

Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale

JUIN 2016

Emmanuelle d'**ACHON** • Charles **TROTTMANN**

IGF

INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES



MINISTÈRE DES FINANCES
ET DES COMPTES PUBLICS

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,
DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE

IGF
INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES

RAPPORT

N° 2016-M-051

**APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA LOI
EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION TRANSNATIONALE**

Établi par

EMMANUELLE D'ACHON
Inspectrice générale des finances

CHARLES TROTTMANN
Inspecteur des finances

avec la participation de
AGATHE LIEFFROY
Assistante d'évaluation

- JUIN 2016 -

SYNTHESE

La loi pénale française, en l'état du droit applicable avant l'entrée en vigueur de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « Sapin 2 »), permet déjà de poursuivre largement les faits de corruption transnationale. Le projet de loi complète son champ d'application, qui couvrira dès lors, comme pour ses principaux partenaires¹, la corruption active et passive, ainsi que le trafic d'influence actif et passif, conformément aux recommandations de l'OCDE.

Le champ d'application territorial de la loi française en matière de corruption transnationale est également étendu, et ce avant même l'adoption du projet de loi. La compétence des juridictions françaises, comme celle de ses principaux partenaires, peut en effet être fondée à la fois sur une compétence territoriale, si un élément constitutif de l'infraction a été commis sur le territoire national, sur une compétence personnelle active, quand des faits sont commis à l'étranger par une personne physique ou morale française, ou sur une compétence personnelle passive, quand des faits ont été commis à l'encontre d'une victime française. **La France se singularise cependant par les restrictions qu'elle impose aujourd'hui à l'exercice de sa compétence pour des faits commis à l'étranger par des ressortissants français** : elle exige une réciprocité d'incrimination dans le pays où les faits ont été commis, une plainte préalable de la victime ou une dénonciation par l'état étranger pour pouvoir ouvrir les poursuites, soumises au monopole du parquet, ou encore un jugement définitif d'une juridiction étrangère sur le délit principal pour pouvoir poursuivre un complice en France. Ces restrictions, qui font l'objet de critiques des organisations internationales, et en particulier de l'OCDE, n'existent pas chez la majorité de nos partenaires. **Elles sont toutes levées par les dispositions du projet de loi Sapin 2, qui permettront ainsi à la France de se mettre aux standards internationaux en matière d'application extraterritoriale de sa compétence pénale.**

Parmi les pays étudiés, deux se singularisent par l'étendue de leur compétence extraterritoriale. Les Etats-Unis, en premier lieu, étendent leur compétence personnelle à toutes les entreprises, même de droit étranger, qui ont des titres cotés aux Etats-Unis. Ils se distinguent également par l'interprétation très large qu'ils font de leur compétence territoriale : bien que celle-ci soit fondée en droit sur des dispositions proches du droit français, l'administration et la justice américaine estiment que des critères très ténus permettent de rattacher une infraction au territoire américain (transit d'un virement par une banque américaine, envoi d'un message électronique depuis le territoire américain...). En second lieu, le droit du Royaume-Uni permet également de poursuivre toutes les personnes morales qui exercent une activité économique sur leur territoire national. Cette compétence n'a cependant jamais été exercée à ce jour.

La France fait l'objet de critiques récurrentes de la part des organisations internationales quant au manque d'effectivité de sa répression des faits de corruption transnationale. De fait, la comparaison avec les cinq pays étudiés indique que la France est la seule à ne pas avoir prononcé de condamnation définitive de personnes morales. Si des efforts ont été réalisés depuis 2013, traduits par une forte augmentation du nombre de procédures ouvertes (+105% en trois ans), la France, avec 7 condamnations définitives entre 1999 et 2014, demeure cependant loin des Etats-Unis (150) ou de l'Allemagne (220), mais comparable au Royaume-Uni (10) ou à l'Italie (13).

¹ Dans le cadre de cette étude, des comparaisons détaillées ont été réalisées avec cinq pays de l'OCDE : Allemagne, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni.

Ce qui distingue en réalité la France de tous ses partenaires et qui la pénalise dans l'efficacité de sa réponse pénale face à la corruption transnationale, bien plus que l'étendue de sa compétence territoriale, c'est avant tout l'absence de procédure transactionnelle. En effet, tous les autres pays étudiés disposent de procédures de justice négociée, permettant de suspendre les poursuites pénales en échange du paiement d'une pénalité financière. Cette procédure est avantageuse pour les entreprises, qui évitent ainsi la longueur et les conséquences dommageables d'une condamnation pénale (exclusion de certains marchés, risque de réputation et d'image...), autant que pour l'administration, qui y trouve un moyen de faciliter le travail des services judiciaires et d'infliger des amendes d'un montant élevé avec le consentement des entreprises. Les deux pays qui ont réalisé le plus de condamnations pour des faits de corruption, les Etats-Unis et l'Allemagne, recourent tous deux très majoritairement (respectivement à 77% et 78%) à des procédures transactionnelles.

Au total, les dispositions du projet de loi Sapin 2 déposé à l'Assemblée nationale réalisent une extension du champ d'application territorial de la loi française qui paraît suffisante, à la fois pour se conformer aux exigences de l'OCDE et pour répondre aux nécessités opérationnelles des enquêtes. L'instauration d'une conception plus large de l'extraterritorialité ne paraît donc pas nécessaire, mais pourrait toutefois se justifier, en opportunité, par une volonté de réaliser une « égalité des armes » et un affichage favorable vis-à-vis de nos principaux partenaires. Le cas échéant, l'introduction dans le projet de loi d'une disposition similaire à celle existant en droit britannique, étendant la compétence personnelle active aux personnes exerçant une « activité économique » sur le territoire français, pourrait être envisagée.

Les comparaisons internationales ainsi que l'ensemble des investigations réalisées par la mission plaident fortement en faveur de l'introduction en France d'un dispositif de justice transactionnelle en matière de corruption transnationale. Afin de se conformer à l'avis du Conseil d'Etat, qui a conduit au retrait des dispositions en ce sens présentes dans le texte initial, il apparaît souhaitable de les réintroduire en restreignant le champ d'application de la « compensation d'intérêt public » aux seuls faits de corruption transnationale, sans pour autant modifier l'équilibre général du dispositif.

Enfin, l'efficacité de la réponse pénale française face à la corruption transnationale dépendra avant tout des moyens budgétaires et humains qui lui seront consacrés. Les effectifs affectés à cette mission en France sont en effet nettement plus faibles que ceux du Royaume-Uni, et *a fortiori* des Etats-Unis, et ont baissé au cours des trois dernières années, alors que ceux de ses partenaires se renforcent. Dans le contexte de la réorganisation générale du système français de lutte contre la corruption consécutive à l'adoption de la loi Sapin 2, il conviendra de veiller à un bon équilibre des moyens entre la nouvelle Agence en charge de la prévention de la corruption, et les services chargés de la répression. *In fine*, c'est bien sur le nombre de sanctions pénales effectivement prononcées, signe de l'efficacité de son dispositif normatif, plutôt que sur le champ territorial théorique d'exercice de sa compétence, que l'action de la France en matière de lutte contre la corruption transnationale sera jugée par ses partenaires internationaux.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
1. LES CRITERES D'APPLICATION DE LA LOI FRANÇAISE EN MATIERE DE CORRUPTION TRANSNATIONALE, TELS QUE MODIFIES PAR LE PROJET DE LOI SAPIN 2, PERMETTENT D'ALIGNER LA FRANCE SUR LES BONNES PRATIQUES RECOMMANDEEES PAR L'OCDE, SANS POUR AUTANT CREER UNE EXTRATERRITORIALITE ETENDUE QUI N'EXISTE QUE CHEZ UN PETIT NOMBRE DE PAYS	2
1.1. La répression de la corruption transnationale par la France s'appuie d'ores et déjà sur des incriminations proches de celles en vigueur dans les pays étudiés, qui seront renforcées par le projet de loi Sapin 2.....	2
1.2. Les modalités d'application territoriale de la loi française sont déjà potentiellement larges, et le projet de loi Sapin 2 supprime les principales limites qui s'opposent à leur mise en œuvre, sans pour autant instaurer une extraterritorialité étendue qui ne concerne qu'une minorité de pays.....	3
1.2.1. <i>Le champ d'application théorique de la loi française en matière de lutte contre la corruption transnationale est déjà potentiellement large, et cohérent avec celui de la majorité des pays étudiés.....</i>	3
1.2.2. <i>Plusieurs limites à l'application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption distinguent toutefois la France de ses partenaires, et ont fait à ce titre l'objet de critiques de l'OCDE, justifiant leur suppression par le projet de loi Sapin 2.....</i>	7
1.2.3. <i>Le projet de loi Sapin 2 ne prévoit pas de dispositions instaurant pour la loi pénale française une « extraterritorialité étendue », celle-ci n'étant pratiquée que par une minorité de nos partenaires et ne faisant pas l'objet de recommandations de l'OCDE.....</i>	8

2. LE MANQUE D'EFFECTIVITE DE L'APPLICATION DE LA LOI FRANÇAISE EN MATIERE DE CORRUPTION TRANSNATIONALE, AVERE PAR COMPARAISON AVEC CERTAINS DE NOS PARTENAIRES, SEMBLE LIE BIEN PLUS AU MANQUE D'EFFICACITE DES MOYENS D'ENQUETE ET DE REPRESSION, ET NOTAMMENT A L'ABSENCE DE PROCEDURE TRANSACTIONNELLE, PLUTOT QU'AUX LIMITES DE L'EXTRATERRITORIALITE.....	10
2.1. La France n'a condamné de manière définitive aucune société française pour corruption transnationale, alors que les poursuites aboutissent plus fréquemment dans plusieurs pays étrangers.....	10
2.2. La France se singularise par l'absence de procédure transactionnelle en matière de corruption transnationale, qui fait d'elle une exception parmi ses partenaires et limite sa capacité de répression des faits de corruption	12
2.3. Les effectifs dédiés à la poursuite des faits de corruption transnationale sont limités en France, en comparaison à ceux des pays qui ont une action plus efficace en matière de lutte contre la corruption.....	14
3. SI L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION TERRITORIALE DE LA LOI FRANÇAISE AU-DELA DES DISPOSITIONS DE LA LOI SAPIN 2 NE PARAIT PAS NECESSAIRE, LA REINTRODUCTION DE LA COMPENSATION D'INTERET PUBLIC SERAIT DE NATURE A AMELIORER SA MISE EN ŒUVRE	15
3.1. L'extension du champ d'application territorial de la loi française au-delà des dispositions de la loi Sapin 2 n'est pas nécessaire, mais pourrait toutefois être envisagé.....	15
3.2. L'effectivité de la répression des faits de corruption transnationale justifie la réintroduction au sein du texte de la procédure de compensation d'intérêt public.....	16
3.3. Au-delà des dispositions du projet de loi Sapin 2, l'effectivité accrue de la répression de la corruption transnationale par la France dépendra avant tout des moyens qui lui seront consacrés	17
CONCLUSION.....	18

INTRODUCTION

Le Ministre des finances et des comptes publics a confié à l'inspection générale des finances (IGF), par lettre de mission du 13 avril 2016, une mission relative à l'application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale.

L'article 12 du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dit « Sapin 2 »), déposé devant l'Assemblée nationale le 30 mars 2016, a en effet pour objectif de faciliter la répression des atteintes à la probité commises à l'extérieur du territoire national français. Dans la perspective de l'examen par le Parlement de ce projet de loi, il a été demandé à l'IGF de réaliser un état des lieux comparé de l'application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale dans cinq pays de l'OCDE (Allemagne, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni), afin de déterminer si les dispositions du projet de loi permettront à la France de se mettre au niveau des meilleures pratiques internationales en matière de lutte contre la corruption.

La mission, composée d'une inspectrice générale des finances superviseuse, d'un inspecteur des finances chef de mission et d'une assistante de vérification, a conduit ses investigations entre le 14 avril et le 4 juin 2016. Elle a en particulier :

- ♦ rencontré les principales parties prenantes, notamment les services de l'Etat (Ministère des Finances et des comptes publics, Ministère de la Justice, Ministère des Affaires étrangères), magistrats (Parquet national financier), représentants des entreprises (AFEP, MEDEF), société civile (Transparency international) et cabinets d'avocats spécialisés ;
- ♦ réalisé un questionnaire de comparaison internationale, afin d'interroger les administrations des cinq pays concernés, par l'intermédiaire des services économiques et des magistrats de liaison à l'étranger. Cette enquête a été complétée par des contacts à Paris avec l'ambassade britannique et la magistrate de liaison allemande.

Le présent rapport rend compte de ces investigations, et présente une analyse comparée des critères et modalités d'application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale, en France et dans les cinq pays étudiés (1). Il examine ensuite les modalités d'exercice de cette compétence extraterritoriale, à la lumière en particulier des moyens d'enquête et de répression à la disposition des différents pays, et notamment des procédures de justice transactionnelle (2). Il formule enfin des recommandations quant aux évolutions souhaitables des dispositions du projet de loi Sapin 2 dans le cadre de la discussion parlementaire (3).

1. Les critères d'application de la loi française en matière de corruption transnationale, tels que modifiés par le projet de loi Sapin 2, permettent d'aligner la France sur les bonnes pratiques recommandées par l'OCDE, sans pour autant créer une extraterritorialité étendue qui n'existe que chez un petit nombre de pays

1.1. La répression de la corruption transnationale par la France s'appuie d'ores et déjà sur des incriminations proches de celles en vigueur dans les pays étudiés, qui seront renforcées par le projet de loi Sapin 2

La loi pénale française, en l'état du droit applicable avant l'entrée en vigueur de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « Sapin 2 »), permet déjà de poursuivre très largement les faits de corruption transnationale. Elle incrimine en effet :

- ◆ **le délit de corruption active** commis en direction d'un agent public d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale publique², ou du personnel judiciaire étranger ou international³ ;
- ◆ **le délit de corruption passive** commis par un agent public d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale publique⁴, ou par le personnel judiciaire étranger et international⁵ ;
- ◆ **le délit de trafic d'influence actif** en direction d'un agent ou d'un élu d'une organisation internationale publique⁶ ou du personnel judiciaire international⁷ ;
- ◆ **le délit de trafic d'influence passif** commis en direction d'un agent ou d'un élu d'une organisation internationale publique⁸ ou du personnel judiciaire international⁹.

Le projet de loi Sapin 2 élargit par ailleurs le délit de trafic d'influence aux agents publics étrangers, lui accordant ainsi le même périmètre d'application que celui de corruption, afin de répondre à une critique récurrente qui lui était adressée sur ce point par l'OCDE¹⁰.

Au total, le périmètre des incriminations en matière de corruption transnationale sera ainsi largement aligné sur celui de ses principaux partenaires.

En effet, on observe que parmi les cinq pays étudiés :

- ◆ **tous incriminent la corruption active** d'agents publics étrangers, avec une définition de l'agent public très proche et alignée sur celle de l'OCDE¹¹ ;

² Article 435-3 du Code pénal

³ Article 435-7 du Code pénal

⁴ Article 435-1 du Code pénal

⁵ Article 435-9 du Code pénal

⁶ Article 453-4 du Code pénal

⁷ Article 453-10 du Code pénal

⁸ Article 453-2 du Code pénal

⁹ Article 453-8 du Code pénal

¹⁰ OCDE, *France : rapport de suivi écrit de Phase 3 et recommandations*, Décembre 2014 (Recommandation 1e)

¹¹ Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 1997

- **seuls les Etats-Unis n'incriminent pas explicitement la corruption passive.** Toutefois, dans les faits, les infractions qui la caractérisent peuvent dans la majorité des cas être poursuivis sous d'autres chefs d'inculpation (notamment le blanchiment)¹² ;
- **le trafic d'influence d'agents publics étrangers n'est spécifiquement incriminé dans aucun des cinq pays étudiés.** Deux ne poursuivent pas l'infraction en tant que telle (Italie et Pays-Bas), et pour trois autres pays (Allemagne, Etats-Unis et Royaume-Uni), l'infraction est couverte par la définition large de la corruption, sans être pour autant spécifiquement incriminée. A l'issue du projet de loi Sapin 2, la France disposera donc du cadre législatif le plus explicite en la matière parmi les cinq pays étudiés ;
- **le Royaume-Uni se singularise par l'existence d'une infraction de « défaut de prévention de la corruption »¹³, applicable aux personnes morales.**

Tableau 1 : Incriminations en matière de corruption transnationale dans les cinq pays étudiés

	France avant Sapin 2	France après Sapin 2	Allemagne	Etats-Unis	Italie	Pays-Bas	Royaume-Uni
Corruption active	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Corruption passive	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Oui
Trafic d'influence	Agent ou élu d'une organisation internationale + personnel judiciaire international	Ajout des agents publics étrangers	Pas spécifiquement incriminé, mais couvert par la définition de la corruption	Pas spécifiquement incriminé, mais couvert par la définition de la corruption	Non	Non	Pas spécifiquement incriminé, mais couvert par la définition de la corruption
Défaut de prévention de la corruption	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Oui

Source : Mission.

1.2. Les modalités d'application territoriale de la loi française sont déjà potentiellement larges, et le projet de loi Sapin 2 supprime les principales limites qui s'opposent à leur mise en œuvre, sans pour autant instaurer une extraterritorialité étendue qui ne concerne qu'une minorité de pays

1.2.1. Le champ d'application théorique de la loi française en matière de lutte contre la corruption transnationale est déjà potentiellement large, et cohérent avec celui de la majorité des pays étudiés

En matière de corruption transnationale, la compétence de la juridiction pénale française peut reposer sur trois fondements :

¹² C'est le constat dressé par le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe dans son dernier rapport relatif à la lutte contre la corruption transnationale aux Etats-Unis (GRECO, *Troisième cycle d'évaluation – Deuxième rapport de conformité sur les Etats-Unis d'Amérique*, 18 mars 2016

¹³ Prévue par l'article 7 du United Kingdom Bribery Act (UKBA)

- ◆ **la compétence territoriale**, en application de l'article 113-2 du code pénal, qui dispose que « *la loi française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses éléments constitutifs a eu lieu sur ce territoire.* ». Cette formulation ouvre un champ d'application potentiel très large, d'autant plus pour ce qui concerne une infraction généralement complexe et étalée dans le temps ;
- ◆ **la compétence personnelle active**¹⁴, aux termes de laquelle les juridictions françaises sont compétentes pour juger un crime ou un délit commis à l'étranger par un citoyen français ou une personne morale de droit français, sous réserve pour les délits que les faits soient également punis par la législation du pays où ils ont été commis (cf. 1.2.2) ;
- ◆ **la compétence personnelle passive**¹⁵, qui rend la loi française applicable lorsqu'un crime ou un délit puni d'emprisonnement est commis à l'étranger à l'égard d'un Français.

