau, art. préc., spéc. n° 33 et s.)

(35) V. ci-dessous.

Il s'agit d'abord d'une procédure préexistante et non d'une procédure créée *ex nihilo* dont la création pour poursuivre spécialement des délits de corruption nourrirait immanquablement la suspicion. Il s'agit ensuite, comme sa dénomination l'exprime, d'une procédure donnant lieu à une comparution sur reconnaissance de culpabilité. La Commission a écarté, à cet égard, l'idée de recourir à une transaction au regard de la nature dérogatoire de cette procédure, laquelle peut renvoyer l'image d'une justice inégalitaire au profit de ceux qui en font l'objet. Il s'agit enfin d'une procédure rapide et simple, ce qui la rend particulièrement adaptée au traitement des faits de corruption mettant en cause une entreprise qui intervient, par hypothèse, sur les marchés internationaux. Ces entreprises ont en effet besoin que leur situation pénale soit clarifiée dans des délais brefs. Elle présente aussi l'avantage d'aboutir à une déclaration de culpabilité et non à un classement sans suite, ce qui préserve contre le soupçon toujours facile de mansuétude pour les opérateurs économiques et débouche sur une solution juridique sans incertitude pour ceux-ci, puisqu'elle est revêtue de l'autorité de chose jugée.

La Commission a certes aussi envisagé la possibilité que les faits de corruption transnationale puissent faire l'objet d'une composition pénale<sup>36</sup>. Cette procédure a des avantages comparables à ceux de la CRPC. Elle a même une souplesse de mise en œuvre qui lui est assurément supérieure. Elle peut, par exemple, être confiée à une personne autre que le procureur de la République<sup>37</sup>. Elle prévoit aussi le recours à des mesures alternatives que ne prévoit pas la CRPC. Mais elle a l'inconvénient d'apparaître comme une mesure alternative aux poursuites, ce qui peut sembler inadapté à la réponse pénale qu'il convient d'apporter aux faits de corruption. C'est ce qui explique qu'elle ne puisse être mise en œuvre que pour des délits passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans<sup>38</sup>. La Commission a en ce sens considéré que l'opinion n'était pas disposée à accepter que la corruption puisse faire l'objet d'une procédure qui ne donne pas formellement

---

(36) C. proc. pén., art. 41-2.

(37) Le juge d'instruction peut certes être aussi à l'origine d'une CRPC (C. proc. pén., art. 180-1). Mais la mise en œuvre de celle-ci est, même dans ce cas, confiée au procureur de la République qui en est saisi sur ordonnance de renvoi du juge d'instruction

(38) C. proc. pén., art. 41-2, al. 1<sup>er</sup>.

lieu à des poursuites. C'est ce qui l'a conduit à écarter la composition pénale même si elle considère que celle-ci pourrait aussi être envisagée.

La Commission a estimé qu'il convenait d'adapter la CRPC quand elle concerne la question spécifique de la commission de faits de corruption transnationale mettant en cause une entreprise française et alors que celle-ci a informé les autorités ou reconnaît ces faits. Ces adaptations consisteraient à faire intervenir le SCPC pour être l'interlocuteur des entreprises au stade de la reconnaissance de culpabilité, à prendre en compte la situation de l'entreprise dans la proposition des peines et à assouplir les règles applicables à l'audience de comparution.

#### *a. L'intervention du SCPC au stade de la reconnaissance de culpabilité*

Le traitement de faits de corruption dans le cadre d'une CRPC adaptée nécessite l'intervention d'une autorité spécialisée dans le domaine de la corruption qui est, de ce fait, au contact des entreprises. La Commission a pensé que cette autorité devait être le SCPC plutôt que le nouveau procureur de la République financier. Ce choix s'explique par leur caractère respectif.

Le procureur de la République financier n'exerce classiquement que des fonctions de poursuite<sup>39</sup>. La première magistrate, à occuper ce poste, décrit elle-même cette nouvelle institution comme « *une force de frappe* »<sup>40</sup>. Sa mission est donc conçue comme éminemment sinon exclusivement répressive. Cela l'empêche d'en faire le bon interlocuteur des entreprises confrontées à un problème de corruption, dès lors que la solution à lui apporter peut ne pas être strictement répressive. C'est d'autant plus le cas si ce problème ne nécessite pas l'engagement de la responsabilité pénale de l'entreprise. On peut donc sérieusement douter que le procureur de la République financier soit en mesure de bien distinguer entre les situations des entreprises au regard même de sa conception de sa mission.

---

(39) C. proc. pén., art. 705 s.

(40) « Éliane Houlette : "Le parquet national financier doit être une force de frappe" », *Lemonde.fr*, 3 mars 2014.

