

Prévenir les risques de corruption



Note d'information sur l'inflation des normes anti-corruption et les risques induits pour toute entreprise française ayant une activité à l'International

MARS 2015

Synthèse

Depuis 2010, nous assistons à un mouvement de fond dans la lutte contre la corruption : les Etats réforment en profondeur leurs systèmes législatifs sous pression de la convention anti-corruption de l'OCDE ; les poursuites extraterritoriales des lois américaines et britanniques à l'encontre d'entreprises étrangères se multiplient ; la coopération judiciaire renforcée, sous la pression du G20, les ONG, la société civile et le marché, imposent une norme et des standards de prévention contraignantes envers les entreprises.

En outre, l'approche de la lutte contre la corruption a basculé de l'obligation de conformité et du respect de la loi vers l'obligation de prévention du risque de corruption et vers la justification des mesures et politiques décidées en la matière.

Néanmoins, cette évolution n'apporte aucune réponse à l'égard de la problématique endémique de la demande de corruption, de la sollicitation par les agents publics ou les opérateurs privés.

La lutte contre la corruption des pays où la gouvernance publique est faible, exigée par des systèmes judiciaires nationaux à portée internationale, est centrée sur la seule responsabilité des entreprises, cela génère aujourd'hui pour toute entreprise ayant une activité à l'étranger, pour ses dirigeants et ses salariés, un risque très élevé d'exposition à des poursuites judiciaires de toute autorité nationale ou étrangère.

Cette note a pour objectif d'alerter les entreprises sur les risques encourus par cette nouvelle tendance et la nécessité de mettre en œuvre, en complément de politique de refus, des dynamiques de prévention des risques d'exposition à la corruption, la sollicitation ou l'extorsion^{1 2}.

Pour toute entreprise ayant une activité à l'international, quels que soient sa taille et son secteur, le risque de corruption doit être intégré aujourd'hui dans sa stratégie de développement international au même titre et importance que le risque client ou le risque financier.

Toute entreprise responsable doit aujourd'hui, à la hauteur de ses capacités et de son évaluation des risques, insérer dans ses processus internes des systèmes ou modalités pour se prémunir des risques d'exposition à la corruption.

¹ Pour ces mécanismes de prévention, le MEDEF a établi en 2010 des principes généraux à mettre en œuvre. D'autres initiatives comme celles menées actuellement par le Service centrale de prévention de la corruption (SCPC) ou l'organisation internationale ISO permettront d'ici fin 2015 de proposer des modèles de standards.

² Voir les propositions du MEDEF pour un système de prévention de la corruption : Se conformer, contrôler et communiquer.

Depuis les années 2000, suite notamment à l'adoption de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, de nombreux Etats se sont engagés dans un mouvement de renforcement de leurs lois nationales contre la corruption, qu'elle soit 'domestique' ou transnationale. La portée extraterritoriale de certaines de ces lois, en particulier du *Foreign Corrupt Practices Act* américain, et désormais du *Bribery Act* britannique, ainsi que la nature même des infractions de corruption transnationale, donne à ces lois un champ d'application extrêmement large, offrant potentiellement compétence à des juridictions nationales de plusieurs pays pour se saisir d'un même ensemble d'actes. La coopération judiciaire et l'échange d'informations croissantes entre juridictions participent par ailleurs grandement à l'émergence des possibilités de poursuites multiples³.

La diversité des instruments internationaux et des lois anti-corruption s'accompagne de modalités de mise en œuvre très variées selon les Etats : si certains, à l'image des Etats-Unis, privilégiennent un règlement des poursuites par le biais de transactions négociées ('settlement'), d'autres, à l'image de la France, privilégiennent un traitement purement judiciaire des infractions. Cette dichotomie crée indéniablement des distorsions en terme notamment de durée de procédure, mais également en terme de sanctions, les transactions à l'anglo-saxonne permettant d'imposer la mise en place de mesures correctrices de conformité, ou encore le contrôle par un 'compliance monitor' de leur mise en œuvre.

Cette différence de traitement s'exprime également dans la possibilité offerte par certaines législations d'atténuer la responsabilité d'une société lorsque celle-ci peut prouver que des mesures de prévention (programmes de conformité) adéquates ont été mises en place. A cette fin, les sociétés doivent pouvoir s'appuyer sur des standards clairs fixant les bonnes pratiques, constituant un niveau adéquat de protection et dont l'adoption serait le gage de leur bonne foi en matière de prévention et détection d'actes de corruption.

Cependant, la sécurité juridique qui en découlerait semble pour l'heure hors de portée, au vu de l'actuelle inflation réglementaire qui règne en matière d'anti-corruption : aux conventions internationales et législations nationales s'ajoutent un nombre croissant de standards dits de « soft law », élaborés par les Autorités nationales, les groupes de travail des organisations internationales, des organisations interprofessionnelles ou encore des associations de la société civile : à cet égard, plus de cent standards, normes ou guidances ont été recensés par l'ICC France en septembre 2014. Il semble donc urgent de développer une approche concertée afin de préciser un *corpus* clair de bonnes pratiques et de travailler à leur reconnaissance par les régulateurs internationaux et nationaux.

³ Par exemple, le groupe Total, qui avait conclu en mai 2013 une transaction avec les autorités américaines pour mettre fin à des poursuites pour corruption transnationale à l'occasion de la négociation de contrats en Iran (versant à ce titre près de 400 millions de dollars aux autorités américaines), a été renvoyé en correctionnelle en France en octobre 2014 pour corruption en lien avec ces mêmes contrats.