Le projet de loi Sapin 2 prévoit par ailleurs d'étendre le périmètre de la compétence personnelle (active et passive) aux personnes résidant habituellement sur le territoire français, et non plus aux seuls citoyens français¹⁶.

Ces modalités d'application de la compétence pénale en matière de corruption transnationale sont cohérentes avec celles des principaux pays étudiés. On observe ainsi que :

- ◆ **la définition juridique de la compétence territoriale est proche entre les cinq pays étudiés.** Tous les pays considèrent qu'il suffit qu'un élément constitutif de l'infraction, et non sa totalité, se soit produit sur le territoire national, pour fonder la compétence des juridictions nationales. L'étendue de l'exercice de ces compétences dépend donc plutôt de la jurisprudence et de la volonté de poursuivre manifestée par les autorités de chaque pays que d'une réelle différence dans la rédaction de la loi (cf. 2) ;
- ◆ **les cinq pays étudiés reconnaissent une compétence personnelle active**, sans réserve pour deux d'entre eux (Etats-Unis et Royaume-Uni), et avec des réserves pour les trois autres (cf. 1.2.2). Cette compétence personnelle s'étend, au-delà des citoyens du pays, aux résidents habituels sur le territoire national pour trois des pays étudiés (Royaume-Uni, Etats-Unis et Pays-Bas), l'Allemagne et l'Italie ayant une pratique encore plus large en la matière, puisqu'il suffit qu'un étranger se trouve sur leur territoire pour fonder la compétence de la juridiction pénale en matière de corruption ;
- ◆ **la compétence personnelle passive est reconnue, sous réserves, par trois des pays étudiés** (Allemagne, Italie et Pays-Bas), tandis que deux autres ne la reconnaissent pas (Etats-Unis et Royaume-Uni) pour les affaires de corruption transnationale.

¹⁴ Article 113-6 du Code pénal

¹⁵ Article 113-7 du Code pénal

¹⁶ Une telle extension est déjà prévue par le Code pénal pour d'autres crimes et délits. C'est le cas, pour la compétence personnelle active, des agressions sexuelles contre un mineur (222-22§3), du proxénétisme (225-11-2), du recours à la prostitution de mineurs (225-12-3), de la mise en péril des mineurs (227-27-1), de la participation à une activité de mercenaire (436-3) et des infractions en matière de santé publique (511-1-1). C'est également le cas pour la compétence personnelle passive pour certaines infractions commises à l'étranger sur une victime mineure dont la résidence habituelle est en France (226-16-2) et pour certaines infractions en matière de violence faite aux femmes (221-5-4, 222-6-3 et 222-16-3), notamment le refus de contracter un mariage ou de conclure une union.

Tableau 2 : Champ d'application de la loi pénale en matière de lutte contre la corruption transnationale dans les cinq pays étudiés

	France avant Sapin 2	France après Sapin 2	Allemagne	Etats-Unis	Italie	Pays-Bas	Royaume-Uni
Compétence territoriale	Dès lors qu'un des éléments constitutifs de l'infraction a eu lieu sur le territoire national	Dès lors qu'un des éléments constitutifs de l'infraction a eu lieu sur le territoire national	Dès lors que se trouve sur le territoire national n'importe quel lieu où l'auteur de l'infraction ou son complice a agi en vue de la commettre, ou si l'infraction a produit l'une de ses conséquences sur le territoire national	Tout élément de l'infraction commis sur le territoire américain (appel, mail, fax, virement bancaire, transit par un aéroport américain)	Lorsque l'acte ou l'omission constitutifs de l'infraction se sont produits sur le territoire national en tout ou partie, ou lorsqu'un événement qui est une conséquence de l'acte ou de l'omission s'y produit	Si une partie de l'infraction a eu lieu sur le territoire national, si un moyen permettant de commettre l'infraction a transité par le territoire national ou si la conséquence de l'infraction produit des effets aux Pays-Bas	Si tout ou partie de l'acte de corruption a eu lieu au Royaume-Uni
Compétence personnelle active pour les citoyens et entreprises nationales	Oui, sous réserves	Oui	Oui, sous réserves	Oui	Oui, sous réserves	Oui	Oui, toutes les entreprises qui ont une « activité commerciale » au Royaume-Uni, uniquement pour l'infraction de défaut de prévention de la corruption
Compétence personnelle élargie pour les personnes morales	Non	Non		Oui, toutes les entreprises soumises à la surveillance de la SEC	Non	Non	

Rapport

	France avant Sapin 2	France après Sapin 2	Allemagne	Etats-Unis	Italie	Pays-Bas	Royaume-Uni
Compétence personnelle active pour les citoyens étrangers résidents habituels sur le territoire national	Non	Oui	Oui (il suffit que la personne se trouve sur le territoire allemand, même si elle n'y a pas sa résidence habituelle)	Oui	Oui (il suffit que la personne se trouve sur le territoire italien, même si elle n'y a pas sa résidence habituelle)	Oui	Oui
Compétence personnelle passive	Oui, sous réserves	Oui, sous réserves	Oui, sous réserves	Non	Oui, sous réserves	Oui, sous réserves	Non

Source : Mission.

1.2.2. Plusieurs limites à l'application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption distinguent toutefois la France de ses partenaires, et ont fait à ce titre l'objet de critiques de l'OCDE, justifiant leur suppression par le projet de loi Sapin 2

Les modalités d'application extraterritoriale de la loi pénale française en matière de lutte contre la corruption, avant l'intervention du projet de loi Sapin 2, se distinguent par l'existence de **limites importantes à l'application du principe de personnalité active et passive**. Trois principales limites concentrent les critiques :

- ◆ **l'exigence de réciprocité d'incrimination** : pour que les juridictions françaises puissent poursuivre sans restriction des faits commis en dehors du territoire national par un ressortissant français, il faut qu'il s'agisse de crimes. Si les faits en question sont des délits, la compétence n'est fondée que si les faits sont également punis par la législation du pays où ils ont été commis. Cette restriction a fait l'objet de critiques récurrentes de la part de l'OCDE à l'égard de la France, mais ne constitue pas pour autant une spécificité française : la réciprocité d'incrimination est également exigée par l'Allemagne et par les Pays-Bas pour poursuivre des faits commis à l'étranger par leurs ressortissants ou à leur encontre (cf. Tableau 2) ;
- ◆ **le monopole du ministère public et l'exigence d'une plainte préalable** d'une victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis, en ce qui concerne les faits de trafic d'influence et de corruption d'agents publics étrangers commis par des Français hors du territoire de la République¹⁷. Une telle restriction n'existe à l'identique dans aucun autre des pays étudiés, même si l'on retrouve en Italie des dispositions qui s'en approchent : pour les infractions les moins graves (punies par une peine de moins de 3 ans d'emprisonnement) commises à l'étranger par un ressortissant italien ou par un étranger se trouvant sur le territoire italien, la compétence des juridictions italiennes n'est établie qu'à la demande d'une des victimes ou du ministère de la justice ;
- ◆ **la condition de constatation définitive dans un jugement de la juridiction étrangère du délit principal commis à l'étranger**, nécessaire à la poursuite en France du complice de trafic d'influence ou de corruption d'agents publics étrangers¹⁸. Cette restriction n'existe dans aucun autre des pays étudiés.

Ces trois dispositions ont fait l'objet de critique de la part des principales organisations internationales compétentes en matière de lutte contre la corruption transnationale.

¹⁷ Conditions posées à l'article 113-8 du Code pénal

¹⁸ Exigée à l'article 113-5 du Code pénal

Tableau 3 : Recommandations faites à la France par les principales organisations internationales sur l'exercice extraterritorial de sa compétence en matière de corruption

	Réciprocité d'incrimination	Monopole du parquet	Plainte préalable de la victime ou dénonciation officielle par l'Etat étranger	Constatation de l'infraction principale par décision définitive de la juridiction étrangère
OCDE	Recommandation	Recommandation	Recommandation	Néant
GRECO	Recommandation supprimée	Néant	Recommandation	Recommandation
ONUDC	Néant	Néant	Recommandation	Néant
Commission européenne	Recommandation	Recommandation	Recommandation	Recommandation

Source : Mission, d'après l'étude d'impact du projet de loi Sapin 2

Le projet de loi Sapin 2, dans sa version actuelle, supprime toutes ces restrictions, alignant ainsi les conditions juridiques d'exercice par la France de sa compétence extraterritoriale à raison de la compétence personnelle sur les meilleures pratiques internationales. Au cours d'un entretien avec la mission, les services de l'OCDE ont confirmé que les dispositions du projet de loi permettaient de répondre à leurs principales recommandations, sans qu'il soit nécessaire d'aller plus loin.

1.2.3. Le projet de loi Sapin 2 ne prévoit pas de dispositions instaurant pour la loi pénale française une « extraterritorialité étendue », celle-ci n'étant pratiquée que par une minorité de nos partenaires et ne faisant pas l'objet de recommandations de l'OCDE

Parmi les cinq pays étudiés, deux présentent des critères d'application extraterritoriale de leur loi pénale en matière de corruption transnationale spécialement étendus : il s'agit des Etats-Unis et du Royaume-Uni.

Les Etats-Unis, en premier lieu, se singularisent sur deux points :

- la conception de la territorialité des faits y est particulièrement étendue. La doctrine administrative¹⁹ et la jurisprudence ont en effet interprété de manière très large l'expression « *while in the territory of the US* »²⁰ : il suffit, pour fonder la compétence territoriale des Etats-Unis, qu'un élément mineur de l'infraction ait un rattachement avec le territoire national (transit d'un virement par une banque américaine, passage d'un appel téléphonique depuis ou vers le territoire américain...) ;
- la compétence personnelle active est entendue de manière extensive pour les personnes morales : ainsi, toutes les entreprises qui font l'objet d'une surveillance par la Securities and Exchange Commission (SEC) relèvent du FCPA (« issuers »), y compris lorsqu'il s'agit d'entreprises de droit étranger.

¹⁹ A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act, publié en 2012

²⁰ Article §78dd-3 du FCPA

Au Royaume-Uni, le United Kingdom Bribery Act (UKBA) prévoit également une définition très extensive de la compétence personnelle active pour les entreprises, mais uniquement pour l'infraction de « défaut de prévention de la corruption » (et non directement pour la corruption active ou passive)²¹. A ce titre, sont soumises à la juridiction britannique toutes les entreprises qui exercent « une activité commerciale ou une profession » sur le territoire britannique, y compris pour des faits sans aucun lien de rattachement avec le territoire britannique.

Par ailleurs, au-delà du périmètre des cinq pays étudiés en détail dans le présent rapport, quelques autres pays présentent des dispositions d'application extraterritoriale étendues :

- ♦ en Chine, l'adoption en mai 2011 du 8ème amendement au code pénal de la République populaire de Chine (RPC) a permis d'étendre la compétence des juridictions chinoises aux faits de corruption d'agents publics étrangers commis en dehors de ses frontières impliquant non seulement des entreprises chinoises mais également les opérateurs économiques organisés en co-entreprise (*joint-venture*) avec des entreprises chinoises ainsi que les entreprises étrangères ayant une représentation sur le territoire chinois (art. 164 code pénal de RPC) ;
- ♦ en Russie, le gouvernement a soumis le 18 août 2015 à la Douma un projet de loi sur la reconnaissance de la responsabilité des personnes morales pour corruption qui prévoit que la responsabilité des personnes morales étrangères pourra être engagée pour faits de corruption commis hors de Russie à partir du moment où les faits portent atteinte aux « intérêts de la Russie ».

La portée de ces dispositifs extraterritoriaux doit toutefois être nuancée, et ce, à trois titres :

- ♦ contrairement à ce qui est parfois affirmé par les entreprises, la compétence extraterritoriale américaine en matière de lutte contre la corruption connaît des limites. La jurisprudence récente a en effet retenu à plusieurs reprises l'insuffisance de lien territorial avec les Etats-Unis, et donc l'incompétence des juridictions nationales²² ;
- ♦ dans les principales affaires ayant donné lieu à la condamnation d'entreprises étrangères au titre du FCPA, le lien de rattachement avec les Etats-Unis est fermement établi²³, sans qu'il soit besoin de recourir à une interprétation extensive de l'étendue de la compétence territoriale ;
- ♦ si la compétence extraterritoriale britannique paraît en théorie étendue, elle n'a en réalité jamais été exercée en tant que telle : la seule affaire résultant de l'application de l'article 7 du UKBA à ce jour, soldée par une transaction pénale en 2015, concernait en effet une société de droit britannique d'une entreprise (Standard Bank Plc).

Les services de l'OCDE en charge de la lutte contre la corruption ont indiqué à la mission que l'existence d'une compétence extraterritoriale étendue n'était pas considérée par eux comme une exigence, et qu'il n'était pas attendu des autres Etats-parties à la Convention qu'ils s'alignent sur les dispositions juridiques britanniques ou américaines. A l'inverse, les dispositions en projet en Russie, de par leur caractère particulièrement large et vague, suscitent plutôt l'inquiétude de la part de l'OCDE en raison du risque d'instrumentalisation qu'elles présentent.

²¹ UKBA, Article 7

²² A titre d'exemple, dans la décision *U.S. v. Hoskins* en 2015, le juge a accepté, en partie, la requête en irrecevabilité de l'accusé en statuant qu'en tant qu'étranger, ne résidant pas aux Etats-Unis, il ne pouvait pas être soumis aux dispositions du FCPA puisque les faits qui lui étaient reprochés n'avaient pas eu lieu aux Etats-Unis (« *not while in the territory of the U.S.* »)

²³ A titre d'exemple, pour les affaires ayant impliqué des sociétés françaises, Technip, Total et Alcatel-Lucent entraient dans le champ d'application du FCPA dans la mesure où elles étaient cotées à la bourse de New York, tandis que dans le cas d'Alstom, les faits de corruption avaient été commis par deux de ses filiales de droit américain.

2. Le manque d'effectivité de l'application de la loi française en matière de corruption transnationale, avéré par comparaison avec certains de nos partenaires, semble lié bien plus au manque d'efficacité des moyens d'enquête et de répression, et notamment à l'absence de procédure transactionnelle, plutôt qu'aux limites de l'extraterritorialité

2.1. La France n'a condamné de manière définitive aucune société française pour corruption transnationale, alors que les poursuites aboutissent plus fréquemment dans plusieurs pays étrangers

La France fait l'objet de critiques récurrentes de la part de l'OCDE du fait du manque d'effectivité de la répression des faits de corruption transnationale, en particulier ceux commis par ses entreprises à l'étranger²⁴. De fait, les statistiques fournies par la France dans le cadre du suivi de la Convention de l'OCDE pour la lutte contre la corruption indiquent que depuis 1999, seules 7 personnes physiques ont été condamnées, et aucune personne morale. Ceci est d'autant plus préoccupant que la France tient une place importante dans les échanges internationaux²⁵ et qu'elle compte de nombreuses entreprises multinationales exposées au risque de corruption. Plusieurs d'entre elles ont d'ailleurs fait l'objet de sanctions lourdes à l'étranger pour corruption d'agents publics étrangers, sans pour autant avoir été condamnées en France²⁶.

Ce constat sévère dressé par l'OCDE doit cependant être nuancé à double titre. En premier lieu, la France a fortement accentué dans la période récente son effort de lutte contre les atteintes à la probité. En particulier, au cours de l'année 2013, la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière du 6 décembre 2013 a renforcé les peines encourues notamment en matière de corruption. Ont également été créés un Parquet national financier (PNF) chargé de traiter de manière centralisée les procédures relatives à la grande délinquance économique et financière (et notamment la corruption transnationale), et un office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales (OCLCIFF) en charge de mener les enquêtes sur ces faits. Ces réformes récentes, de nature à renforcer les moyens de lutte contre la corruption transnationale, n'ont pas encore pleinement produit leurs effets, mais on constate néanmoins au cours des dernières années une forte augmentation du nombre d'affaires ouvertes :

- ♦ entre la fin de l'année 2012 et la fin de l'année 2015, 35 affaires pour corruption d'agents publics étrangers ont été ouvertes, soit plus qu'entre 2000 et 2012 (33 affaires) ;
- ♦ deux personnes morales ont été condamnées en février 2016 pour corruption d'agents publics étrangers. Un pourvoi en cassation a été formé, mais cette affaire pourrait constituer la première condamnation définitive d'une personne morale pour des faits de corruption ;

²⁴ OCDE, *France : rapport de suivi écrit de Phase 3 et recommandations*, Décembre 2014

²⁵ Elle a représenté 3,5% des exportations mondiales en 2014, selon l'OCDE

²⁶ C'est notamment le cas d'Alstom, qui a versé aux Etats-Unis en 2014 une amende de 772 M€ et en Suisse en 2011 une amende de 1 M€ ; de Total, qui a versé aux Etats-Unis en 2013 une amende de 398M€, de Technip, qui a versé aux Etats-Unis en 2010 une amende de 2010 M€, et d'Alcatel-Lucent, qui a versé aux Etats-Unis en 2010 une amende de 137 M€.

Rapport

- deux condamnations encore non définitives ont été récemment prononcées à l'encontre de personnes physiques, une en décembre 2015 ayant fait l'objet d'un appel, et une autre prononcée par la Cour d'appel de Paris en février 2016 et concernant 11 personnes physiques, pour laquelle un pourvoi en cassation a été formé.

Tableau 4 : Procédures pour corruption d'agents publics étrangers en France

	2012	2014	2015
Procédures ouvertes depuis 2000	33	58	68
Procédures en cours au 31 décembre de l'année	23	30	44
Nombre cumulé d'affaires ayant donné lieu à des condamnations définitives pour corruption d'agent public étranger	3	4	5

Source : Direction des affaires criminelles et des grâces du Ministère de la justice.