Le SCPC est, de son côté, une structure interministérielle autonome placée auprès du ministre de la Justice qui est dirigé par un magistrat de l'ordre judiciaire et comprend des magistrats et des agents publics<sup>41</sup>. Il remplit une mission de centralisation des informations nécessaires à la prévention de la corruption. Il s'emploie aussi à avoir des relations directes avec les entreprises en menant auprès d'elles des actions de sensibilisation à la corruption et en signant avec elles des conventions destinées à les aider à mettre en œuvre des programmes de conformité. Aussi est-il assurément mieux placé que le procureur financier pour intervenir positivement dans le cadre d'un traitement par CRPC des faits de corruption transnationale. Cette intervention nécessite néanmoins de le repositionner juridiquement pour qu'il soit habilité à remplir cette mission.

Le SCPC n'a pas en effet de compétence pour intervenir dans un dossier particulier<sup>42</sup>. Il a au contraire l'obligation de saisir le procureur de la République des faits susceptibles de constituer une infraction dont il a connaissance et de s'en dessaisir dès qu'une procédure judiciaire d'enquête ou d'information est ouverte<sup>43</sup>. Ce positionnement nuit d'ailleurs à la mission même du SCPC, dès lors que celui-ci considère qu'elle consiste aussi à agir positivement auprès des entreprises privées et publiques<sup>44</sup>. Il le fait apparaître comme un auxiliaire des parquets, ce qui ne permet pas de le concevoir comme un interlocuteur pouvant accompagner les entreprises dans le traitement d'un problème de corruption. C'est, dans tous les cas, le sentiment qui a été exprimé devant la Commission par plusieurs représentants d'entreprises. C'est pourquoi il conviendrait de revenir sur ces dispositions pour prévoir une intervention positive du SCPC en présence de faits susceptibles de caractériser un délit de corruption transnationale et pour en faire, à ce titre, l'interlocuteur des entreprises dans le cadre de la CRPC adaptée à ces faits.

---

(41) L. n° 93-122 du 29 janv. 1993, art. 1<sup>er</sup>.

(42) Sauf celle prévoyant sa mise en relation avec la personne ayant signalé un crime ou un délit qui a été commis dans son entreprise ou dans son administration et qui entre dans son champ de compétence (C. proc. pén., art. 40-6). Cette mise en relation n'intervient cependant qu'à la demande de la personne en cause, ce qui en réduit la portée.

(43) L. n° 93-122 du 29 janv. 1993, art. 2 et 3.

(44) Il est vrai que cette mission ne ressort pas des dispositions de la loi du 29 janvier 1993, lesquelles ne confient au SCPC que des missions auprès des pouvoirs publics. L'intervention du SCPC auprès des entreprises est donc le fruit d'une initiative qui lui est propre.



Ce rôle d'interlocuteur pourrait s'exercer pour les faits dont les entreprises ont la connaissance. Le SCPC pourrait être désigné comme le service avec lequel les entreprises doivent entrer en relation quand elles sont confrontées à des faits de corruption transnationale. Il faut constater qu'un rôle de ce type est déjà reconnu au SCPC par le législateur. La loi du 6 décembre 2013 a créé un nouvel article 40-6 du Code de procédure pénale qui prévoit qu'une personne ayant signalé un crime ou un délit qui a été commis dans son entreprise ou dans son administration est mise en relation, à sa demande, avec le SCPC lorsque cette infraction entre dans le champ de compétence de celui-ci. Cette disposition témoigne d'une nouvelle orientation des missions du SCPC qui le fait intervenir dans des affaires particulières. Lui donner un rôle d'interlocuteur des entreprises dans le cadre d'une CRPC s'inscrirait dans cette nouvelle orientation en prévoyant une mise en relation du SCPC avec les entreprises. Il consacrerait le SCPC comme le service ayant compétence pour connaître de tous les aspects de la corruption.

Ce rôle d'interlocuteur consisterait à recevoir les informations de l'entreprise concernée et à entendre ses représentants et conseils. Il appartiendrait au SCPC, dans le cadre de sa mission, de formuler un avis à l'intention du procureur financier sur la suite à donner aux faits qui ont été portés à sa connaissance. Cet avis porterait sur la seule responsabilité pénale de l'entreprise. Il pourrait conclure à l'absence de poursuites pénales, à la mise en œuvre d'une CRPC ou à des poursuites classiques<sup>45</sup>. Il devrait, dans les trois cas, être justifié au regard des éléments qui ont été constatés. La loi devrait préciser que la mise en œuvre par l'entreprise d'un programme de conformité est un élément à prendre en compte pour le recours à une CRPC. Le SCPC serait aussi compétent pour faire des propositions en matière de peines. Celles-ci pourraient intégrer la mise en place d'un programme de conformité ou son évaluation et sa modification au cas où il en existerait un.