I - Instruments réglementaires multilatéraux et transpositions nationales : le cadre législatif

- **De multiples instruments internationaux transposés par les Etats parties** : depuis les années 1990, les principales organisations internationales et régionales ont adopté leur propre instrument anti-corruption. Nations Unies, OCDE, Union européenne, Conseil de l'Europe, Union africaine, Organisation des Etats américains, etc. ont ainsi chacun adopté leur propre Convention anti-corruption.
- **Des lois anglo-saxonnes à portée extraterritoriale largement mises en œuvre** : les lois américaine (Foreign Corrupt Practices Act de 1977) et britannique (Bribery Act de 2011) contre la corruption transnationale (et) ont par exemple vocation à s'appliquer très largement à des entreprises étrangères (dont françaises), y compris pour des faits de corruption commis en dehors des territoires américain et britannique. C'est ainsi que deux entreprises françaises (trois en janvier 2014) figurent actuellement dans le "top ten" des plus grosses sanctions pécuniaires versées par des entreprises au Trésor américain suite à des poursuites pour corruption transnationale⁴.
- **Une législation française récemment renforcée** : des lois de décembre 2013 ont augmenté les montants maximum d'amendes encourues pour les infractions de corruption prévues par le Code pénal. Par ailleurs, les associations anti-corruption ont désormais la possibilité de se constituer partie civile pour des affaires de corruption, pouvant ainsi déclencher des poursuites pénales en France.
- **Des acteurs émergents** : Un nombre croissant d'Autorités nationales affichent désormais leur volonté de renforcer les poursuites à l'encontre des entreprises étrangères opérant sur leur territoire pour des faits de corruption de leurs propres agents publics, ce qui peut conduire à des affaires retentissantes comme cela a dernièrement été le cas en Chine.

II - Les entreprises françaises soumises à de nouvelles modalités de sanction : l'imixtion d'Autorités étrangères dans la gouvernance des entreprises

- **Possibilités de transaction et exigences de coopération** : les systèmes américain et, dans une moindre mesure, britannique, ont largement recours à des mécanismes transactionnels pour le règlement des poursuites pour corruption transnationale, y compris envers les sociétés étrangères. Les Autorités américaines, notamment, exigent une coopération extrêmement poussée de la part des entreprises concernées, refusant généralement de prendre en compte les dispositions de la loi de blocage française. La procédure pénale française ne connaît pas d'équivalent réel à cette justice américaine qualifiée de "négociée".

⁴ Il s'agit de Total et Technip.

- **Engagements de conformité et contrôle** : les accords transactionnels conclus avec la justice américaine comportent généralement des engagements de la société concernée en matière de conformité pour le futur, la société s'engageant ainsi à améliorer ses procédures de conformité. Dans ce cadre, les Autorités américaines (cette possibilité est désormais également offerte aux Autorités britanniques) peuvent imposer la présence d'un '*compliance monitor*' chargé de surveiller sur plusieurs années la mise en œuvre des mesures de conformité et de rapporter périodiquement aux Autorités américaines.
- **Politique pénale et mesures d'atténuation de la responsabilité** : certaines législations nationales ont prévu des possibilités d'atténuation de la responsabilité des sociétés accusées de corruption, lorsque celles-ci ont mis en place des programmes de conformité jugés adéquats et efficaces (notamment les Etats-Unis, la Suisse, le Royaume-Uni). Pour être opérant, ce type de législations doit s'accompagner de l'édition de *guidelines* claires sur les éléments essentiels d'un programme de conformité (tel que cela a été fait par les Autorités américaines et britanniques) auxquelles les sociétés puissent se référer.

III. Standards de conformité et guidelines : une profusion de normes contraignantes

- **La multiplication des standards ou *soft law*** : le mouvement de renforcement normatif en matière d'anti-corruption s'est accompagné d'une multiplication de standards, de bonnes pratiques à destination des entreprises, établis par des organisations internationales (Nations Unies, OCDE, Banque Mondiale, Chambre de commerce internationale...), des groupes promouvant les principes d'intégrité (Transparency International, Partnership against Corruption Initiative...), ou encore par les Autorités nationales elles-mêmes.
- **Vers une normalisation internationale?** L'ISO travaille actuellement sur deux projets de standards concernant la conformité⁵. Le développement de telles normes internationales, bien qu'il reste à voir comment elles pourront s'articuler entre elles, répond à un besoin de standardisation en la matière.

⁵ Projet ISO 19600 (Compliance management system) et projet ISO 37001 (Anti-bribery management system).



Conclusion

Les entreprises ont désormais conscience de l'enjeu et du risque associés à la non-conformité aux réglementations anti-corruption; les grandes sociétés françaises s'efforcent ainsi depuis plusieurs années de mettre en œuvre en leur sein des programmes de conformité ambitieux et coûteux (en ressources tant humaines que financières). L'efficacité de ces programmes face à la multiplicité d'acteurs et de standards représente aujourd'hui un enjeu majeur pour les responsables concernés dans les entreprises françaises.

Si la pérennisation des efforts entrepris reste un enjeu pour ces entreprises dans le cadre de la transparence des relations commerciales transnationales, la sécurité juridique et le souci de la compétitivité des sociétés françaises doit également guider l'action des autorités, en particulier françaises, dans l'élaboration de standards normatifs. Dans cette optique, une action concertée entre les autorités et les acteurs économiques doit être privilégiée, afin d'assurer la cohérence des démarches entreprises.