En second lieu, les difficultés rencontrées par la France pour faire aboutir les procédures en matière de lutte contre la corruption transnationale ne font pas pour autant d'elle une exception en comparaison des autres pays étudiés. Ainsi, on constate que :

- deux pays, les Etats-Unis et l'Allemagne, se détachent clairement par le nombre très important de condamnations qu'elles prononcent en matière de corruption transnationale, tant pour les physiques que pour les personnes morales ;
- la France, l'Italie et le Royaume-Uni présentent des résultats relativement comparables quant au nombre de condamnations définitives pour corruption d'agents publics étrangers ;
- les Pays-Bas apparaissent en retrait, avec seulement deux personnes morales condamnées ;
- la France demeure cependant, parmi les pays étudiés, le seul qui n'ait jamais prononcé de condamnation définitive pour corruption d'agent public étranger à l'encontre d'une personne morale.

Tableau 5 : Procédures pénales en matière de corruption d'agents publics étrangers conclues entre 1999 et 2014²⁷

	France	Allemagne	Etats-Unis	Italie	Pays-Bas	Royaume-Uni
Personnes morales condamnées	0	209	92	4	2	2
Personnes morales acquittées	0	0	0	0	0	0
Personnes physiques condamnées	7	11	58	9	0	8
Personnes physiques acquittées	2	2	4	4	1	4
Total affaires clôturées	9	222	154	17	3	14
Total condamnations définitives	7	220	150	13	2	10

Source : Mission, d'après OCDE, Working group on Bribery Enforcement Data 2014

²⁷ Ces données, collectées par l'OCDE auprès des pays-membres de la Convention de lutte contre la corruption transnationale, recensent uniquement les procédures pénales (et non les procédures civiles), uniquement les procédures pour corruption d'agents publics étrangers (et non les infractions liées, telles que le défaut de sincérité des comptes liés à des actes de corruption, poursuivi notamment par la législation américaine). Les statistiques concernent uniquement les procédures faisant l'objet d'un jugement définitif, et non l'ensemble des procédures ouvertes en cours d'instruction ou de jugement.

2.2. La France se singularise par l'absence de procédure transactionnelle en matière de corruption transnationale, qui fait d'elle une exception parmi ses partenaires et limite sa capacité de répression des faits de corruption

Les cinq pays étudiés partagent une caractéristique, qui les différencie singulièrement de la France dans leur pratique répressive à l'encontre de la corruption transnationale : tous disposent d'une procédure de justice transactionnelle, permettant de donner aux procédures une issue rapide, et de négocier la sanction imposée entre l'entreprise et le parquet. Chacun des pays la pratique toutefois de manière différente :

- ◆ **aux Etats-Unis**, il existe deux sortes de procédures de justice négociée en matière pénale. Le *plea guilty* (plaider coupable), permet l'imposition d'une amende négociée avec reconnaissance de culpabilité, mais emporte toutes les conséquences d'une condamnation pénale. Il est souvent utilisé dans les affaires de corruption impliquant des personnes physiques. Le *deffered prosecution agreement* (DPA) ou *non-prosecution agreement* (NPA)²⁸, privilégié par les personnes morales, n'emporte pas au contraire de reconnaissance de culpabilité. Les poursuites sont suspendues (ou ne sont pas engagées), en échange du paiement par la personne morale d'une pénalité financière, et le plus souvent, de la mise en place d'un programme de conformité sous la surveillance d'un « *monitor* » externe à l'entreprise ;
- ◆ **le Royaume-Uni** dispose également d'une procédure de *plea guilty*, et a également introduit en 2013 une procédure de *deffered prosecution agreement*, avec des modalités proches. Il s'en distingue toutefois par un contrôle accru du juge, qui doit notamment valider la possibilité de recourir au DPA en amont des négociations, publier sa validation du DPA, et autoriser la transaction en aval ;
- ◆ **aux Pays-Bas**, le ministère public peut également conclure une transaction (*transactie*) qui conduit à l'abandon des charges à l'encontre d'une personne morale, en échange du paiement d'une pénalité ;
- ◆ **en Allemagne**, la procédure prévue à l'article 153a du Code pénal permet au ministère public d'exempter de poursuite à titre provisoire les personnes physiques, moyennant le paiement d'une amende (équivalent du DPA). Par ailleurs, le droit allemand ne reconnaît pas de responsabilité pénale des personnes morales. Pour les cas de corruption transnationale, c'est la responsabilité administrative des entreprises qui est engagée, et conduit au paiement d'une amende correspondant à la confiscation du montant de l'avantage obtenu par la corruption, majoré d'une pénalité ;
- ◆ **en Italie**, comme en Allemagne, les personnes morales ne peuvent voir engager que leur responsabilité administrative, et non pénale. Le ministère public peut proposer tant aux personnes physiques que morales de recourir au *pattegiamento*, procédure définie aux articles 444 à 448 du code de procédure pénale et qui permet d'aboutir à une sanction négociée, en échange toutefois d'une reconnaissance de culpabilité, et donc d'une condamnation.

Tableau 6 : Procédure de justice pénale transactionnelle en matière de corruption

	France	Allemagne	Etats-Unis	Italie	Pays-Bas	Royaume-Uni
Nature du dispositif	Aucun	Transaction (Article 153a du Code pénal)	DPA et NPA	<i>Pattegiamento</i>	<i>Transactie</i>	DPA
Intervention du juge	-	Oui	Non	Oui	Non	Oui

²⁸ Dans le cas du DPA, les charges sont présentées à la Cour par le parquet, qui demande simultanément le report du jugement pour permettre à l'accusé de démontrer sa bonne volonté et sa coopération. Au terme du délai de probation, si l'accusé a respecté ces obligations, les poursuites sont abandonnées. Dans le cas du NPA, l'accord est passé directement entre le parquet et l'accusé, et les charges contre lui ne sont même pas présentées, sous réserve qu'il respecte les obligations qui lui sont imposées.

	France	Allemagne	Etats-Unis	Italie	Pays-Bas	Royaume-Uni
Reconnaissance de culpabilité	-	Non	Non	Oui	Non	Non

Source : Mission.

L'absence en France de dispositif de justice transactionnelle a été considérée par l'ensemble des interlocuteurs de la mission comme un handicap dans le traitement des affaires de corruption transnationale, et ce, à plusieurs titres :

- ♦ pour les entreprises, l'enjeu clé est de disposer d'une procédure sans reconnaissance de culpabilité, qui leur permet d'éviter les conséquences économiques potentiellement importantes qui s'attachent à une condamnation pénale (exclusion de certains appels d'offre, risque de réputation, incertitude liée à la durée du procès pénal...). La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) qui existe en France n'a ainsi jamais été utilisée en matière de corruption transnationale, car elle ne présente pas les avantages d'une transaction pénale ;
- ♦ la transaction pénale permet de raccourcir très fortement la durée des poursuites. Alors qu'en France, le parquet national financier estime qu'il faut une durée minimale de 10 ans pour aboutir à une condamnation pénale définitive en matière de corruption, l'exemple britannique montre qu'un DPA peut aboutir à une résolution particulièrement rapide. Dans l'affaire « Standard Bank Plc », premier DPA conclu au Royaume-Uni depuis l'entrée en vigueur du dispositif, les faits de corruption ont été commis en mars 2013, l'avocat de l'entreprise qui en a eu connaissance les a dénoncés spontanément au *Serious Fraud Office* en avril 2013, les poursuites ont été engagées en juillet 2014 et le DPA conclu en novembre 2015, soit deux ans et demi après la commission des faits ;
- ♦ les procédures de transaction pénale impliquent une coopération des entreprises à l'enquête, ce qui permet à la fois de faciliter la manifestation de la vérité, et de diminuer la pression sur les moyens de la justice – ce d'autant plus que les condamnations peuvent inclure le remboursement des coûts engendrés par l'enquête, comme c'est le cas notamment aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni²⁹ ;
- ♦ dans les pays qui pratiquent les sanctions négociées, les pénalités imposées peuvent atteindre des montants très élevés, avec le consentement de l'entreprise qui souhaite mettre fin aux poursuites le plus rapidement possible et éviter des conséquences pénales. Ainsi, aux Etats-Unis, les sanctions imposées à Siemens ont atteint 800 M\$ en 2008 ; aux Pays-Bas, la société SBM Offshore a versé en 2014 une pénalité de 240 M\$ au gouvernement néerlandais dans le cadre d'un DPA ; en Allemagne, Siemens s'est acquitté en 2008 d'une amende administrative d'un montant de 395 M€ pour des faits de corruption ; au Royaume-Uni, le DPA conclu avec Standard Bank Plc a abouti au versement de 25 M\$ aux autorités britanniques et 7 M\$ en réparation aux autorités tanzaniennes lésées par les actes de corruption. En comparaison, en France, les amendes prononcées en appel contre deux personnes morales en février 2016 s'élèvent à 300 000€ et 750 000€, dans l'attente d'un jugement en cassation.

²⁹ Dans l'affaire Standard Bank Plc, l'entreprise a accepté, dans le cadre du DPA, de verser 330 000£ au *Serious Fraud Office* pour couvrir les frais d'enquête.

Au total, le dernier rapport de l'OCDE³⁰ estime que 69% des sanctions imposées dans le monde pour réprimer des faits de corruption transnationale l'ont été dans le cadre de procédures transactionnelles. Parmi les cinq pays étudiés, on observe qu'en Allemagne, les sanctions négociées ont représenté 78% du total des affaires conclues en matière de corruption d'agents publics étrangers³¹, aux Etats-Unis, 77% des enquêtes conclues entre 2004 et 2011 se sont soldées par un règlement négocié³² ; aux Pays-Bas, les deux seules condamnations pour corruption transnationale sont intervenues dans le cadre de transactions ; au Royaume-Uni, la seule affaire conclue en 2015 l'a été dans le cadre d'un DPA.

2.3. Les effectifs dédiés à la poursuite des faits de corruption transnationale sont limités en France, en comparaison de ceux des pays qui ont une action plus efficace en matière de lutte contre la corruption

Plusieurs interlocuteurs de la mission ont souligné que le manque d'effectivité de la répression de la corruption transnationale par la France était largement dû au manque de moyens consacrés à la répression et à la poursuite des infractions, lié à la fois à l'absence de procédure transactionnelle, qui fait peser sur le système judiciaire le poids d'enquêtes très longues et complexes, et aux moyens en personnel limités alloués à cette mission.

Le périmètre de la lettre de mission et le délai imparti pour les investigations n'ont pas permis à la mission de réaliser une comparaison approfondie des moyens budgétaires et humains affectés à la lutte contre la corruption dans les différents pays, mais les données disponibles permettent néanmoins de souligner une différence d'échelle entre les moyens engagés en France et dans d'autres pays :

- ♦ en France, le parquet national financier (PNF) compte 15 magistrats, qui traitent à la fois des dossiers liés à la corruption transnationale, à la fraude fiscale et à la délinquance économique, aucun n'étant exclusivement spécialisé dans la lutte contre la corruption transnationale. L'OCLCIFF, en charge des enquêtes, compte un effectif de 83 personnes (en baisse de 12% depuis 2014), dont 17 spécialisées dans la lutte contre la corruption (nationale et transnationale) et la criminalité financière (en baisse de 23% depuis 2014) ;
- ♦ au Royaume-Uni, le Serious Fraud Office, qui assume à la fois des fonctions de prévention de la corruption, d'enquête et de poursuites, sur un périmètre de compétence comparable à celui du PNF/OCLCIFF, comptait 380 employés en janvier 2016³³ ;

³⁰ OCDE, *Foreign Bribery Report*, 2014

³¹ OCDE, *Working group on Bribery Enforcement Data*, 2014

³² Calcul du Service économique régional à Washington, à partir des données du *Department of Justice* et de la *Securities and Exchange Commission*.

³³ <https://www.sfo.gov.uk/about-us/>

- aux Etats-Unis, la « Fraud Section » du ministère de la justice, équivalent du PNF, comptait en 2015 159 procureurs, 20 personnels supports et 130 personnels contractuels. La section spécifiquement dédiée à la lutte contre la corruption transnationale dans le cadre du FCPA (*FCPA Unit*) comprenait 29 procureurs et 5 superviseurs³⁴. L’« *International Corruption Unit* » (ICU) du FBI, spécifiquement chargée de conduire les enquêtes dans le cadre du FCPA, comprenait en 2015 30 agents dédiés à ces enquêtes, et a annoncé depuis lors la création de trois nouvelles brigades spécialisées basées à New York, Los Angeles et Washington³⁵. On peut par ailleurs constater que l’augmentation très nette des incriminations au titre du FCPA, observée à partir de l’année 2008 aux Etats-Unis, correspond précisément à la date de création de l’ICU, alors même qu’aucun changement dans la réglementation n’est intervenu à cette date.

3. Si l’extension du champ d’application territoriale de la loi française au-delà des dispositions de la loi Sapin 2 ne paraît pas nécessaire, la réintroduction de la compensation d’intérêt public serait de nature à améliorer sa mise en œuvre

3.1. L’extension du champ d’application territorial de la loi française au-delà des dispositions de la loi Sapin 2 n’est pas nécessaire, mais pourrait toutefois être envisagée

Au vu des investigations conduites par la mission, il apparaît que les dispositions du projet de loi Sapin 2, tel que déposé à l’Assemblée nationale, réalisent une extension du champ d’application territorial de la loi française qui paraît suffisante. En effet :

- elle répond aux critiques formulées par l’OCDE vis-à-vis de la législation française ;
- les services du PNF indiquent qu’à ce jour, leur action en matière de lutte contre la corruption transnationale ne s’est pas trouvée entravée par la limite de la compétence territoriale française – celle-ci pouvant déjà être entendue largement, notamment à partir de l’article 113-2 du code pénal -, mais plutôt par le manque de coopération des autorités étrangères et par le manque de moyens consacrés aux enquêtes. Ainsi, une extension de la compétence territoriale, sans modification des moyens d’enquête ou de répression n’aurait pas pour effet d’améliorer l’efficacité de la réponse pénale française face à la corruption transnationale.

Si l’instauration d’une conception plus large de l’extraterritorialité ne paraît donc pas absolument nécessaire, elle pourrait toutefois comporter un intérêt relatif :

- du point de vue opérationnel, le PNF souligne qu’une définition plus large du champ d’application extraterritorial de la loi française permettrait de faire valoir un argument supplémentaire auprès des autorités étrangères à l’appui des demandes d’assistance judiciaire – sans pour autant qu’il faille en attendre un effet important ;

³⁴ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/833301/download>

³⁵ <https://www.morganlewis.com/pubs/fbi-establishes-dedicated-international-corruption-squads-to-bust-fcpa-violators>

- du point de vue de la « théorie des apparences », l'instauration d'une extraterritorialité étendue dans le droit français pourrait envoyer un signal à nos partenaires internationaux sur la détermination de la France à lutter contre la corruption, et attirer en France des contentieux à l'encontre d'entreprises françaises qui sont aujourd'hui traités par les Etats-Unis dans le cadre du FCPA. A cet égard, toutefois, il convient d'éviter toute naïveté : les autorités étrangères, et notamment américaines, mesureront l'effort fait par la France en matière de lutte contre la corruption et l'opportunité d'une meilleure coopération avec elle sur ce sujet, non pas à son cadre juridique, mais au nombre de personnes physiques et morales qui seront effectivement poursuivies et condamnées ;
- l'instauration d'une compétence extraterritoriale étendue pourrait créer une forme « d'égalité des armes » avec des pays comme le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Cependant, là encore, cette égalité des armes demeurera conditionnée à la capacité effective de la France à mettre en œuvre les poursuites en matière de corruption transnationale.

Ainsi, si l'extension du champ d'application extraterritorial de la loi française au-delà du texte déposé à l'Assemblée nationale n'est pas une nécessité opérationnelle, il pourrait toutefois être envisagé en opportunité politique.

Le cas échéant, la rédaction de l'amendement CL208 adopté par la Commission des finances de l'Assemblée nationale, qui étend la compétence personnelle active aux personnes (physiques et morales) « exerçant tout ou partie de leur activité économique » en France, paraît appropriée dans la mesure où elle introduit en droit français une notion équivalente à celle existant en droit britannique dans le cadre du UKBA.

3.2. L'effectivité de la répression des faits de corruption transnationale justifie la réintroduction au sein du texte de la procédure de compensation d'intérêt public

Les comparaisons internationales effectuées par la mission, ainsi que l'ensemble des entretiens qu'elle a conduits plaident en faveur de l'introduction en France d'un dispositif transactionnel en matière de lutte contre la corruption transnationale. Celui-ci est souhaité à la fois par les représentants des entreprises, qui y voient un moyen de régler de manière rapide et efficace les affaires de corruption, en s'évitant le risque et l'incertitude liés à une procédure pénale ; par certaines ONG (notamment Transparency international), qui y voient un moyen de renforcer la répression par la France de la corruption transnationale, et par les magistrats qui y trouveraient un outil efficace de résolution des affaires de corruption transnationale.

L'avis du Conseil d'Etat, qui a conduit au retrait du texte du projet de loi déposé à l'Assemblée nationale des dispositions initialement prévues pour instaurer une « compensation d'intérêt public », souligne que « *compte tenu des procédures et pratiques existant dans différents États pour le traitement des faits de corruption transnationale, l'institution d'une telle procédure dans ce seul champ est envisageable, sous réserve que soient prévues des garanties appropriées. Dans ce cadre particulier, les avantages résultant de la mise en œuvre de cette procédure paraissent en effet au Conseil d'État l'emporter sur les inconvénients* ».

Dès lors, il apparaît souhaitable que soient réintroduites par amendement dans le texte du projet de loi les dispositions qui y figuraient initialement en matière de « compensation d'intérêt public », en restreignant toutefois leur champ d'application aux seuls faits de corruption transnationale, sans modifier par ailleurs l'équilibre du texte initial.