---

(45) La mise en œuvre d'une procédure de poursuite, ce qu'est la CRPC, ne peut pas être posée comme impérative. Il faut ménager la possibilité d'une absence de poursuite au cas où les faits n'apparaissent pas punissables ou au cas où ils apparaissent d'une gravité très faible. On pourrait envisager, dans cette seconde hypothèse, que le SCPC propose un classement sous condition de la mise en œuvre ou de l'expertise d'un programme de conformité. Le SCPC serait compétent pour se prononcer sur cette mise en œuvre ou pour expertiser un programme existant.

Dans tous les cas, le constat par le SCPC de la nature pénale des faits portés à sa connaissance ne le dessaisirait pas contrairement aux dispositions de l'article 3 de la loi du 29 janvier 1993. C'est en effet la condition pour que le SCPC puisse apparaître comme un véritable interlocuteur et non comme une autorité éloignée des entreprises. Il lui faudrait certes informer le procureur financier des faits de corruption qui ont été portés à sa connaissance. Mais cette information n'aurait - comme cela a été dit - aucun effet de dessaisissement du SCPC. Elle devrait faire état des éventuelles implications de personnes physiques afin que le procureur financier puisse immédiatement enquêter à leur sujet et, le cas échéant, les poursuivre. Les documents rassemblés par le SCPC seraient bien sûr accessibles au procureur financier.

Le rôle d'interlocuteur des entreprises dévolu au SCPC pourrait aussi s'exercer, d'autre part, alors même que les faits de corruption les mettant en cause auraient été portés à la connaissance des autorités par d'autres biais. Car cette hypothèse n'est pas nécessairement exclusive d'une CRPC. Cela peut être le cas, par exemple, si un programme de conformité a été mis en place au sein de l'entreprise. Celui-ci ne suffit peut-être pas à l'exonérer pénalement. Il peut néanmoins autoriser la mise en œuvre d'une CRPC. On peut d'ailleurs se demander si ce recours ne devrait pas, dans cette hypothèse, être de droit ou s'il ne faudrait pas que des poursuites classiques soient, à tout le moins, subordonnées à un avis conforme du SCPC<sup>46</sup>. Dans tous les cas, la mise en cause d'une entreprise dans des faits de corruption transnationale portés à la connaissance du parquet devrait conduire à la saisine du SCPC par le parquet aux fins de formuler l'avis mentionné ci-dessus. Celui-ci pourrait pareillement conclure à l'absence de poursuite, à la mise en œuvre d'une CRPC ou à des poursuites classiques.

*b. La prise en compte de la situation de l'entreprise dans la proposition des peines*

La Commission a estimé qu'il convenait de prévoir que le SCPC délivre un avis sur les peines à appliquer à une entreprise poursuivie pour des faits de corruption d'agents publics étrangers.

---

(46) V. ci-dessous.

Elle a considéré que cet avis devait s'imposer au procureur financier quand les faits de corruption ont été portés à la connaissance des autorités par l'entreprise elle-même. Cette solution lui a semblé s'inscrire dans son objectif visant à inciter les entreprises à entrer en contact avec les autorités publiques quand elles sont confrontées à des faits de corruption. Le fait de savoir que l'avis du SCPC sur les peines s'imposera au ministère public ne peut qu'inciter les entreprises à contacter le SCPC. C'est pourquoi il conviendrait, dans cette hypothèse, que le procureur financier ne puisse proposer des peines qu'avec l'avis conforme du SCPC. Le juge saisi conserverait, de toute façon, la possibilité de refuser d'homologuer la proposition de peines qui lui est soumise.

Cet avis serait, en revanche, seulement simple dans le cas inverse, c'est-à-dire quand l'entreprise n'est pas à l'origine de l'information des autorités. Il conviendrait néanmoins de prévoir une obligation de motivation du procureur financier quand il décide de ne pas suivre l'avis du SRPC. Sa proposition de peines devrait alors exposer les motifs pour lesquels elle s'écarte de l'avis du SCPC.

Les peines seraient, dans tous les cas, formellement proposées par le procureur de la République conformément aux dispositions de l'article 495-8 du Code de procédure pénale. Elles devraient tenir compte de la situation de l'entreprise.

C'est ainsi qu'une place importante devrait être accordée aux programmes de conformité. La loi pourrait ainsi prévoir le prononcé d'une peine consistant à mettre en place un programme de conformité au cas où il n'existerait pas ou à l'évaluer et le modifier et/ou renforcer au cas où il existerait. Cette mise en place serait contrôlée par le SCPC, lequel serait aussi compétent pour évaluer ou faire modifier le programme de conformité. On pourrait concevoir que le défaut ultérieur de mise en place ou de correction soit pénalement sanctionné.

Le prononcé d'une peine prescrivant d'adopter ou de modifier un programme de conformité ne serait bien sûr pas exclusif d'autres peines. On pourrait néanmoins concevoir un plafonnement de la peine d'amende dans le cadre de la mise en œuvre d'une CRPC sur le modèle du plafonnement de la peine privative de liberté dans ce même cadre.