A cet égard, l'amendement CL331 adopté par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, qui réintroduit ces dispositions, est bienvenu. Au-delà de quelques modifications rédactionnelles mineures, sa rédaction présente toutefois deux difficultés potentielles :

- ♦ **le champ d'application n'a pas été restreint aux infractions de corruption transnationale**, contrairement à ce qui a été demandé par le Conseil d'Etat. Il vise toujours, à ce stade, les articles « 433-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1 du code pénal » et les « *huitième alinéa de l'article 434-9 et deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du même code* ». Pour se conformer à la décision du Conseil d'Etat, il conviendrait de ne viser que les articles 435-3, 435-4, 435-9 et 435-10 ;
- ♦ **l'amendement adopté ouvre la possibilité d'inclure dans la convention de compensation le versement de réparations aux victimes de l'infraction**. Une telle disposition existe notamment dans le droit britannique, et a été appliquée dans le cadre du premier DPA conclu en 2015. Elle permet par ailleurs de répondre à une objection formulée par le Conseil d'Etat, et à une préoccupation forte de la société civile. Toutefois, cette disposition a été désignée à la mission comme un motif d'inquiétude par les organisations patronales (MEDEF et AFEP), qui estiment que le texte initial, distinguant la compensation pénale de la procédure civile en réparation, offrait un meilleur équilibre et craignent en pratique que l'indemnisation ne parvienne pas aux seules victimes dans certains pays.

Dès lors, l'amendement pourrait être opportunément soutenu par le Gouvernement, sous deux réserves :

- ♦ compte-tenu de l'avis du Conseil d'Etat, il paraît préférable, pour éviter tout risque constitutionnel, de restreindre le champ d'application du dispositif aux infractions de corruption et de trafic d'influence transnationaux ;
- ♦ le rôle nouveau conféré à la victime dans la procédure ne pose pas à première vue de difficulté opérationnelle majeure, et ne constitue pas une exception au vu des législations étrangères. Son maintien éventuel dépendra donc d'une appréciation d'opportunité politique.

3.3. Au-delà des dispositions du projet de loi Sapin 2, l'effectivité accrue de la répression de la corruption transnationale par la France dépendra avant tout des moyens qui lui seront consacrés

Comme le soulignent les investigations conduites par la mission (cf. 2.3), l'effectivité de la répression pénale, au-delà des textes juridiques, dépend avant tout des moyens budgétaires et en personnel qui lui sont consacrés.

A cet égard, la réintroduction d'un dispositif de compensation d'intérêt public sera certainement de nature à faciliter et accélérer le traitement des affaires en matière de corruption transnationale. Cependant, et même si cette réflexion dépasse le cadre de la présente mission et du projet de loi Sapin 2, il conviendra également de s'interroger sur la répartition adéquate des moyens entre la nouvelle Agence chargée de la prévention de la corruption, instaurée par la loi Sapin 2, et les services (PNF et OCLCIFF) chargés des poursuites ou de la répression. *In fine*, c'est bien de la capacité d'action de ces derniers que dépendront les résultats en matière de condamnations qui seront considérés avec attention par les organisations multilatérales et nos principaux pays partenaires.

CONCLUSION

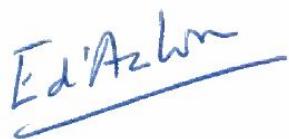
Le projet de loi Sapin 2, tel qu'il a été déposé devant l'Assemblée nationale, lève les principales restrictions à l'exercice de la compétence pénale de la France pour les infractions commises à l'étranger par ses ressortissants. Les dispositions de l'article 12 du projet de loi³⁶, combinées au champ d'application territorial déjà potentiellement large ouvert par le code pénal, permettent ainsi de répondre aux critiques formulées par les organisations internationales, et de mettre la France au standard de ses principaux partenaires. L'adoption d'une compétence extraterritoriale encore plus étendue, telle que la pratiquent les Etats-Unis ou le Royaume-Uni, n'est ni nécessaire pour les besoins des enquêtes, ni exigée par l'OCDE. Elle pourrait toutefois être envisagée, en opportunité, pour instaurer une « égalité des armes » avec nos partenaires, mais elle ne produira pas à elle seule de résultats opérationnels significatifs.

En réalité, la principale limite à la répression par la France des faits de corruption transnationale réside non pas dans son champ de compétence, mais dans les moyens de la mettre en œuvre. En particulier, la France fait figure d'exception en ne prévoyant pas de procédure de justice transactionnelle en matière de corruption transnationale, contrairement à tous ses principaux partenaires. Elle se prive ainsi d'un moyen efficace et rapide de règlement des affaires de corruption. Les dispositions initialement présentes dans le projet de loi, instituant une « compensation d'intérêt public », auraient permis de mettre fin à cette exception française. Il est donc hautement souhaitable qu'elles y soient réintroduites, en faisant droit aux critiques formulées par le Conseil d'Etat qui ont conduit à leur retrait.

Enfin, au-delà du projet de loi, l'effectivité de la répression pénale de la corruption transnationale dépendra avant tout des moyens budgétaires et humains qui y seront consacrés. Il sera donc nécessaire, dans la mise en œuvre de la réforme du système français de lutte contre la corruption, de trouver un juste équilibre des moyens entre prévention et répression, permettant à la France d'apparaître aux yeux de tous ses partenaires internationaux comme un pays volontaire et crédible dans sa lutte contre la corruption transnationale.

À Paris, le 3 juin 2016

L'inspectrice générale
des finances



Emmanuelle d'ACHON

L'inspecteur des finances



Charles TROTTMANN

³⁶ Suppression de la réciprocité d'incrimination, du monopole du parquet, de l'exigence d'une plainte préalable de la victime ou d'une dénonciation des faits par l'Etat étranger ; suppression de l'exigence d'une condamnation définitive par l'Etat étranger pour inculper un complice en France ; extension de la compétence personnelle active aux résidents habituels sur le territoire national.

ANNEXES

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE I : LETTRE DE MISSION

ANNEXE II : LISTE DES PERSONNES RENCONTRÉES

ANNEXE III : APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA LOI EN MATIERE DE CORRUPTION TRANSNATIONALE PAR LES ETATS-UNIS

ANNEXE IV : APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA LOI EN MATIERE DE CORRUPTION TRANSNATIONALE PAR LE ROYAUME-UNI

ANNEXE V : APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA LOI EN MATIERE DE CORRUPTION TRANSNATIONALE EN ALLEMAGNE

ANNEXE VI : APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA LOI EN MATIERE DE CORRUPTION TRANSNATIONALE PAR L'ITALIE

ANNEXE VII : APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA LOI EN MATIERE DE CORRUPTION TRANSNATIONALE PAR LES PAYS-BAS

ANNEXE I

Lettre de mission



LE MINISTRE DES FINANCES ET DES COMPTES PUBLICS

Paris, le 13 AVR. 2016

Madame la chef de service,

L'article 12 du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a pour objectif de faciliter la répression des atteintes à la probité commises à l'extérieur du territoire national. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption qui créa l'incrimination de corruption d'agent public étranger, aucune société française n'a été condamnée définitivement par la justice française pour cette infraction, alors que plusieurs sociétés françaises ont été sanctionnées par des autorités étrangères pour corruption active d'agent public étranger.

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

Cependant, le projet de loi est l'occasion de mettre le droit français au niveau des législations extraterritoriales les plus efficaces des pays de l'OCDE pour lutter contre la corruption transnationale.

A cette fin, vous établirez un état des lieux comparé des législations extraterritoriales des pays suivants en matière de la corruption et de trafic d'influence : Royaume Uni, Pays-Bas, Allemagne, Italie, et Etats-Unis notamment.

Vous vous attacherez à mettre en évidence les critères retenus par ces Etats pour étendre, au-delà de leur territoire, l'application de leur loi pénale.

Madame Marie-Christine LEPETIT
Chef de l'Inspection générale des finances
Bâtiment Colbert
139 rue de Bercy
75572 PARIS CEDEX 12



Vous évaluerez la mise en œuvre de leur législation extraterritoriale dans ces domaines en considération du niveau d'indépendance de l'organe chargé des poursuites au regard de l'autorité politique, des conditions procédurales particulières prévues notamment pour la mise en œuvre des poursuites et du nombre des sanctions pénales infligées, incluant celles résultant de la conclusion de procédures transactionnelles.

Pour l'ensemble de ces investigations, la mission pourra solliciter autant que de besoin les services de la direction générale du Trésor et de la direction des affaires juridiques.

Vous me remettrez votre rapport au plus tard le 31 mai 2016 afin que vos conclusions puissent être utilisées dans le cadre du débat parlementaire à venir.



Michel SAPIN

ANNEXE II

Liste des personnes rencontrées

SOMMAIRE

1. CABINET DU MINISTRE DES FINANCES ET DES COMPTES PUBLICS	1
2. ADMINISTRATIONS CENTRALES.....	1
2.1. Ministère de l'économie et des finances.....	1
2.1.1. <i>Direction générale du Trésor</i>	1
2.1.2. <i>Direction des affaires juridiques</i>	1
2.2. Ministère des affaires étrangères et du développement international	1
2.3. Ministère de la justice.....	1
3. AUTRES SERVICES DE L'ETAT	1
3.1. Service central de prévention de la corruption.....	1
3.2. Parquet national financier.....	2
4. OCDE	2
5. ADMINISTRATIONS ETRANGERES	2
6. ENTREPRISES ET REPRESENTANTS DES ENTREPRISES.....	2
7. CABINETS D'AVOCATS.....	2
8. SOCIETE CIVILE	3

1. Cabinet du Ministre des finances et des comptes publics

- ◆ Pierre Heilbronn, directeur adjoint du cabinet
- ◆ Gérald Bégranger, conseiller juridique
- ◆ Alexandra Boudet, chargée de mission au pôle juridique

2. Administrations centrales

2.1. Ministère de l'économie et des finances

2.1.1. Direction générale du Trésor

- ◆ Magali Cesana, chef du bureau Multicom 3 – Investissement, criminalité financière et sanctions
- ◆ Claire Jolly, adjointe à la chef du bureau Multicom 3

2.1.2. Direction des affaires juridiques

- ◆ Jean Maïa, directeur
- ◆ Michel Lejeune, sous-directeur droit public et droit européen et international

2.1.3. Commissariat à l'intelligence stratégique et à la sécurité économique (CISSE)

- ◆ Jean-Baptiste Carpentier, Commissaire

2.2. Ministère des affaires étrangères et du développement international

- ◆ Agnès Romatet-Espagne, directrice des entreprises, de l'économie internationale et de la promotion du tourisme
- ◆ Natacha Rimbon, responsable du pôle commerce et régulation

2.3. Ministère de la justice

- ◆ Robert Gelli, Directeur des affaires civiles et des grâces
- ◆ Jérôme Simon (DAGC), chef de mission corruption et cybercriminalité

3. Autres services de l'Etat

3.1. Service central de prévention de la corruption

- ◆ Pierre Berthet, Conseiller

3.2. Parquet national financier

- ◆ Eliane Houlette, Procureur de la République financier
- ◆ Eric Russo, Premier vice-procureur de la République financier

4. OCDE

- ◆ Patrick Moulette, chef de la division de lutte contre la corruption
- ◆ Nicola Bonnucci, directeur des affaires juridiques
- ◆ Sandrine Hannedouche-Leric, Analyste juridique principale à la Division de lutte contre la corruption

5. Administrations étrangères

- ◆ Kirsty Innes, Conseillère aux affaires économiques à l'Ambassade du Royaume-Uni à Paris
- ◆ Ulrike Kjsetina Janzen, Magistrate de liaison d'Allemagne auprès du Ministère de la Justice français

6. Entreprises et représentants des entreprises

6.1. MEDEF

- ◆ Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques
- ◆ Grégoire Guinand, direction des affaires internationales

6.2. AFEP

- ◆ François Soulagnon, directeur général
- ◆ Odile de Brosses, directrice du service juridique

6.3. Entreprises

- ◆ Jean-Yves Trochon, Lafarge, Directeur juridique adjoint
- ◆ Dominique Lamoureux, Thalès, Directeur éthique et responsabilité d'entreprise
- ◆ Pascal Belmin, Airbus Group, Vice-President, Head of EU Regulatory Affairs
- ◆ Alain Viallix, Nokia, Director, Public Affairs
- ◆ Florence Carterot, Nexans, Juriste internationale Senior

7. Cabinets d'avocats

- ◆ Laurent Cohen-Tanugi, Fondateur et *Managing Partner* de Laurent Cohen-Tanugi Avocats

8. Société civile

- ◆ Maud Perdriel-Vaissière, juriste membre de Transparency International

ANNEXE III

**Application extraterritoriale de la loi en
matière de corruption transnationale par
les Etats-Unis**

SOMMAIRE

1. ETAT DU DROIT EN VIGUEUR AUX ETATS-UNIS	1
1.1. Les Etats-Unis ont ratifié des conventions internationales luttant contre la corruption transnationale	1
1.2. Le <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> , amendé à plusieurs reprises, complète les premières mesures de lutte contre la délinquance financière adoptées dans les années 1930	1
1.3. Le FCPA permet d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des faits de corruption n'ayant pas eu lieu sur le territoire national selon des critères d'application territoriale et extraterritoriale très larges	3
1.3.1. <i>Les personnes physiques et morales soumises aux dispositions du FCPA.....</i>	3
1.3.2. <i>La jurisprudence a clarifié les actes de corruption entrant dans le champ d'application du FCPA</i>	4
1.3.3. <i>Les conditions procédurales de la mise en œuvre des poursuites sont souples et à la discrétion du Department of Justice (DoJ) et de la Securities and Exchange Commission (SEC).....</i>	6
1.3.4. <i>Aux côtés des sanctions pénales et civiles prévues par la loi, d'autres modalités de justice négociée existent.....</i>	8
2. LE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT EST DE PLUS EN PLUS APPLIQUE, MAIS LES ENTREPRISES ETRANGERES RESTENT LES PLUS VISEES PAR LE DISPOSITIF ..	12
2.1. L'application de la législation américaine en matière de lutte contre la corruption a été renforcée au cours des dernières années	12
2.2. Le montant des sanctions financières prononcées a augmenté depuis 1977 et touche majoritairement des entreprises étrangères.....	15

1. Etat du droit en vigueur aux Etats-Unis

1.1. Les Etats-Unis ont ratifié des conventions internationales luttant contre la corruption transnationale

Les Etats-Unis ont signé les principales conventions internationales visant à lutter contre la corruption transnationale¹ :

- ♦ **la convention interaméricaine de lutte contre la corruption.** Signée en 1996, elle réunit 34 pays du continent américain. Cette convention est historiquement la première spécifiquement consacrée à la lutte contre la corruption transnationale. Elle prévoit notamment la levée du secret bancaire, un dispositif de contrôle des recettes publiques, l'incrimination pénale de la corruption active et passive des agents publics nationaux ainsi que celle de corruption active des agents publics étrangers ;
- ♦ **la convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de lutte contre la corruption.** Signée en 1997 et entrée en vigueur en 1999, elle comprend tous les pays de l'OCDE ainsi que l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie et l'Afrique du sud. La convention prévoit des standards internationaux pour criminaliser le trafic d'influence d'agent public étranger dans le commerce international et fournit un cadre obligatoire de mesures de contrôle des entreprises ;
- ♦ **la convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption,** signée en 2000 et entrée en vigueur en 2003. La convention reconnaît que la corruption d'agents publics étrangers ainsi que le blanchiment d'argent sont associés à la criminalité transnationale. Elle prévoit des instances de coopération entre les pays signataires dans ces domaines ;
- ♦ **la convention pénale de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** signée en 2000 mais pas encore ratifiée par les Etats-Unis. La convention prévoit une coopération internationale pour lutter contre la corruption ainsi que des mesures pénales que doivent respecter les pays signataires. Elle instaure le **Groupe d'Etats contre la corruption** (GRECO) qui évalue les dispositifs de lutte contre la corruption de l'ensemble des pays membres. Les dispositifs américains font ainsi l'objet d'une évaluation périodique.

1.2. Le *Foreign Corrupt Practices Act*, amendé à plusieurs reprises, complète les premières mesures de lutte contre la délinquance financière adoptées dans les années 1930

La législation américaine repose sur le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)², adopté en 1977 et amendé depuis à plusieurs reprises. Cette législation comprend deux volets :

- ♦ des dispositions relatives à la répression de la corruption d'agents publics étrangers ;
- ♦ d'autres dispositions relatives à la transparence et aux procédures internes aux entreprises visant à éviter les cas de corruption.

¹ Liste des conventions internationales consacrées à la lutte contre la corruption : <https://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm#americas>

² 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.

Annexe III

Le *FCPA* complète le *Securities Exchange Act*, une loi fédérale adoptée en 1934 afin de réguler les marchés financiers secondaires³. Elle a notamment instauré la *Securities and Exchange Commission (SEC)*, organisme de contrôle des marchés financiers qui, conjointement avec le *Department of Justice*⁴ (*DoJ*), mettent en œuvre les poursuites judiciaires relatives au *FCPA* (cf. 1.3.3.1).

Le *FCPA* a été adopté à la suite de l'affaire « *Lockheed Aircraft* » en 1976, dans laquelle une sous-commission du Sénat a annoncé que l'industrie aérospatiale avait corrompu des fonctionnaires de gouvernements alliés pour garantir la vente d'appareils militaires, notamment au Japon et en République fédérale allemande. Le scandale avait conduit à la démission du Premier ministre japonais. En 1977, le résultat d'une enquête de la *SEC* dévoila que près de 400 entreprises américaines avaient procédé à des paiements suspects, d'un montant supérieur à 300 dollars, à des agents publics étrangers pour obtenir des facilités commerciales⁵, ce qui pressa le Congrès américain à légiférer en la matière. L'adoption de la loi s'inscrit également dans le contexte d'incitation à la transparence et à la moralisation de la vie publique après le scandale du Watergate en 1974.

Le *FCPA* a été amendé à plusieurs reprises, en particulier en 1998, pour se conformer à la convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de lutte contre la corruption. Les amendements ont apporté les modifications suivantes :

- ◆ le *FCPA* couvre désormais le versement de paiements en vue de sécuriser pour une entreprise américaine un avantage commercial ;
- ◆ la loi s'applique depuis lors aux étrangers ayant commis un acte de corruption à l'étranger lorsqu'un lien avec les Etats-Unis peut être établi (cf.1.3.1) ;
- ◆ la définition d'agent public figurant dans la convention de l'OCDE a été adoptée (cf. 1.3.2).

Depuis 2008, on observe une augmentation des poursuites judiciaires et plus largement de l'application du *FCPA*⁶ (cf. 2.1). Ces évolutions résultent, d'une part, de l'utilisation désormais systématique des informations recueillies lors d'une investigation pour enquêter sur d'autres entreprises du même secteur. L'industrie pétrolière, ainsi que celles des télécommunications ou de la pharmacie, ont été particulièrement concernées par ce type d'enquêtes. D'autre part, la constitution progressive d'une « *jurisprudence* », notamment grâce aux procédures de type transactionnel (cf. 1.3.4.4), a permis d'élargir la palette de cas faisant l'objet de poursuites judiciaires. Les individus ou les entreprises ciblés par une enquête préfèrent coopérer avec le *DoJ* (cf.1.3.4.4.1) compte tenu du risque réputationnel et du coût financier d'un procès. Enfin, l'administration américaine a récemment établi un lien direct entre sécurité nationale et corruption à l'étranger. En effet, la question de la sécurité nationale était le thème central de l'*Agenda Global Anti-Corruption* publié par la Maison Blanche en 2014, et en mars 2015, trois nouvelles brigades de l'unité anticorruption du *FBI* ont été créées pour améliorer la coordination des actions menées contre la corruption transnationale.

Par ailleurs, le dernier rapport de l'OCDE de suivi de la mise en œuvre par les Etats-Unis de la phase 3 de la convention de lutte contre la corruption a été publié en décembre 2012. Il salue la mise en œuvre efficace des dispositions du *FCPA* au regard du nombre significatif d'affaires traitées. Il estime également que la législation américaine est conforme à la convention de l'OCDE en la matière et a su prendre en compte les recommandations des années précédentes. L'OCDE regrette toutefois que la législation n'ait pas été clarifiée concernant les déductions fiscales pouvant être accordées aux paiements de facilitation (cf. 1.3.2).

³ Les marchés financiers primaires avaient fait l'objet d'une précédente loi, *Securities Act* en 1933.

⁴ Ministère de la justice

⁵ Rapport de la *House of Representatives* en date du 28 septembre 1977 relatif à *Unlawful Corporate Payments Acts of 1977* : <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>

⁶ Source : Note du service économique régional des Etats-Unis, en date du 26 avril 2016, relative à « *l'extra-territorialité dans la législation américaine anti-corruption* ».

1.3. Le FCPA permet d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des faits de corruption n'ayant pas eu lieu sur le territoire national selon des critères d'application territoriale et extraterritoriale très larges

1.3.1. Les personnes physiques et morales soumises aux dispositions du FCPA

La loi distingue trois catégories de personnes soumises à ses dispositions : les entreprises faisant l'objet d'une surveillance par la SEC et d'un enregistrement auprès de celle-ci (« *issuers* »⁷), les citoyens américains, les résidents aux Etats-Unis et les entreprises nationales ou soumises au droit américain (« *domestic concerns* »⁸), et les personnes physiques et morales étrangères (« *other than issuers or domestic concerns* »).

Avant les amendements de 1998, les personnes physiques ou morales américaines n'étaient soumises à ces dispositions que si elles recourraient à des modalités de communication ou de relation commerciale américaines⁹ pour réaliser des actes de corruption. **Les amendements de 1998 ont étendu les dispositions du FCPA à toutes les « US persons »,** substituant ainsi le principe de nationalité à celui de l'établissement d'un lien territorial pour les citoyens et les entreprises américaines. Les poursuites peuvent ainsi être engagées à l'égard de citoyens et d'entreprises américaines, même si les actes de corruption se sont intégralement déroulés en dehors du territoire américain.

Les amendements de 1998 ont également élargi le domaine d'application des dispositions législatives en y incluant les personnes physiques ou morales étrangères, puisqu'avant 1998, le FCPA ne s'appliquait qu'aux entités nationales.

Les dispositions législatives du FCPA peuvent ainsi désormais être appliquées :

- ◆ à des personnes physiques de citoyenneté américaine ou résidant sur le territoire américain et des personnes morales de droit américain ou faisant l'objet d'une surveillance de la SEC, pour des faits de corruption transnationale qui se sont déroulés aussi bien sur le territoire national qu'à l'étranger (les « *domestic concerns* » et « *issuers* ») ;
- ◆ à des personnes physiques ou morales étrangères dès lors que les modalités de la relation commerciale permettent d'établir un lien avec les Etats-Unis¹⁰.

⁷ Une entreprise n'a pas besoin d'être de droit américain pour être considérée comme une « *issuer* » dès lors qu'elle est enregistrée auprès de la SEC. En décembre 2011, on comptait près de 965 entreprises étrangères faisant l'objet d'une surveillance de la SEC, leurs agents sont donc soumis aux dispositions du FCPA. Source : *A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, publié en 2012, p.11.

⁸ “*A domestic concern is any individual who is a citizen, national, or resident of the United States, or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship that is organized under the laws of the United States or its states, territories, possessions, or commonwealths or that has its principal place of business in the United States*”, Source: *A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, publié en 2012, p.11.

⁹ “*mails or any means of interstate commerce*”, idem

¹⁰ « ... may be prosecuted for using the US mails or any means or instrumentality of **interstate commerce** in furtherance of a corrupt payment to a foreign official » de *A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, publié en 2012, p.11.

Annexe III

Le *FCPA* est applicable aux *domestic concerns* et *issuers* dès lors qu'ils commettent un acte de corruption au cours de relations commerciales interétatiques. Le *FCPA* définit le commerce interétatique comme toute forme de marché, commerce, transport, entre un Etat américain et un pays étranger, ou entre deux pays étrangers, ou entre un Etat américain et n'importe quel autre lieu ou navire en dehors du territoire¹¹. Le commerce interétatique inclut également l'utilisation de moyens de communication nationaux (« *intrastate means of communication* ») ou une modalité de transaction nationale. Par conséquent, un appel ou un e-mail, un message ou un fax transitant par des serveurs ou des réseaux de télécommunication américains, un virement bancaire effectué dans une banque américaine ou le transit par un aéroport américain, suffit à être reconnu comme une modalité de relation transnationale ayant un lien avec les Etats-Unis pour que les dispositions du *FCPA* s'appliquent aux personnes morales ou physiques.

Encadré 1 : Interprétation extensive de la notion « *while in the territory of the United States* »

Les personnes morales et physiques étrangères impliquées dans des actes de corruption transnationale sont soumises aux dispositions du *FCPA* lorsqu'un lien avec le territoire américain peut être établi. Cette disposition provient de l'article §78dd-3 qui indique :

« *It shall be unlawful for any person other than an issuer that is subject to section 78dd-1 of this title or a domestic concern, or for any officer, director, employee, or agent of such person or any stockholder thereof acting on behalf of such person, while in the territory of the United States, corruptly to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce or to do any other act in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the giving of anything of value to (....) ».*

La majorité des lois américaines ayant une portée extraterritoriale requièrent clairement que l'acte entrant dans le champ de la loi ait un impact direct et substantiel sur les Etats-Unis et ses citoyens¹². Or, de nombreuses poursuites judiciaires ont déjà été initiées alors que le lien avec le territoire américain était tenu. Par exemple, un étranger qui se rend aux Etats-Unis pour avoir un rendez-vous permettant de réaliser un acte de corruption transnationale à l'étranger entre dans le champ des dispositions législatives¹³.

La jurisprudence a parfois limité cette interprétation extensive du lien de rattachement avec les Etats-Unis exigé pour appliquer le *FCPA*. Dans la décision *U.S. v. Hoskins* en 2015, le juge a accepté, en partie, la requête en irrecevabilité de l'accusé en statuant qu'en tant qu'étranger, ne résidant pas aux Etats-Unis, il ne pouvait pas être soumis aux dispositions du *FCPA* puisque les faits qui lui étaient reprochés n'avaient pas eu lieu aux Etats-Unis (« *not while in the territory of the U.S.* »). En revanche, il pouvait être reconnu coupable de complicité.

Source : Mission.

1.3.2. La jurisprudence a clarifié les actes de corruption entrant dans le champ d'application du *FCPA*

Le *FCPA* définit un agent public comme un agent ou employé d'un gouvernement étranger, ou d'une agence, ou d'une organisation publique internationale, ou une personne agissant pour le compte d'un gouvernement ou d'une organisation publique internationale. Il est interdit de verser des paiements ou dons à des agents publics étrangers afin de poursuivre les objectifs suivants :

¹¹ 15 U.S.C. §§78dd-2(h)(5) (defining « *interstate commerce* ») in the *FCPA*

¹² Note du service économique régional des Etats-Unis, en date du 26 avril 2016, relative à « *l'extra-territorialité dans la législation américaine anti-corruption* ».

¹³ *A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, publié en 2012, p.12

Annexe III

- ♦ pour faciliter l'obtention ou la conservation de parts de marché ou autres activités de l'entreprise¹⁴ (ex : marché public) ;
- ♦ pour obtenir un avantage commercial (ex : pour conserver des avantages fiscaux comme dans la décision *U.S. v. Kay* en 2004)¹⁵ ;

De plus, les éléments à charge doivent révéler que :

- ♦ il existe un lien entre le pot-de-vin et l'objectif poursuivi par l'individu ou l'entreprise qui en est à l'origine ;
- ♦ le caractère intentionnel à l'origine de la corruption doit être prouvé. Dans la décision *Bryan v. U.S.* en 1998, la Cour suprême des Etats-Unis a déclaré que le ministère public devait apporter la preuve selon laquelle l'accusé savait que son acte était illégal.

Le *FCPA* condamne non seulement les paiements directs aux agents publics étrangers, mais également ceux faisant appel à un tiers. Ainsi, est reconnu coupable d'acte de corruption toute personne qui sait qu'un tel acte va être entrepris, ou même qui a connaissance d'un très grand risque que celui-ci se réalise¹⁶. Cette disposition a été appliquée dans la décision *U.S. v. Bourke* dans laquelle l'accusé a été poursuivi pour des actes de corruption parce qu'il avait connaissance d'un trafic d'influence, alors même qu'il ne connaissait ni les détails des modalités de corruption ni l'issue dudit acte.

Enfin, les pots-de-vin entrant dans le domaine d'application de la loi ne se limitent pas aux versements fiduciaires. Ils comprennent également tout ce qui possède une valeur monétaire conséquente¹⁷ tels que des bijoux, le financement des études d'un membre de la famille recevant le pot-de-vin, des dividendes, etc.

Toutefois, il peut être noté que le *FCPA* distingue les actes de corruption listés ci-dessus des « paiements de facilitation »¹⁸. Le Congrès a en effet considéré que ces paiements, même s'ils étaient répréhensibles sur le territoire américain, ne constituaient pas des actes de corruption à proprement parler puisqu'il pouvait s'agir de pratiques courantes dans certains pays avec lesquels les entreprises américaines entretiennent des relations commerciales et que les interdire reviendrait à imposer un désavantage compétitif aux entreprises américaines.

Encadré 2 : Définition d'un agent public selon les dispositions du *FCPA*

Le *FCPA* définit un agent public comme un agent ou employé d'un gouvernement étranger, ou d'une agence, ou d'une organisation publique internationale, ou une personne agissant pour le compte d'un gouvernement ou d'une organisation publique internationale :

*« any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization »*¹⁹

Le terme « agent public » comprend les principaux membres des gouvernements étrangers (président, premier ministre, ministres, etc.), et les agents des différentes administrations ou établissements

¹⁴ « *in order to assist... in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person* », 15 U.S.C. §§78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a)

¹⁵ Cf. amendement de 1988 et *A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, publié en 2012, p.14

¹⁶ *“When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.”*

¹⁷ *“anything of value”*, cf. <http://fcpaprofessor.com/fcpa-101/>

¹⁸ The anti-bribery provisions “shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official” ... “the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine government action by a foreign official ...” 15 U.S.C. §§78dd-1

¹⁹ *FCPA, 15 U.S.C. § 78dd-1 [Section 30A of the Securities Exchange Act of 1934] Prohibited foreign trade practices by issuers*

placés sous le contrôle du gouvernement tels que les douanes ou les services des impôts.

La jurisprudence a développé la définition de ce terme au regard de l'application du *FCPA*. La décision *U.S. v. Esquenazi* en 2014 a examiné les éléments constitutifs de la définition d'agent public. Il faut tout d'abord que l'agent appartienne à une entité contrôlée par le gouvernement du pays, c'est-à-dire que le gouvernement désigne les membres du conseil d'administration de l'entité, qu'il lui verse des subventions de fonctionnement et contrôle ses dépenses. Il est également nécessaire que l'entité en question dispose d'un monopole d'activité ou exerce une activité de service public pour le compte du gouvernement.

Dans la décision *U.S v. Carson* en 2008, le juge a relevé qu'en application de cette définition d'agent public, au cours des dernières années, près de 50% des poursuites judiciaires à l'encontre d'entreprises pour des faits réprimés par le *FCPA* impliquaient des pots-de-vin versés à des employés d'entreprises publiques²⁰.

Source : A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act, publié en 2012, p.19.

1.3.3. Les conditions procédurales de la mise en œuvre des poursuites sont souples et à la discrétion du *Department of Justice (DoJ)* et de la *Securities and Exchange Commission (SEC)*

1.3.3.1. Deux organes sont conjointement chargés de la mise en œuvre des poursuites

Les poursuites judiciaires prévues par le *FCPA* sont mises en œuvre par deux organes :

- le *Department of Justice (DoJ)*, seule entité en charge de faire appliquer la loi pénale en matière de corruption transnationale et de manquement aux obligations de transparence et d'éthique des entreprises ;
- la *Securities and Exchange Commission (SEC)*, qui est l'agence en charge d'appliquer le droit civil en la matière, et l'organisme fédéral américain assurant la réglementation et le contrôle des marchés financiers.

En matière pénale, seul le *Department of Justice (DoJ)* a compétence sur les trois catégories de personnes soumises aux dispositions du *FCPA* (cf.1.3.1). En matière civile, le *DoJ* peut poursuivre les personnes physiques et morales étrangères et les entreprises de droit national.

En revanche, la *Securities and Exchange Commission (SEC)* a une compétence exclusive en matière d'action civile à l'encontre des « *issuers* » (cf. 1.3.1), c'est-à-dire les entreprises qui font l'objet d'une surveillance et d'un suivi de sa part.

Le *DoJ* poursuit les personnes morales ou physiques qui ont enfreint les dispositions législatives relatives aux paiements à un agent public étranger, alors que la *SEC* n'intervient que lorsque les règles de transparence, de comptabilité et d'éthique prévues par le *FCPA* ont été enfreintes.

Les deux entités peuvent agir dans les affaires de corruption pour lesquelles les responsabilités partagées ont des implications aussi bien en matière pénale que civile. Pour faciliter leur coordination, un guide a été élaboré conjointement par le *DoJ* et la *SEC* en 2012.

Le responsable du *DoJ*, l'*U.S. Attorney General*, est nommé par le président des Etats-Unis, puis sa nomination doit être confirmée par un vote à la majorité simple du Congrès. Membre du cabinet du président, il peut être démis de ses fonctions à tout moment. Le *U.S. Attorney* est également nommé par le président des Etats-Unis puis sa nomination est confirmée par un vote du Congrès. Il est chargé de représenter le gouvernement fédéral dans chaque Etat. En revanche le *District Attorney* est un fonctionnaire élu ou nommé selon les modalités propres à chaque Etat. Il représente le gouvernement de l'Etat en question dans sa juridiction.

²⁰ <http://fcpaprofessor.com/fcpa-101/>

La Fraud Section est le département du DoJ en charge de l'application du FCPA. Il emploie environ 125 procureurs et a récemment décidé de porter ses effectifs à 159 procureurs²¹. La SEC est dirigée par un conseil composé de cinq commissaires nommés par le président des Etats-Unis pour un mandat de cinq ans. Le mandat n'est pas renouvelable mais peut être prolongé jusqu'à 18 mois sous certaines conditions. Pour assurer la neutralité de la SEC, il n'y a jamais plus de trois commissaires affiliés au même parti politique. Le président des Etats-Unis désigne le président de la SEC parmi le directoire. Cependant, le président ne possède pas le pouvoir d'abréger le mandat d'un commissaire, afin de garantir l'indépendance de la SEC.

1.3.3.2. *Le Department of Justice (DoJ) et la Securities and Exchange Commission (SEC) prennent en considération plusieurs critères pour engager ou non des poursuites*

Le DoJ respecte les principes du code fédéral de procédure pénale américain (*Principles of Federal Prosecution*) pour décider de l'engagement des poursuites en cas de violation des dispositions du FCPA. Ces principes sont applicables notamment pour les poursuites envers les personnes physiques.

Pour les personnes morales, il ouvre une procédure judiciaire après avoir apprécié le degré de coopération de l'entreprise en amont. A titre d'illustration, le guide d'application du FCPA liste les facteurs suivants²² à prendre en compte pour l'ouverture ou non d'une procédure en fonction de :

- ◆ la nature et de la sévérité de l'infraction commise ;
- ◆ la complexité du mécanisme de corruption et du jeu des acteurs impliqués ainsi que le nombre de complices supposément impliqués ;
- ◆ du passé de l'entreprise en matière de corruption transnationale ;
- ◆ du degré de volonté des dirigeants à coopérer, à révéler les faits à charge et à communiquer ses documents ;
- ◆ l'existence ou non d'un programme de *compliance*²³ préalable à la commission de l'infraction et selon le degré de sérieux de celui-ci ;
- ◆ si l'engagement de la procédure n'est pas disproportionné par rapport à l'infraction commise compte tenu du potentiel désavantage que cela ferait peser sur les investisseurs et actionnaires ;
- ◆ l'articulation éventuelle de cette procédure avec une autre visant à poursuivre davantage les personnes physiques.

La SEC analyse également un ensemble de facteurs avant d'ouvrir ou non une procédure, parmi lesquels on trouve les suivants :

- ◆ la nature et la sévérité de l'infraction commise ;
- ◆ la vulnérabilité de l'entreprise faisant l'objet d'une surveillance ou d'une enquête ;
- ◆ si d'autres agences fédérales surveillent ladite entreprise et envisagent d'ouvrir des procédures ;
- ◆ si la SEC considère qu'une enquête approfondie permettrait de mettre à jour et de réformer des pratiques commerciales illégales répandues dans un secteur en particulier.