Ce plafonnement serait lié à la mise en œuvre d'une CRPC. Il ne se confondrait pas avec la diminution de peine liée à l'avertissement des autorités par l'entreprise. On pourrait articuler les deux solutions de la manière suivante : un plafonnement limité aux trois quarts de la peine d'amende encourue en cas de CRPC ; une diminution de moitié en cas d'avertissement des autorités et de cessation des effets de la corruption<sup>47</sup>. Ce plafonnement et cette diminution seraient applicables sous réserve que l'entreprise n'a pas dégagé des profits supérieurs aux amendes encourues.

### *c. L'assouplissement des règles de l'audience*

La mise en œuvre d'une CRPC pour des faits de corruption transnationale mettant en cause des entreprises françaises dans le cadre de contrats internationaux nécessiterait d'apporter quelques assouplissements à la phase d'homologation.

La Commission préconise d'abord d'écarter le mécanisme de la double convocation prévu par l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale. Celui-ci ne semble pas approprié à un traitement procédural d'esprit consensualiste.

La Commission s'est interrogée ensuite sur le principe de la tenue d'audiences à huis-clos pour inciter les entreprises à communiquer toutes les informations dont elles disposent aux autorités judiciaires. Elle a néanmoins conclu à la nécessité de conserver le principe des audiences publiques afin de préserver la légitimité de la procédure de CRPC. La possibilité d'une audience à huis-clos pourrait être envisagée dès lors que la publicité serait de nature à avoir des conséquences disproportionnées pour la réputation de l'entreprise ou dès lors que seraient en jeu le secret des affaires et/ou *a fortiori* le secret de la défense nationale.

Dans le même sens, il a semblé à la Commission que la particularité des affaires de corruption autorisait l'entreprise poursuivie à s'opposer à la

---

(47) Il faut rappeler que la CRPC ne prévoit pas de diminution du montant de l'amende encourue à la différence de ce qui est prévu pour l'emprisonnement. L'article 495-8 du Code de procédure pénale dispose ainsi que le montant de la peine d'amende proposée ne peut être supérieur à celui de l'amende encourue. Il précise que cette amende peut être assortie du sursis.

communication à la partie civile de documents relevant du secret des affaires. Celle-ci ne pourrait pas *a fortiori* avoir communication de documents couverts par le secret de la défense nationale.

La Commission a aussi considéré que la complexité des affaires de corruption de même que les peines susceptibles de faire l'objet de la proposition du parquet justifiaient d'allonger le délai de réflexion prévu par l'article 495-10 du Code de procédure pénale. Celui-ci pourrait être sans préjudice porté à un mois, dès lors que la CRPC pour des faits de corruption transnationale viserait, par hypothèse, une personne morale à l'encontre de laquelle il n'y a pas lieu d'avoir les craintes de fuite qui sont la cause du délai de 10 jours de l'article 495-10.

## B. L'interdiction du cumul des poursuites

Le caractère extra-territorial des différentes législations anti-corruption ménage la possibilité qu'un même fait de corruption puisse être poursuivi dans plusieurs États. Ce cumul de poursuites peut même déboucher sur un cumul de sanctions dès lors que la règle *non bis in idem* ne s'applique pas dans l'ordre international<sup>48</sup>. Cette situation s'est déjà observée en France où des entreprises ont été poursuivies pour des faits de corruption d'agents publics étrangers alors qu'elles avaient été condamnées pour les mêmes faits aux États-Unis.

Certes, des mécanismes peuvent atténuer les effets de ces doubles poursuites et condamnations. C'est le cas en France où la Cour de cassation a décidé que les peines prononcées à l'étranger doivent être impérativement déduites de la peine prononcée par les juridictions françaises<sup>49</sup>. Cette déduction s'explique par le principe de proportionnalité des peines, lequel interdit qu'une personne puisse subir une peine supérieure au maximum prévue par la loi pénale française qui punit l'infraction dont

---

(48) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 restreint la reconnaissance de l'autorité de chose jugée au cadre interne, c'est-à-dire à l'hypothèse d'une double condamnation par un même État. Il en va de même du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme (v., sur cette question, D. Rebut, *Droit pénal international*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 86) (49) Crim., 23 oct. 2013, n° 13-83899, Bull. crim., n° 201, D. 2013. Jur. 2950, note D. Rebut, RSC 2013, p. 857, obs. D. Boccon-Gibod.

elle s'est rendue coupable. Il en résulte qu'une seconde poursuite en France ne peut pas donner lieu à une condamnation dont le *quantum* cumulé avec la peine étrangère dépasse le maximum prévu par la loi française. Il n'empêche que cette limitation ne fait pas obstacle à un cumul de poursuites et à un cumul de peines. La prise en compte de la condamnation étrangère intervient en outre seulement au regard des peines qu'elle a prononcées. Les peines qui n'ont pas déjà été prononcées ne font, par hypothèse, l'objet d'aucune limitation. C'est le cas, par exemple, des peines complémentaires. On peut craindre d'ailleurs que l'impossibilité d'appliquer une peine d'amende du fait d'une condamnation étrangère précédente ne conduise la juridiction saisie à prononcer d'autres peines.

L'absence de mise en œuvre dans l'ordre international du principe *non bis in idem* s'explique pour les infractions dont la répression n'est pas organisée internationalement et qui peut, à ce titre, varier en fonction des juridictions appelées à les juger. Il est alors légitime que les États répondent par eux-mêmes à des faits qui ont pu porter atteinte à leur ordre public interne et ne s'en remettent pas aux sanctions dont ces faits ont pu faire l'objet sur d'autres territoires. Mais cet argument perd sa force en présence d'une répression internationale organisée par le biais de conventions internationales. Cette répression internationale permet de mettre en œuvre le principe *non bis in idem*, étant donné qu'elle suppose une harmonisation des réactions pénales nationales aux infractions en cause.

C'est précisément le cas pour les délits de corruption transnationale dont le principe même de la répression résulte de conventions internationales<sup>50</sup>. C'est pourquoi il conviendrait que cette répression ne puisse pas intervenir conjointement ou successivement sur le territoire de plusieurs États parties. C'est une préoccupation qui ressort d'ailleurs de la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997. Son article 4 stipule ainsi :

---

(50) V. ci-dessus.

## « Article 4 Compétence

1. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire.

2. Chaque Partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes.

**3. Lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.**

4. (...).»

Cet article pose une obligation de concertation en cas de compétences concurrentes aux fins de poursuites par un seul État. Il s'en induit bien que les faits de corruption d'agents publics étrangers ne devraient pas faire l'objet de plusieurs poursuites et *a fortiori* de plusieurs condamnations. L'expression de cette interdiction n'est cependant pas explicite, ce qui explique précisément que des cas de pluralité de poursuites et condamnations ont pu s'observer. Aussi conviendrait-il que l'OCDE clarifie cette situation par un protocole à sa convention, lequel prévoirait l'application du principe *non bis in idem* pour la répression de la corruption d'agents publics étrangers.

Ce protocole pourrait même organiser la résolution des conflits de compétence à partir de critères tirés de la nature des compétences susceptibles d'être exercées par chaque État. C'est ainsi qu'il pourrait donner la priorité à la compétence territoriale sur les autres cas de compétence. Il est vrai que les délits de corruption transnationale sont susceptibles de relever de la compétence territoriale de plusieurs États. Il conviendrait alors de prévoir des critères complémentaires pour déterminer l'État auquel il convient d'accorder la compétence pour poursuivre

les faits en cause. Ceux-ci pourraient tenir à la nationalité des personnes en cause et notamment à la « nationalité » de l'entreprise concernée, la priorité étant reconnue à l'État sur le territoire duquel cette entreprise a son siège social.

**Dans tous les cas, il est nécessaire de mettre un terme aux cumuls de poursuites et de condamnations des délits de corruption d'agents publics étrangers, alors que leur répression est harmonisée internationalement, ce qui permet de leur appliquer le principe *non bis in idem*. Il conviendrait donc que cette application soit expressément prévue par les instruments internationaux à l'origine de la répression pénale de ces délits. Cette prévision nécessiterait l'adoption d'un protocole à la Convention de l'OCDE, dès lors que celle-ci n'interdit, en l'état de sa rédaction, qu'implicitement ces cumuls.**



## 2<sup>ÈME</sup> PARTIE

# Reconnaître les programmes de conformité mis en place dans les entreprises

---

Les travaux de la Commission lui ont montré que de nombreux groupes français ayant une activité internationale ou transfrontalière avaient mis en place des programmes internes de conformité. Ceux-ci consistent notamment à mettre en œuvre des mesures internes de prévention et de traitement des faits de corruption. L'action de prévention donne lieu, par exemple, à des engagements publics pris par les dirigeants de refuser par avance toute opération empreinte de corruption. Elle s'accompagne de mesures de sensibilisation, de formations et d'information des personnels sur le risque de corruption et sur la position ferme de leur entreprise à cet égard. Certains groupes français confient la définition des prescriptions préventives à respecter à une structure dédiée qui est dotée de ressources suffisantes pour leur mise en œuvre effective. Elles prévoient des processus spéciaux de conclusion des contrats dans les domaines à risque. L'action de prévention prévoit aussi des mécanismes de contrôle interne des intermédiaires, des contreparties et des opérations. Les actes de contrôle sont alors exécutés par des services qui sont organiquement séparés de ceux qui ont conclu les opérations qui en font l'objet. L'action de traitement des faits de corruption consiste à mettre en place un processus de remontée des soupçons de corruption à un service spécialement formé pour les évaluer et accompagner les personnes qui en ont fait état. Elle prévoit des procédures disciplinaires à l'encontre de ceux qui ont commis des faits de corruption, mais aussi à l'encontre de ceux qui n'ont pas respecté les prescriptions internes de prévention de la corruption.