²¹ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/833301/download>

²² *A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, publié en 2012, p.52

²³ La *compliance* peut être définie comme une action proactive qui vise à organiser et à mettre en œuvre les procédures et moyens nécessaires au respect de la réglementation par l'entreprise.

Toutefois, la *SEC* et le *DoJ* sont enclins à ne pas ouvrir de poursuites judiciaires dans les cas d'auto-dénonciation et de coopération des personnes morales et physiques. Bien qu'une attitude coopérative ne permette pas en soi d'abandonner des poursuites pénales, elle a pour effet, en vertu du code de procédure pénale américain, de diminuer significativement les peines infligées²⁴.

Que ce soit la *SEC* ou le *DoJ*, les deux entités prennent en considération l'ensemble de ces critères pour décider si la personne physique ou morale peut faire l'objet d'une sanction négociée en cas d'ouverte de poursuites judiciaires (cf.1.3.4.4).

1.3.4. Aux côtés des sanctions pénales et civiles prévues par la loi, d'autres modalités de justice négociée existent

1.3.4.1. *Les sanctions pénales*

Chaque violation des dispositions de lutte contre la corruption prévues par le *FCPA* peut entraîner une amende pouvant s'élever jusqu'à 2 M de dollars (\$) pour les personnes morales, et jusqu'à 250 000 \$ pour les personnes physiques telles que les salariés des entreprises concernées.²⁵

En cas de violation des dispositions du *FCPA* relatives aux obligations de transparence de la comptabilité, les amendes adressées aux personnes morales peuvent s'élever jusqu'à 25 M \$. Pour les personnes physiques, elles peuvent aller jusqu'à 5 M \$.²⁶

Toutefois, en vertu de l'application du *Alternatives Fines Act*, les juges peuvent imposer des sanctions financières plus élevées, jusqu'à deux fois le bénéfice que l'accusé a pu réaliser en commettant des actes de corruption transnationale, à condition que les preuves matérielles soient suffisamment précises²⁷.

1.3.4.2. *Les sanctions civiles*

Les sanctions civiles peuvent être mises en œuvre aussi bien par le *DoJ* que par la *SEC* (cf.1.3.3.1).

Pour les violations des dispositions relatives à la lutte contre la corruption, les personnes morales risquent une amende pouvant aller jusqu'à 16 000 \$ par infraction²⁸. La sanction civile prévue pour les personnes physiques dans ce cas est la même²⁹.

Pour les violations des dispositions relatives aux obligations de transparence de la comptabilité, la *SEC* peut appliquer des sanctions financières plus élevées lorsque le bénéfice que l'accusé a retiré de cette infraction est particulièrement important. Pour les personnes physiques, cette amende peut aller de 7 500 \$ à 150 000 \$. Pour les personnes morales, elle est déterminée dans une fourchette comprise entre 75 000 \$ et 725 000 \$.³⁰

²⁴ Cf. U.S. Attorney Manual, title 9 : Criminal, §§9-27.230 : Initiating and Declining Charges——Substantial Federal Interest

²⁵ 15 U.S.C. §§78dd-2(g) et 78dd-3(e)(2)(A)

²⁶ 15 U.S.C. §§78ff(a)

²⁷ 18 U.S.C. §§3571 (d), et la décision *Southern Union v. U.S.*

²⁸ 15 U.S.C §§78dd-2 (g) (1) (B)

²⁹ 15 U.S.C §§78-2 (g)(2)(B)

³⁰ 15 U.S.C §78u(d)(3)

1.3.4.3. Autres sanctions

D'autres sanctions complémentaires peuvent être prononcées, telles que ³¹:

- ◆ l'interdiction de passer des marchés publics avec le gouvernement fédéral. Cette interdiction est prononcée par *the Federal Acquisition Regulations (FAR)*, une agence indépendante des organes menant les poursuites judiciaires relatives à la lutte contre la corruption. La *FAR* prononce cette interdiction à la demande d'une ou plusieurs administrations américaines (*Department of Defense* ou *the General Services Administration*) ;
- ◆ l'interdiction de solliciter des banques de développement multilatérales comme la Banque mondiale. Chaque banque de développement multilatérale a sa propre politique en matière de radiation des entreprises ou personnes physiques condamnées pour corruption ;
- ◆ des sanctions prévues par d'autres législations dans certains domaines régulés. Par exemple, les personnes physiques et morales condamnées au titre du *FCPA* peuvent perdre le droit de posséder des licences de tir et de faire commerce des armes au titre des *Arms Export Control Act* et *International Traffic in Arms Regulation* ;
- ◆ l'obligation de nommer un tiers indépendant chargé d'assister l'entreprise dans la réforme et le suivi de son programme de *compliance*.

1.3.4.4. Outre les sanctions prévues par la loi, la plupart des poursuites se concluent par une résolution négociée selon plusieurs modalités³²

1.3.4.4.1. Les résolutions négociées avec le Department of Justice(DoJ)

L'accusé peut plaider coupable (« *plea agreements* »). En vertu du principe numéro 11 du code de procédure pénal américain³³, l'accusé reconnaît les faits et les sanctions associées. Le jugement est entériné devant la Cour et peut faire l'objet d'une sanction pénale ou civile.

L'accord entre l'accusé et le *DoJ* peut prendre la forme d'un *deferred prosecution agreement (DPA)*. Le *DoJ* présente à la Cour les sanctions requises mais demande simultanément le report du jugement pour permettre à la personne physique ou morale de démontrer sa bonne volonté et sa coopération. La requête contient généralement l'obligation pour l'accusé de payer une amende, de donner accès au *DoJ* à l'ensemble de la comptabilité et à tous les documents et de se conformer à un programme de réforme des mesures éthiques et de surveillance des activités de l'entreprise. Si l'accusé respecte ces obligations, le *DoJ* abandonne les poursuites et l'accusé n'est pas reconnu coupable d'une infraction au terme du délai de probation contenu dans l'accord.

Encadré 3 : Le rôle du procureur dans le *deferred prosecution agreement (DPA)*

Le *DPA* a été institué par le *Speedy Trial Act* de 1974 qui autorise les procureurs à différer les poursuites avec l'autorisation du tribunal pour permettre à l'intéressé de démontrer sa bonne volonté. Il s'agit d'une mesure alternative aux poursuites permettant d'éviter une mise en accusation formelle et *in fine* une condamnation pénale, au contraire du *plea guilty*.

Dans ce processus, le procureur détient le pouvoir de déterminer les obligations contractuelles de la société. Tout d'abord, il élabore le « *statement of facts* », c'est-à-dire la liste des charges dont

³¹ *A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, publié en 2012, p.70.

³² *Idem*, p.74

³³ *Rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure*

Annexe III

l'entreprise est reconnue coupable. Il est maître de la procédure puisqu'il peut diminuer ou augmenter la période probatoire et il peut rompre l'accord à tout moment s'il estime que l'entreprise a enfreint les obligations contractuelles auxquelles elle était soumise.

Le juge judiciaire a un rôle marginal dans le processus. Si en pratique il peut refuser l'accord formalisé par le procureur, aucun précédent n'a jamais eu lieu à ce jour. Il ne prend pas part aux négociations ni à l'établissement du « *statement of facts* ».

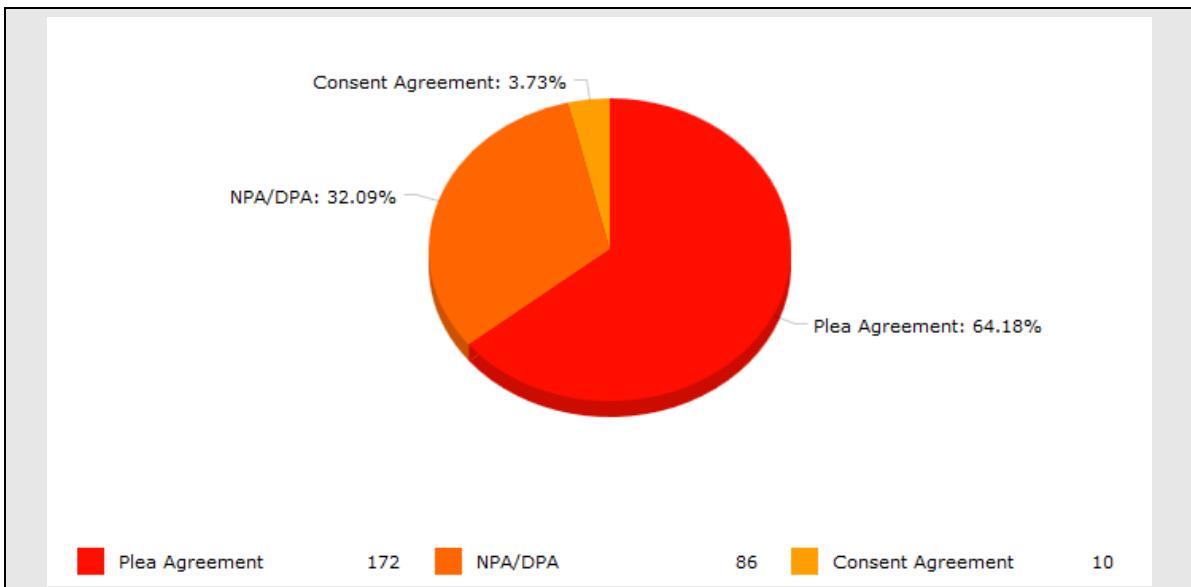
Source : *Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée*, étude rédigée par Astrid Mignon Colombet et François Buthiau dans *La semaine juridique*, n°13, mars 2013, p.621.

En outre, l'accord peut suivre les modalités du *non-prosecution agreement* (NPA). Au contraire du DPA, le DoJ ne présente pas les charges requises à l'encontre de l'accusé, dès lors qu'il respecte les obligations contenues dans l'accord passé. Comme les charges requises ne sont pas prononcées, le NPA ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un document rendu public. Par ailleurs, il comprend généralement moins d'obligations que le DPA, notamment celle de désigner un expert indépendant surveillant les activités de l'entreprise³⁴.

Le rapport de suivi de la mise en œuvre de la convention de lutte contre la corruption de l'OCDE, publié en 2012, invite le DoJ à mieux justifier dans ses relevés de décision publics pourquoi certaines procédures font l'objet d'un NPA ou d'un DPA³⁵.

Le DoJ, tout comme la SEC (cf. 1.3.4.4.2), en matière civile, peut conclure des « *consent agreements* ». Dans ce cas, l'accusé accepte de recevoir une sanction mais il n'a pas l'obligation de reconnaître les faits. Si l'accord permet de prescrire des sanctions à une personne physique ou morale, il n'a pas la valeur de précédent ni de preuves à charges. Il s'agit d'une forme de résolution plus souple que le DPA et le NPA³⁶.

Encadré 4 : Types de résolutions négociées du DoJ depuis l'entrée en vigueur du FCPA



Source : Stanford Law School, FCPA Clearinghouse, Sullivan and Cromwell LLP

³⁴ <http://www.marcumllp.com/publications-1/deferred-prosecution-agreements-non-prosecution-agreements-and-monitoring-services>

³⁵ OCDE, United States: follow-up to the phase 3 report & recommendations, 2012

³⁶ “*Though in some circumstances a company may be able to structure a DPA or NPA so that the company is free to dispute key facts in civil litigation, a party entering into a DPA or NPA should understand that the agreement is unlikely to be so flexible. While DPAs and NPAs have enormous advantages over indictment and trial, such agreements almost certainly limit a company's options in subsequent litigation*” : <http://www.bna.com/deferred-and-non-prosecution-agreements/>

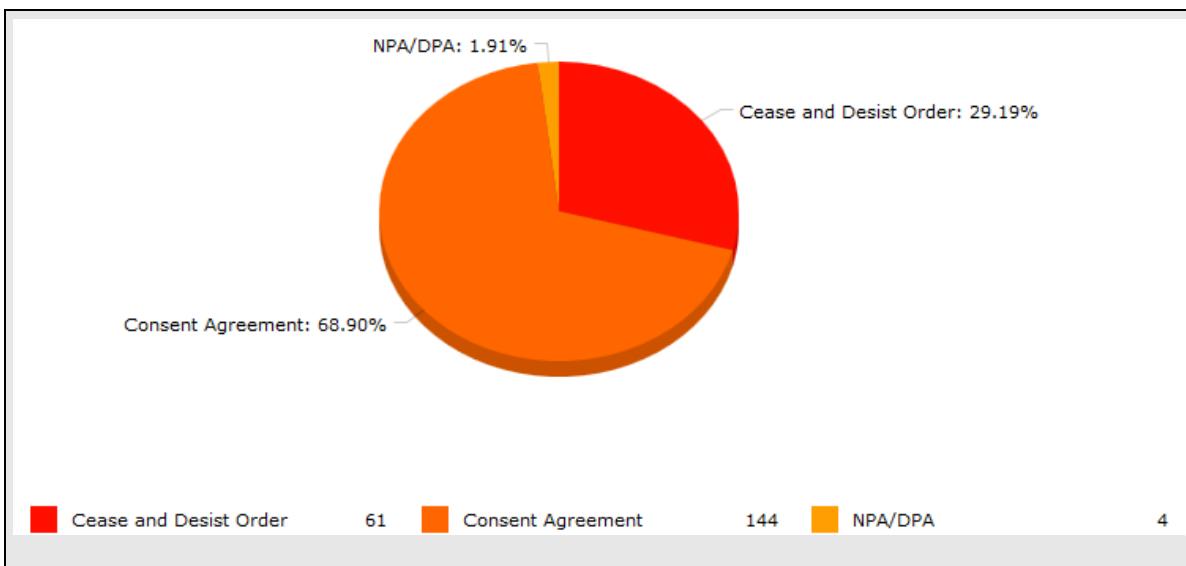
Annexe III

1.3.4.4.2. Les sanctions négociées avec la Securities and Exchange Commission (SEC)³⁷

Dans un premier temps, la *Securities and Exchange Commission (SEC)* peut mener une action en cessation (« *civil injunctive action* » ou « *cease and desist order* »). L'objectif n'est pas de punir l'intéressé mais de remédier à une infraction avant que les charges à l'encontre de la personne physique ou morale ne deviennent plus importantes. La *SEC* peut demander des indemnités lorsque l'intéressé a tiré un bénéfice de l'infraction commise³⁸.

La *SEC* peut également initier un recours administratif civil (« *civil administrative action* ») à l'encontre de l'accusé devant le juge (« *a SEC administrative law judge* »), dont les décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant la *SEC* et ensuite auprès de la *U.S. Court of Appeals*. Ce recours peut déboucher sur des sanctions variées, qui vont de la limitation de certaines activités de la personne physique ou morale à la radiation d'un ordre professionnel, ou encore des sanctions financières. Les « *civil administrative actions* » peuvent aboutir à la conclusion de « *consent agreements* » dans lesquels l'accusé ne doit pas forcément reconnaître sa culpabilité et se voit prescrire des sanctions financières ou administratives³⁹. Enfin, les poursuites initiées par la *SEC* peuvent aussi être conclues par un *deferred prosecution agreement* ou un *non-prosecution agreement* selon les mêmes modalités que pour les poursuites initiées par le *DoJ*. Depuis novembre 2015, la *SEC* a modifié sa politique en matière de conclusion des poursuites judiciaires. Désormais pour être éligible aux *DPA* et *NPA*, les intéressés doivent avoir eux-mêmes révélé à la *SEC* leurs actes de corruption ou de non-respect des obligations de transparence comptable⁴⁰. Cette nouvelle procédure vise à encourager les entreprises à respecter les dispositions du *FCPA* et à améliorer leur coopération avec la *SEC*.

Encadré 5 : Types de résolutions négociées de la SEC depuis l'entrée en vigueur du FCPA



Source : Stanford Law School, FCPA Clearninghouse, Sullivan and Cromwell LLP

³⁷ *A Resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, publié en 2012, p.76.

³⁸ *Exchange Act*, sections 21(d)(3) and 32(c)

³⁹ <http://www.bna.com/deferred-and-non-prosecution-agreements/>

⁴⁰ Morgan Lewis Law Firm, article « *SEC Policy Change: Voluntary Disclosure Now Required for DPA/NPA Resolutions in FCPA Cases* » : <https://www.morganlewis.com/pubs/sec-policy-change-voluntary-disclosure-now-required-for-dpa-npa-resolutions-in-fcpa-cases#sthash.Mp7Kq4Wt.dpuf>

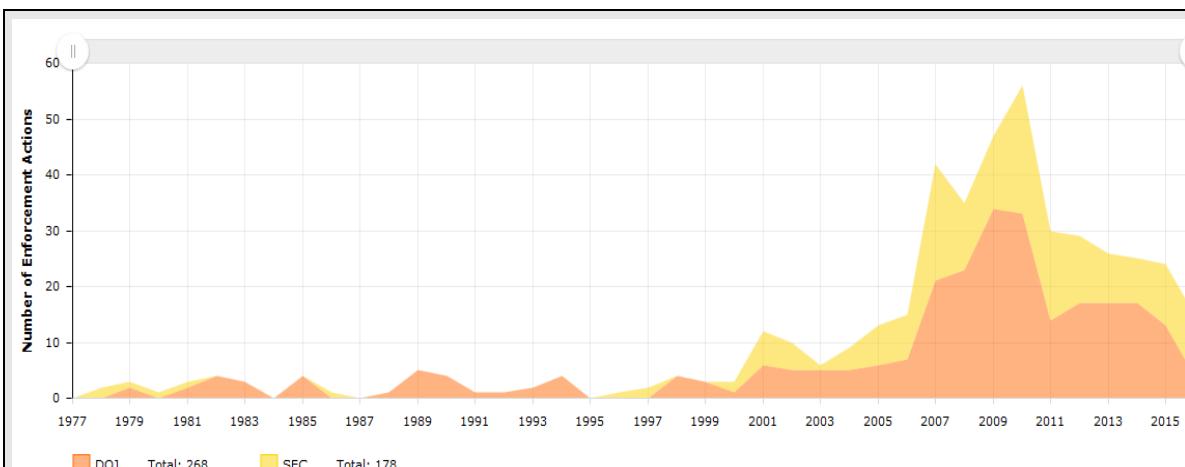
2. Le *Foreign Corrupt Practices Act* est de plus en plus appliqué, mais les entreprises étrangères restent les plus visées par le dispositif

2.1. L'application de la législation américaine en matière de lutte contre la corruption a été renforcée au cours des dernières années

Le *FCPA* n'a eu que des effets modestes dans les années qui ont immédiatement suivi son adoption. Néanmoins, le *Department of Justice (DoJ)* et la *Securities and Exchange Commission (SEC)* ont renforcé sa mise en œuvre récemment. En effet, 408 mesures d'application ont été prises depuis l'entrée en vigueur du *FCPA* en 1977, et 265 cas ont été clôturés depuis 2008⁴¹, ce qui traduit une multiplication du contentieux. L'administration américaine aurait ainsi collecté 6.5 Mds de dollars américains⁴². En revanche, il est difficile d'évaluer la part des poursuites qui aboutissent à des sanctions puisque le nombre de poursuites engagées n'est pas communiqué par le DoJ et la SEC⁴³.