Ces programmes internes de conformité ont été initialement conçus pour prévenir le risque pénal de condamnation pour des faits de corruption. Ce risque est apparu positivement avec les conventions internationales de lutte contre la corruption, lesquelles ont conduit les États à se doter de sévères législations anti-corruption. La portée extra-territoriale de ces législations leur a souvent donné compétence pour juger des entreprises étrangères. Le FCPA a, dans ce domaine, joué un rôle moteur en permettant aux juridictions américaines de se reconnaître facilement compétentes pour juger des faits de corruption transnationale commis par des entreprises non-américaines. La lourdeur des sanctions pécuniaires encourues devant ces juridictions américaines a assurément été un facteur très incitatif à l'adoption de programmes de conformité.

Il serait cependant réducteur d'attribuer la mise en œuvre actuelle de ces programmes à la seule crainte de poursuites pénales. Les entreprises sont aussi animées par des objectifs éthiques, ayant été sensibilisées aux conséquences de la corruption sur le développement économique et le fonctionnement démocratique des États où elle est pratiquée. Lancé à l'initiative de M. Kofi ANNAN alors qu'il était Secrétaire général des Nations-Unies, le Pacte mondial (United Nations Global Compact) s'attache à promouvoir la responsabilité civique des entreprises autour de dix principes qu'elles sont invitées à appliquer volontairement. Le dixième principe, rajouté en 2004 à la suite de l'adoption de la Convention des Nations-Unies contre la corruption, prévoit que « *les entreprises sont invitées à agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin* ». Les entreprises signataires s'engagent à mettre en œuvre ces principes aux fins d'avoir une activité d'entreprise responsable. C'est le cas de plusieurs entreprises françaises qui ont adhéré au Pacte mondial et qui, à ce titre, appliquent son dixième principe. Or, cette application leur demande de mettre en place des programmes internes de lutte contre la corruption<sup>51</sup>. Les programmes de conformité qu'elles mettent en œuvre s'inscrivent donc dans cette démarche d'application des principes du Pacte mondial.

---

(51) « As a first and basic step, introduce anti-corruption policies and programs within their organizations and their business operations » (Practical steps to fight corruption, <https://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/principle10.html>)

Il n'existe cependant aucune réglementation française de ces programmes de conformité<sup>52</sup>, de sorte que les entreprises françaises en déterminent elles-mêmes le contenu. Le paradoxe est que cette détermination est inspirée par les législations étrangères anti-corruption, dès lors que celles-ci les prennent en compte pour leur mise en œuvre et qu'elles ont une portée extra-territoriale qui peut les rendre applicables aux entreprises françaises. C'est le cas du FCPA et du UKBA dont l'application est modifiée si l'entreprise en cause a mis en place un programme effectif de conformité<sup>53</sup>. Cela conduit les entreprises françaises à accorder leur programme de conformité aux exigences de ces deux législations. Ce souci peut même les conduire à rechercher des certifications auprès de sociétés qui en font profession. C'est ainsi que se développent des certifications anti-corruption aux fins de garantir la conformité des programmes des entreprises aux exigences du FCPA et du UKBA. On peut mentionner, à cet égard, les certifications proposées par les sociétés ADIT et Mazars ou par la société ETHIC-Intelligence<sup>54</sup>. Celles-ci s'adressent expressément aux sociétés françaises, alors même que la législation française n'attache aucune conséquence à la mise en place d'un programme de conformité. Elles affirment pouvoir valider leur programme de conformité au regard des prescriptions du FCPA et du UKBA.

On peut être légitimement étonné que les entreprises françaises définissent le contenu de leur programme de conformité à partir de législations étrangères. Cette situation s'explique par l'absence de prise en compte des programmes de conformité par le droit français. Elle n'est évidemment pas satisfaisante, dès lors qu'elle conduit à faire régler l'activité des entreprises françaises par des droits étrangers. Elle est en outre facteur de différences dans les programmes de conformité, puisque la définition de leur contenu relève de plusieurs droits étrangers. Elle ne permet pas enfin de garantir la mise en œuvre d'un programme de

---

(52) Les professionnels dont les activités font l'objet d'une réglementation spécifique sont assujettis à des normes particulières, tels les banquiers qui doivent respecter le Règlement 97-02 prévoyant la mise en place d'un dispositif de conformité (article 11 et s. notamment), les prestataires de services d'investissement astreints à la mise en place de tels programmes par le Conseil des marchés financiers et par le Règlement général de l'Autorité des marchés financiers ou encore les assureurs.

(53) V. É. Seassaud, art. préc., spéc. n° 61 s.

(54) V., sur celle-ci, A. Almy, « Certification des programmes de prévention de la corruption. - Quelle utilité pour les entreprises ? », *Cahiers du droit de l'entreprise* 2014, n° 5, dossier 30.

conformité par les entreprises françaises, puisque cette mise en œuvre dépend de leur appréciation de leur exposition au risque d'application du FCPA ou du UKBA. Or, les programmes de conformité constituent assurément des moyens efficaces de prévention de la corruption, de sorte qu'il conviendrait d'en généraliser la mise en œuvre. Ces constatations ont conduit la Commission à préconiser que les programmes de conformité soient réglementés par le droit français et à considérer qu'il convient de les prendre en compte dans la répression des délits de corruption transnationale.

## **I. La réglementation des programmes de conformité**

Cette réglementation émanerait du SCPC, lequel serait l'institution compétente pour définir des recommandations de conformité à destination des entreprises. L'intérêt de cette solution est, d'une part, de conférer une souplesse à la formulation de ces recommandations, lesquelles pourraient être aisément mises à jour ou modifiées en fonction des constatations apportées par la pratique. Elle a, d'autre part, l'avantage de légitimer l'intervention du SCPC dans l'appréciation pénale des faits de corruption commis dans une entreprise, dès lors que cette appréciation intègrera, par hypothèse, la question de la mise en œuvre d'un programme de conformité dont le contenu a été défini par le SCPC. Le principe de la prise en compte de la mise en œuvre des programmes de conformité et celui du renvoi, pour leur définition, aux recommandations du SCPC pourrait figurer dans le Code pénal à la suite des articles définissant les délits de corruption d'agents publics étrangers.

La Commission s'est posé la question de la délimitation du champ d'application des programmes de conformité de façon à savoir s'il n'y aurait pas lieu de faire une distinction entre les entreprises en fonction de leurs tailles. On pourrait ainsi concevoir un niveau minimum de mise en œuvre pour les petites et moyennes entreprises et un niveau supérieur pour les grandes entreprises. Car la mise en place d'un programme de conformité requiert des moyens et suscite, à ce titre, des dépenses qui ne peuvent pas être uniformément assumées par les entreprises. La Commission a cependant, à la réflexion, écarté l'idée de moduler l'intensité des

obligations d'un programme de conformité en fonction de la taille des entreprises. Elle a considéré qu'il ne serait pas défendable de prévoir une version allégée à côté d'une version supposée, par hypothèse, davantage performante. Elle a observé en ce sens que le champ d'application des obligations de lutte contre le blanchiment, qui relèvent d'une thématique du même ordre, ne varie pas en fonction de la taille des organismes auxquels elles s'appliquent. Cet avis n'exclut pas cependant que le SCPC décide de varier ses recommandations de conformité en fonction de critères prenant en compte la taille ou l'activité des entreprises.

La réglementation des programmes de conformité devra déterminer les obligations qui en relèveront. Il ne s'agit pas, dans le cadre de ce rapport, de procéder à cette détermination qui est développée et précisée par le projet de Lignes Directrices du SCPC. Celle-ci reprend les prescriptions usuelles, lesquelles ont trait à l'engagement de la direction et de l'ensemble de la hiérarchie, à la communication auprès du public et du personnel de l'entreprise et des partenaires commerciaux, à la formation de ce personnel, à l'identification des domaines à risque, à la mise en place de processus particuliers dans ces domaines, à l'intervention de contrôle des opérations par un service distinct, à la prévision d'un mécanisme d'alerte éthique, à l'accompagnement des lanceurs d'alerte et à la sanction des auteurs de faits de corruption mais aussi de ceux qui n'ont pas respecté les prescriptions du programme de conformité. Les lignes directrices (Guidance) formulées par le Ministère de la Justice britannique aux fins de préciser les « procédures adéquates » à mettre en œuvre dans les programmes de conformité peuvent évidemment être une source d'inspiration tout comme celles émises par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, par TRACFIN ou encore par l'Autorité des marchés financiers.

La Commission s'est aussi interrogée sur la question de savoir s'il y avait lieu de préconiser le recours obligatoire, dans les programmes de conformité, à des sociétés externes de certification. Elle reconnaît l'intérêt de leur intervention, laquelle donne lieu à un audit complet et externe des programmes de conformité par des professionnels ayant une forte expertise dans ce domaine. Elle a cependant estimé qu'il convenait de laisser aux entreprises le soin de décider de faire appel à ces sociétés de

certification au regard du coût de leur intervention. L'intégration d'une certification externe dans les programmes de conformité ne manquerait pas en outre de poser des difficultés dans l'appréciation des responsabilités pénales liées à la constatation d'un fait de corruption. Aussi a-t-elle unanimement conclu à l'inopportunité d'une certification externe obligatoire des programmes de conformité.