Le service économique régional des Etats-Unis estime qu'entre 2004 et 2011, 74% des enquêtes ont abouti à une transaction, c'est-à-dire une sanction négociée permise par le recours au *DPA* ou *NPA*⁴⁴.

Encadré 6 : Nombre de procédures conduites par le *DoJ* et la *SEC* entre depuis 1977



Ce graphique représente le nombre de procédures engagées par le *DoJ* et la *SEC* depuis 1977. Ces données intègrent les procédures engagées mais qui n'ont pas permis de retenir l'infraction au *FCPA* uniquement lorsque la procédure a fait l'objet d'une publication sur le site du *DoJ* ou de la *SEC*. Ces données incluent aussi bien les procédures ayant fait l'objet d'un jugement que celles qui ont abouti à un *DPA* ou *NPA*. Lorsqu'une procédure inculpe plusieurs personnes physiques ou morales, elle n'est comptée qu'une seule fois. En revanche, lorsque la procédure est conjointement menée par le *DoJ* et la *SEC*, elle est comptée deux fois⁴⁵.

En application de cette méthodologie, en 2015 la *SEC* a mené 11 procédures contre 13 pour le *DoJ*.

⁴¹ Enquête réalisée par la direction générale du trésor pour les besoins de la mission auprès des services économiques régionaux.

⁴² Note du service économique régional des Etats-Unis, en date du 26 avril 2016, relative à « *l'extra-territorialité dans la législation américaine anti-corruption* ».

⁴³ Enquête réalisée par la direction générale du trésor pour les besoins de la mission auprès des services économiques régionaux.

⁴⁴ *Idem*

⁴⁵ Définition méthodologique de « *enforcement action* » : <http://fcpa.stanford.edu/about-the-fcpac.html#datasets>

Annexe III

Source : Stanford Law School, FCPA Clearninghouse, Sullivan and Cromwell LLP.

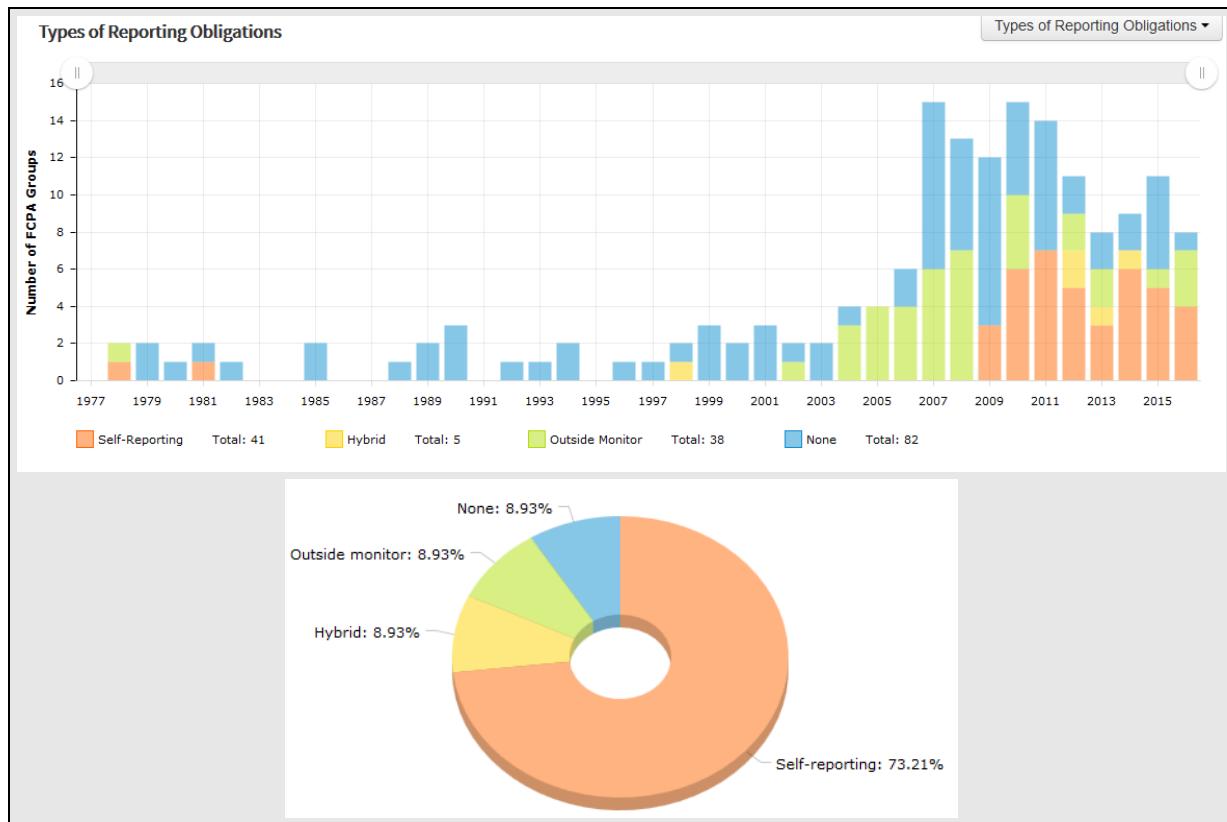
Tableau 1 : Nombre de personnes physiques et morales sanctionnées selon la méthodologie de l'OCDE⁴⁶, depuis la mise en œuvre de la convention (1999-2014)

	Personnes physiques	Personnes morales	Total
Sanctions pénales en matière de corruption d'agents publics étrangers	57 en incluant les « <i>plea guilty</i> » (+1 DPA)	35 en incluant les « <i>plea guilty</i> » (+57 DPA et NPA)	150
Sanctions civiles et administratives en matière de corruption d'agents publics étrangers ⁴⁷	41	65	106
Total	99	157	256

Source : OCDE, data on enforcement of the Anti-Bribery Convention, 2014

Alors que le contentieux se multiplie, il peut être noté que les sanctions prononcées comportent de plus en plus des obligations de réforme des programme internes des entreprises en matière de lutte contre la corruption et autre mesures de *compliance* telles que présentées précédemment (cf. 1.3.4.3).

Encadré 7 : Evolution des types d'obligations imposées aux personnes morales à la suite d'une résolution d'une affaire de corruption depuis 1977



⁴⁶ Le périmètre retenu par l'OCDE ne comprend pas les sanctions imposées par la SEC au titre seulement des infractions de la section « books and records » du FCPA, ce qui expliquerait l'écart constaté avec le graphique précédent qui comptabilise 361 procédures entre 1999 et 2014. Cet écart s'explique également par le fait que le graphique précédent comptabilise deux fois les procédures conjointes entre le DOJ et la SEC.

⁴⁷ Plusieurs personnes physiques et morales ayant fait l'objet d'une condamnation pénale ont également reçu une condamnation civile et administrative. Les données en matière civile et administrative incluent les règlements extra-judiciaires.

Annexe III

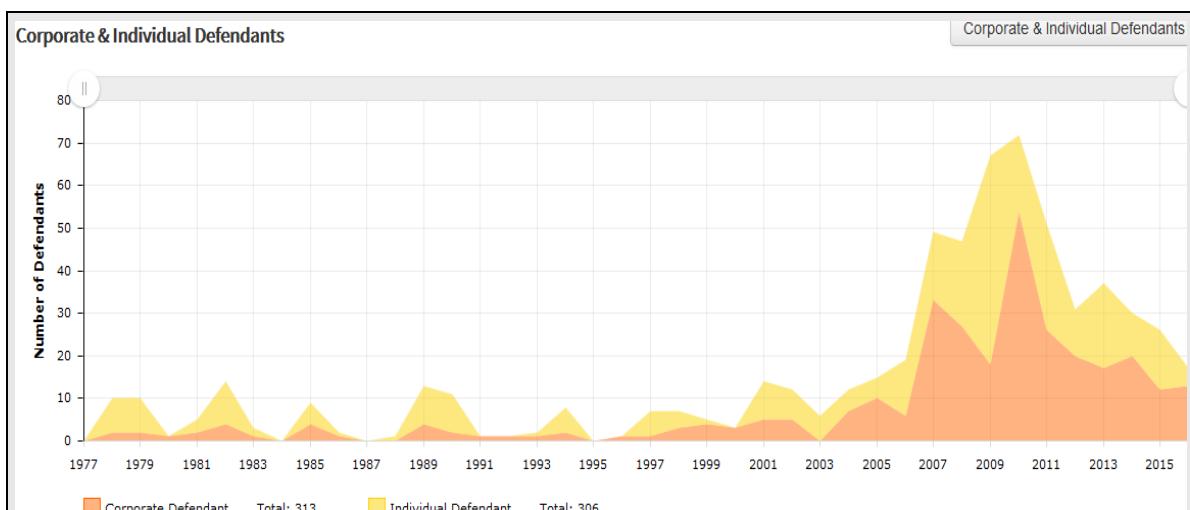
Ces deux graphiques indiquent d'une part l'évolution de la répartition des sanctions de *compliance* imposées aux entreprises, et d'autre part cette répartition toutes années confondues. Les données ne comptent qu'une seule personne morale par affaire afin d'éviter le double comptage.

« *Outside monitor* » signifie que l'entreprise a l'obligation d'embaucher un tiers indépendant chargé d'évaluer les procédures de compliance internes à l'entreprises et de l'accompagner dans leur restructuration. « *Self-reporting* » signifie que l'entreprise doit fournir aux autorités à échéances régulières un rapport de ses activités et de ses procédures de prévention de la corruption. « *Hybrid* » indique que la sanction impose des obligations à la fois de « *outside monitor* » et de « *self-reporting* ».

« *No reporting* » indique que l'entreprise n'a pas l'obligation d'établir des rapports aux autorités américaines sur ses mesures internes de *compliance*.

On observe que depuis 2004, l'obligation d'intégrer au sein de l'entreprise un tiers indépendant pour évaluer les procédures de compliance est systématiquement imposée au cours des résolutions des affaires de corruption. Par ailleurs, si le « *self-reporting* » représente près de 73 % des obligations imposées aux personnes morales, cette mesure n'avait pas été appliquée entre 1981 et 2009.

Source: Stanford Law School, FCPA Clearninghouse, Sullivan and Cromwell LLP. Encadré 8 : Ventilation du total des procédures relatives au FCPA entre personnes physiques et morales depuis son entrée en vigueur



Ce graphique montre l'évolution du nombre de personnes physiques et de personnes morales faisant l'objet d'une poursuite en application des dispositions du *FCPA*, par année. Ces données n'intègrent pas les procédures menées par le SEC ou le DoJ et qui ont abouti à un non-lieu, mais elles intègrent cependant les résolutions ayant fait l'objet d'un DPA ou NPA⁴⁸. **Toutes les personnes physiques et morales sont comptabilisées, sans prendre en compte un éventuel lien entre elles au cours d'une affaire.** Ce périmètre est donc plus large que celui utilisé par l'OCDE (cf. Tableau 1 : Nombre de personnes physiques et morales sanctionnées selon la méthodologie de l'OCDE, depuis la mise en œuvre de la convention (1999-2014). L'année de comptabilisation est celle au cours de laquelle la Cour établit la liste des charges requises à l'encontre de l'accusé.

On observe qu'au cours des années 1970 et 1980, alors que le *FCPA* était inégalement mis en œuvre selon les années, les personnes physiques étaient principalement visés par le dispositif (elles étaient quatre fois plus nombreuses que les personnes morales en 1978). A partir de 2004, la tendance s'est inversée, la part des personnes morales a progressivement augmenté : elles étaient près de deux fois plus nombreuses que les personnes physiques à faire l'objet d'une poursuite en 2007, et trois fois plus nombreuses en 2010. En revanche, 2009 marque ponctuellement une hausse de la part des personnes physiques par rapport à celle des personnes morales, puisque ces dernières n'ont représenté qu'un tiers des poursuites cette année-là. Depuis 2013, le nombre total des poursuites se stabilise autour d'une trentaine d'affaires (37 en 2013, 30 en 2014 et 26 en 2015), avec une répartition quasiment paritaire entre les personnes morales et les personnes physiques (respectivement 17 et 20 en 2013, 20

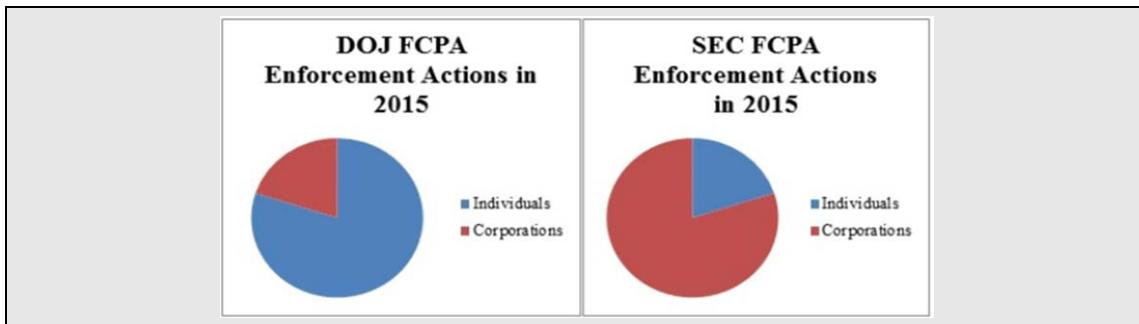
⁴⁸ <http://fcpa.stanford.edu/about-the-fcpac.html#datasets>

Annexe III

et 10 en 2014, et 12 et 14 en 2015).

Source: Stanford Law School, FCPA Clearninghouse, Sullivan and Cromwell LLP

Encadré 9 : Cibles des mesures d'application du *FCPA* en 2015

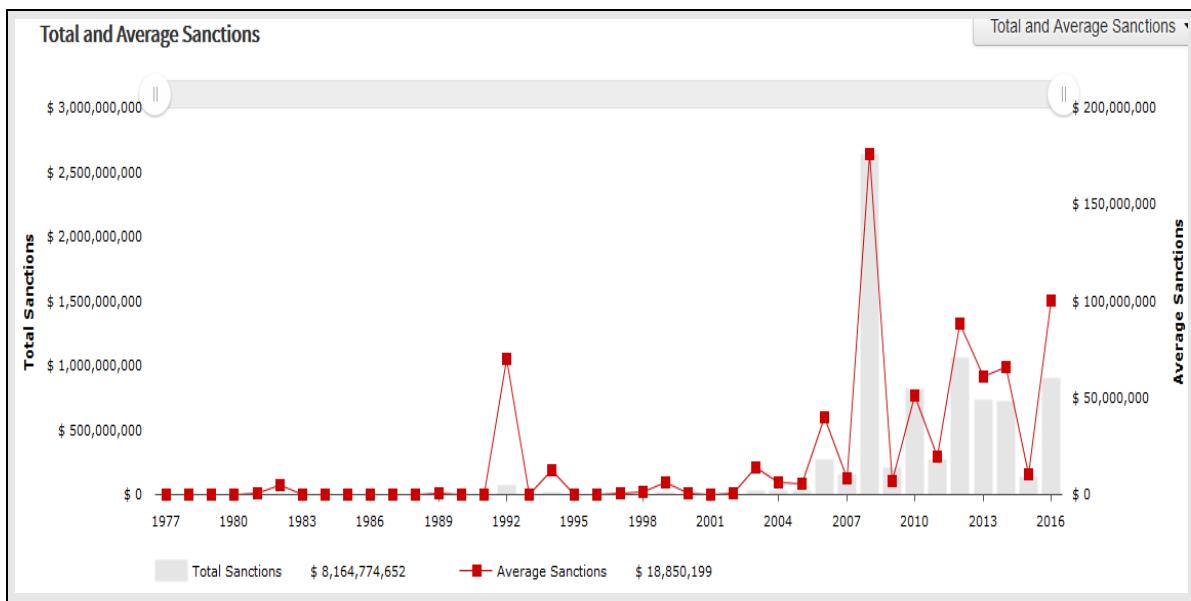


Source : Mission, d'après la note du service économique régional des Etats-Unis, en date du 26 avril 2016 relative à « l'extra-territorialité dans la législation américaine anti-corruption », sur la base des données communiquées par le DoJ et la SEC.

2.2. Le montant des sanctions financières prononcées a augmenté depuis 1977 et touche majoritairement des entreprises étrangères

Le montant moyen des sanctions prononcées suit une évolution semblable au nombre de contentieux (cf. 2.1), avec toutefois un pic dans le montant des sanctions financières en 2008.

Encadré 10 : Montant total des sanctions financières et sa moyenne depuis l'entrée en vigueur du *FCPA*



Source : Stanford Law School, FCPA Clearninghouse, Sullivan and Cromwell LLP.

Annexe III

Les pénalités financières prononcées affectent principalement, mais pas uniquement, les entreprises étrangères⁴⁹. Entre 1977 et 2014, 30 % des enquêtes ouvertes⁵⁰ ont visé des entreprises étrangères, mais celles-ci ont réglé 67 % du total des amendes collectées – deux fois plus que les sociétés américaines, avec un ratio amende par enquête cinq fois supérieur. Dans la liste des dix entreprises visées par les sanctions les plus conséquentes, huit d'entre elles ne sont pas américaines⁵¹. Les entreprises françaises ont été la cible de trois des dix sanctions les plus conséquentes, et aucun autre pays n'apparaît plus de deux fois dans cette liste⁵². Cette tendance est d'autant plus nette dans le secteur minier et énergétique.