**La Commission propose qu'une réglementation française des programmes de conformité soit créée afin que ceux-ci ne soient plus laissés à l'appréciation des entreprises et afin que les entreprises mettant en place des programmes de conformité connaissent les obligations qu'elle prévoit et cessent de se référer à des législations étrangères.**

## **II. La prise en compte répressive des programmes de conformité**

La Commission a considéré que la réglementation des programmes de conformité en impliquait la prise en compte dans la répression. Cette prise en compte doit consister à leur faire produire des effets pénaux.

Un premier effet pourrait consister dans la sanction pénale de l'absence ou l'insuffisance de mise en œuvre d'un programme de conformité. Il s'agirait de créer une infraction qui punirait ces faits. C'est une solution qui a été écartée, la Commission ayant considéré que la répression de la corruption ne doit intervenir qu'en présence de faits avérés de corruption et non pas seulement en présence de manquements à des obligations préventives. C'est la voie qui est généralement suivie par le droit français. C'est ainsi que les obligations de lutte contre le blanchiment ne sont pas en elles-mêmes sanctionnées pénalement. Il s'ensuit que leur violation ne constitue pas à elle seule une infraction pénale. Il n'en va autrement que si elle peut être mise en relation de causalité avec la commission d'un fait de blanchiment.

C'est d'ailleurs la solution du UKBA, lequel ne punit pas en lui-même le défaut de mise en place d'un programme de conformité<sup>55</sup>. Cette répression n'intervient qu'en cas de fait de corruption imputable à une personne en lien avec l'entreprise. La responsabilité pénale de celle-ci est alors engagée de plein droit par ce fait sauf à elle de démontrer qu'elle avait mis en place des procédures adéquates visant à prévenir des faits de corruption<sup>56</sup>. Il est néanmoins vrai que le constat de l'absence de mise en place d'un programme de conformité suffit, en cas de corruption commise par une personne en lien avec l'entreprise, à engager sa responsabilité pénale. C'est évidemment une incitation très forte à la mise en place d'un tel programme.

La Commission a rejeté l'idée de transposer le mécanisme britannique. Elle a considéré que l'engagement d'une responsabilité pénale devait, dans tous les cas, être subordonné à la constatation d'une implication positive de l'entreprise dans des faits de corruption. Cette analyse peut se réclamer - là encore - du régime du blanchiment, les organismes financiers n'encourant de responsabilité pénale qu'en cas de participation comme auteur ou complice à une opération de blanchiment.

Un deuxième effet pénal possible pourrait porter sur les peines encourues. Il serait possible de concevoir une diminution des peines encourues par l'entreprise quand elle a mis en œuvre un programme de conformité. La Commission a repoussé cette idée ayant considéré qu'une diminution de peine ne pouvait intervenir au seul motif qu'une entreprise a mis en place un programme de conformité. Il ne faut pas que cette mise en place puisse diminuer la responsabilité d'une entreprise dont il serait établi que le programme de conformité fait l'objet d'une mise en œuvre défailtante. La Commission propose d'ailleurs que cette diminution soit liée à un avertissement des autorités par l'entreprise en cause et à la cessation de l'infraction ou à l'identification de ses auteurs<sup>57</sup>.

---

(55) Section 7, § 1.

(56) V.J. Mattout, « *Le Bribery Act ou les choix de la loi britannique en matière de lutte contre la corruption. Un danger pour les entreprises françaises ?* », *JDI* 2011, doct. 12 ; N.Tsé, J.-F. Le Gal, « *UK Bribery Act : analyse d'une législation* », *Rev. Juristes Sciences Po* n°4, nov. 2011. 44.

(57) V. ci-dessus.

Le troisième effet pénal possible est procédural. Il consisterait à prévoir un mode particulier de poursuites quand l'entreprise a mis en œuvre un programme de conformité. Il s'agirait de recourir à la CRPC dès lors que l'entreprise reconnaît les faits. Ce recours serait alors impératif. Le SCPC y interviendrait selon les modalités décrites ci-dessus. Il formulerait donc un avis sur la responsabilité pénale de l'entreprise et ferait des propositions de peines au cas où il considérerait que cette responsabilité pénale est engagée. Cet avis ne serait impératif qu'au cas où c'est l'entreprise qui a révélé les faits de corruption. Le parquet pourrait s'écarter de cet avis dans le cas inverse. Il devrait néanmoins motiver sa décision de ne pas suivre l'avis du SCPC. Dans tous les cas, le juge saisi ne serait pas tenu d'homologuer les peines faisant l'objet de la proposition qui lui est soumise.

**La Commission propose que l'entreprise ayant mis en œuvre un programme de conformité ne puisse être poursuivie que par le biais d'une CRPC si elle reconnaît les faits.** Cette CRPC donnerait lieu à l'intervention du SCPC auquel il incomberait de formuler un avis portant sur la responsabilité pénale de l'entreprise et, le cas échéant, sur les peines qu'il conviendrait de lui appliquer.