Tableau 2 : Liste des dix amendes les plus importantes du *FCPA*

Entreprise concernée	Montant (M USD)	Année	Pays de l'entreprise	Critères de compétence des juridictions américaines
1. Siemens	800	2008	Allemagne	Entreprise cotée à la bourse de New-York (« <i>issuer</i> » selon le <i>FCPA</i>)
2. Alstom	772	2014	France	Deux filiales américaines de l'entreprise ont commis les faits (« <i>domestic concerns</i> » au sens du <i>FCPA</i>)
3. KBR / Halliburton	579	2009	Etats-Unis	Entreprise américaine
4. BAE	400	2010	Royaume-Uni	Lien avec le territoire national dans la commission de l'infraction (présence d'intermédiaires sur le territoire, achats immobiliers aux Etats-Unis, etc.) ⁵³
5. Total SA	398	2013	France	Entreprise cotée à la bourse de New-York (« <i>issuer</i> » selon le <i>FCPA</i>)
6. VimpelCom	397,6	2016	Pays-Bas	Entreprise enregistrée auprès de la SEC (« <i>issuer</i> » selon le <i>FCPA</i>)
7. Alcoa	384	2014	Etats-Unis	Entreprise américaine et cotée à la bourse de New-York
8. Snamprogetti Netherlands BV	365	2010	Pays-Bas	Lien avec le territoire national dans la commission de l'infraction (utilisation de dollars américains, un compte bancaire new-yorkais) et a fait intervenir un tiers américain (entreprise KBR ⁵⁴ , « <i>domestic concern</i> » selon le <i>FCPA</i>)

⁴⁹ Source : Mission, note du service économique régional des Etats-Unis en date du 26 avril 2016 relative à « *l'extra-territorialité dans la législation américaine anti-corruption* ».

⁵⁰ Source : *idem*. Au total, 378 procédures ont été clôturées entre 1978 et 2014, mais le nombre d'enquêtes ouvertes demeure confidentiel.

⁵¹ Source : *idem*. La moyenne des 10 amendes les plus importantes atteint 465 M USD, pour un total de 4,65 Mds USD.

⁵² Source : *idem*. Selon l'OCDE, la France ne se conforme pas encore suffisamment à la Convention contre la corruption, ne mettant pas en œuvre une partie significative des 33 recommandations formulées par le Groupe de travail.

⁵³ Dans l'affaire BAE dont le jugement a été prononcé en 2010, la filiale américaine de l'entreprise, réalisant près de 35 % de son chiffre d'affaires n'a pas été mise en cause. En revanche, l'accusation a démontré que le schéma de corruption avait des points de contact avec le territoire américain (« *while in the US territory* »). Ce lien tenu avec le territoire américain a été critiqué par des juristes comme ici : <http://fcpaprofessor.blogspot.fr/2010/02/bae-non-bribery-bribery-allegations.html>

⁵⁴ Kellogg Brown & Root Inc.

Annexe III

Entreprise concernée	Montant (M USD)	Année	Pays de l'entreprise	Critères de compétence des juridictions américaines
9. Technip SA	338	2010	France	Entreprise cotée à la bourse de New-York
10. JGC Corporation	218,8	2011	Japon	Lien avec le territoire national dans la commission de l'infraction (utilisation de dollars américains, un compte bancaire new-yorkais) et a fait intervenir un tiers américain (entreprise KBR ⁵⁵ , « <i>domestic concern</i> » selon le FCPA)

Source : Mission, note du service économique régional des Etats-Unis, en date du 26 avril 2016, dont l'objet est «l'extra-territorialité dans la législation américaine anti-corruption».

Les trois dernières entreprises présentées dans le tableau précédent ont été condamnées à la suite de l'affaire « Bonny Island » au Nigeria. Une joint-venture (« TSKJ ») constituée de JGC Corporation, Technip SA, Snamprogetti Netherlands BV et Kellogg Brown & Root Inc. (KBR) a été accusée d'un vaste scandale de corruption d'agents publics nigérians en vue d'obtenir une série de contrats publics dans le domaine de la construction. Les trois entreprises citées par le tableau ont bénéficié d'un DPA, tandis que KBR a plaidé coupable et a dû payer une amende de 402 M de dollars américains⁵⁶.

Une autre entreprise française, Alcatel-Lucent SA, qui ne figure pas dans le tableau précédent, a également été condamnée par la justice américaine pour violation des dispositions du *FCPA*. Depuis sa fusion avec Lucent Technologies, Inc en 2006, l'entreprise est soumise au droit français et américain. Le groupe est également enregistré auprès de la *SEC* et coté à la bourse de New-York. A ce titre, il s'agit d'un « *issuer* » selon les termes du *FCPA*. Le groupe, accusé d'avoir versé des pots-de-vin à des agents publics au Costa Rica, Taïwan, Malaisie et Honduras, a dû verser 137 M de dollars américains aux autorités américaines dans le cadre d'un DPA⁵⁷.

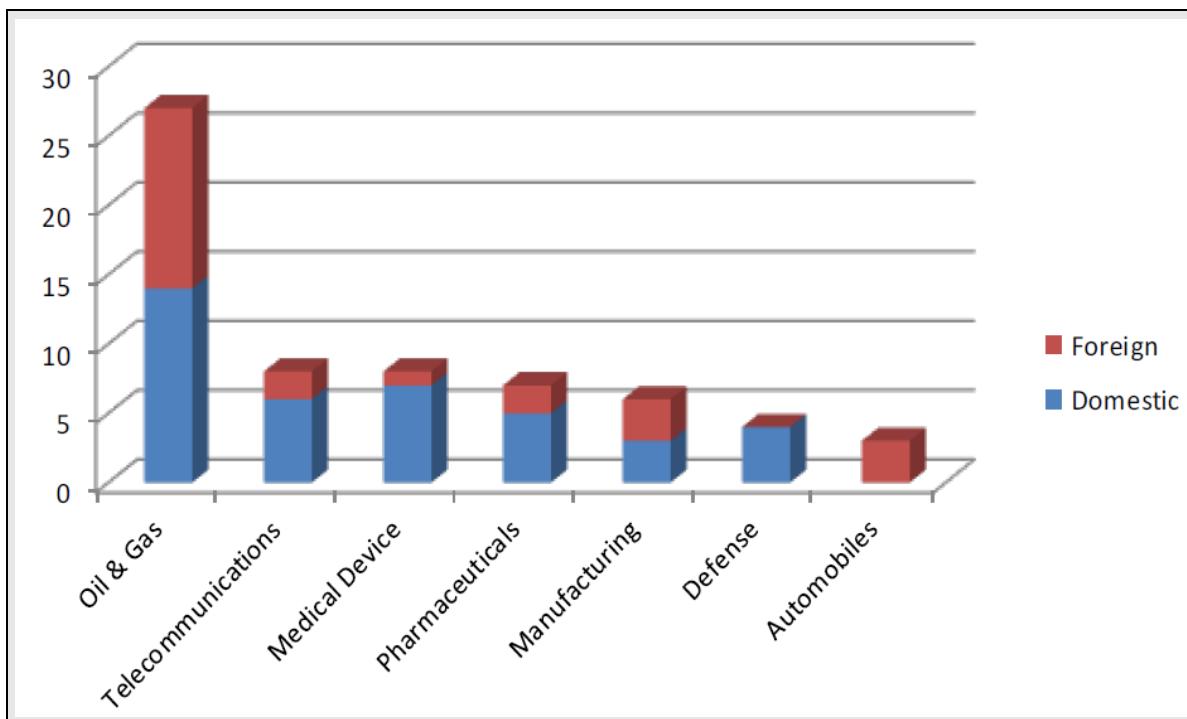
⁵⁵ Kellogg Brown & Root Inc.

⁵⁶ <http://www.fcpablog.com/blog/2011/12/29/tskj-the-fcpas-whale.html>

⁵⁷ <https://www.justice.gov/opa/pr/alcatel-lucent-sa-and-three-subsidiaries-agree-pay-92-million-resolve-foreign-corrupt>

Annexe III

Encadré 11 : Répartition sectorielle et géographique des décisions adoptées par le DoJ et SEC dans le cadre du FCPA



Source : Mission, note du service économique régional des Etats-Unis, en date du 26 avril 2016, dont l'objet est «l'extra-territorialité dans la législation américaine anti-corruption», sur la base des données du DoJ et de la SEC.

Compte tenu d'une part, de l'application croissante de cette législation (cf. 2.1) et d'autre part, du fait que son application extraterritoriale bénéficie d'une interprétation extensive (cf. 1.3.2), certains acteurs estiment que la mise en œuvre du *FCPA* répond tant au besoin de faire respecter la loi adoptée par le Congrès, qu'à des impératifs économiques propres aux Etats-Unis⁵⁸. En effet, le fait que la plupart des sanctions financières soient appliquées à des entreprises étrangères permet à une partie de la doctrine juridique de considérer le *FCPA* comme un outil économique visant à avantager en partie les entreprises nationales, en affaiblissant la concurrence internationale. C'est pour cette raison que le *FCPA* a pu être comparé à une taxe sur le commerce international⁵⁹.

⁵⁸ Plus exactement appelée « *international business anti-corruption tax* », notamment par Annalisa Leibold dans *Extraterritorial Application of the FCPA under International Law (August 31, 2014)*. 51 Willamette L. Rev. 225 (2015)

⁵⁹ *Idem*

ANNEXE IV

Application extraterritoriale de la loi en matière de corruption transnationale par le Royaume-Uni

SOMMAIRE

1. ETAT DU DROIT EN VIGUEUR AU ROYAUME-UNI	1
1.1. Le Royaume-Uni est signataire de conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption transnationale	1
1.2. <i>The United Kingdom Bribery Act (UKBA) est le fondement du cadre juridique actuellement en vigueur pour lutter contre la corruption transnationale.....</i>	2
1.2.1. <i>Historique de la législation en vigueur.....</i>	2
1.2.2. <i>Les dispositions du Bribery Act de 2010 prévoient de nouvelles infractions telles que le défaut de prévention de la corruption, et bénéficient de critères d'application extraterritoriale larges.....</i>	3
1.2.3. <i>Conditions procédurales de la mise en œuvre des poursuites par le Serious Fraud Office et le Crown Prosecution Service.....</i>	9
1.2.4. <i>Les sanctions prévues par la législation ont récemment été complétées par la possibilité de recourir à un deferred prosecution agreement sur le modèle américain, mais dont la procédure fait une plus grande place au juge.....</i>	11
2. MISE EN APPLICATION DE LA LEGISLATION ANTI-CORRUPTION AU ROYAUME-UNI	17

1. Etat du droit en vigueur au Royaume-Uni

1.1. Le Royaume-Uni est signataire de conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption transnationale

Le Royaume-Uni a signé les principales conventions internationales visant à lutter contre la corruption transnationale, telles que¹ :

- ◆ **la convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de lutte contre la corruption.** Signée en 1997 et entrée en vigueur en 1999, elle comprend tous les pays de l'OCDE ainsi que l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie et l'Afrique du sud. La convention prévoit des standards internationaux pour criminaliser le trafic d'influence d'agent public étranger dans le commerce international et fournit un cadre obligatoire de mesures de contrôle des entreprises ;
- ◆ **la convention des Nations Unies contre la corruption,** signée en 2003 par le Royaume-Uni et ratifiée en 2006. La convention reconnaît que la corruption d'agents publics étrangers ainsi que le blanchiment d'argent sont associés à la criminalité transnationale. Elle prévoit des instances de coopération entre les pays signataires dans ces domaines ;
- ◆ **la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dite convention de Palerme.** Signée en 2000, elle est entrée en vigueur en 2003. Son article 8 donne le caractère d'infraction pénale à tout acte de corruption d'un agent public étranger² ;
- ◆ **la convention pénale de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** signée en 1999 et entrée en vigueur au Royaume-Uni en 2004. Elle prévoit une coopération internationale pour lutter contre la corruption ainsi que des mesures pénales que doivent respecter les pays signataires. Elle instaure le **Groupe d'Etats contre la corruption** (GRECO) qui évalue les dispositifs de lutte contre la corruption de l'ensemble des pays membres. Les dispositifs britanniques font ainsi l'objet d'une évaluation périodique ;
- ◆ **la convention civile de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** qui définit pour la première fois des règles communes au niveau international dans le domaine du droit civil et de la corruption. Les Etats contractants devront prévoir dans leur droit interne "*des recours efficaces en faveur des personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption afin de leur permettre de défendre leurs droits et intérêts, y compris la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts*" (article 1er). Toutefois, si le Royaume-Uni a bien signé la convention, il ne l'a jamais ratifiée³ ;

¹ Liste des conventions internationales consacrées à la lutte contre la corruption : <https://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm#americas>

² Article 8 de la convention : « *1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement: a) Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles; b) Au fait pour un agent public de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles (...)* »

³ <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>

- ♦ **le droit de l'Union européenne a complété ces conventions**, notamment avec la convention sur la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes et ses protocoles et la convention pour combattre la corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres.

1.2. ***The United Kingdom Bribery Act (UKBA) est le fondement du cadre juridique actuellement en vigueur pour lutter contre la corruption transnationale***

1.2.1. ***Historique de la législation en vigueur***

The United Kingdom Bribery Act (UKBA), promulgué le 8 avril 2010 au Royaume-Uni, est l'actuelle législation en vigueur prévoyant des dispositions en matière de lutte contre la corruption à l'encontre des personnes physiques ou morales.

Avant son adoption, plusieurs textes législatifs prévoient des dispositions éparses tels que *The Public Bodies Corrupt Practices Act* de 1889, *the Prevention of Corruption Act* de 1906 ou encore *the Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001. Au cours des années 1970 et 1980, une série de scandales financiers installe un climat de suspicion au sein de l'opinion publique vis-à-vis des risques de corruption transnationale au cœur des entreprises britanniques.

Le « *Roskill Report* » est publié en 1986 par un comité indépendant chargé par le gouvernement britannique de proposer des pistes d'évolution du droit national pour répondre aux exigences internationales de lutte contre la corruption⁴. Il préconise avant tout la création d'une agence indépendante chargée de prévenir les faits de corruption et d'ouvrir les poursuites judiciaires. Par conséquent, le *Serious Fraud Office (SFO)* a été créé par le *Criminal Justice Act* en 1987.

Toutefois, ces dispositions ne semblaient pas suffisantes au regard des engagements internationaux du Royaume-Uni en la matière (cf. 1.1), et les critiques des organisations internationales persistaient. En 2008, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a renouvelé ses observations et a recommandé au Royaume-Uni de mettre en œuvre les actions suivantes⁵ :

- ♦ transposer en droit national l'article 5 de la convention de l'OCDE qui interdit notamment d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des faits de corruption transnationale dans l'objectif de satisfaire des intérêts économiques nationaux ;
- ♦ garantir une indépendance du directeur du *Serious Fraud Office (SFO)* vis-à-vis du ministre de la justice en supprimant la nécessité d'obtenir l'accord de ce dernier afin d'ouvrir des poursuites judiciaires en la matière ;
- ♦ améliorer l'efficacité des services du *SFO* en allouant davantage de ressources aux investigations sur les faits de corruption transnationale.

⁴ *SFO historical background and powers* : <https://www.sfo.gov.uk/publications/corporate-information/sfo-historical-background-powers/>

⁵ *OECD Group demands rapid UK action to enact adequate anti-bribery laws* : <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdgroupdemandsrapidukactiontoenactadequateanti-briberylaws.htm>

En outre, d'autres faits de corruption ont accéléré le vote du *Bribery Act* en 2010, à l'image de l'affaire « BAE System ». Des soupçons de corruption pesaient sur un contrat dont le montant s'élevait à près de 50 Mds d'euros passé entre l'entreprise et l'Arabie Saoudite. La décision du gouvernement de Tony Blair en 2006 d'abandonner les poursuites, en invoquant des raisons de sécurité nationale, a remis la législation de lutte contre la corruption au cœur de l'agenda politique⁶.

1.2.2. Les dispositions du *Bribery Act* de 2010 prévoient de nouvelles infractions telles que le défaut de prévention de la corruption et bénéficient de critères d'application extraterritoriale larges

1.2.2.1. Le *Bribery Act* interdit le fait de verser ou de recevoir un pot-de-vin, ainsi que le défaut de prévention de lutte contre la corruption

Le *Bribery Act* prévoit quatre catégories d'infractions relatives à la corruption transnationale :

- ◆ la corruption active (article 1, « *offences of bribing another person* ») définie comme étant le fait d'offrir, promettre ou octroyer un avantage pécuniaire ou d'une autre nature, de façon directe ou par l'intermédiaire d'un tiers, en sachant que la personne accepte cet avantage constitue un acte de corruption ;
- ◆ la corruption passive ou une autre forme de pot-de-vin (article 2, « *offences relating to being bribed* »), versé directement ou par l'intermédiaire d'un tiers ;
- ◆ la corruption d'agent public étranger (article 6, « *bribery of foreign public officials* ») ;
- ◆ le fait pour une entreprise de ne pas avoir pris les dispositions nécessaires pour prévenir les actes de corruption (article 7, « *failure of commercial organisations to prevent bribery* »).

Il apparaît ainsi que **le champ d'application du *Bribery Act* est plus étendu que celui du *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* américain** qui n'incrimine pas le fait d'être corrompu mais uniquement le fait d'être à l'origine d'un acte de corruption et qui se limite aux actes de corruption d'agents publics étrangers.

⁶ <http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/industry/defence/8216172/BAE-Systems-timeline-of-bribery-allegations.html>

Un acte de corruption est caractérisé lorsqu'il vise à réaliser une activité de manière inappropriée (« *improper performance* ») ou en violation d'une attente légitime⁷. Une attente légitime est définie comme ce qu'une personne raisonnable au Royaume-Uni attendrait légitimement de l'exécution d'une activité⁸, c'est-à-dire une disposition législative ou une jurisprudence en vigueur au Royaume-Uni. L'activité faisant l'objet d'un pot-de-vin peut être n'importe quelle fonction ou profession en lien avec une activité commerciale, une activité du secteur public⁹. Par conséquent, cette infraction ne se limite pas à la corruption d'agents publics. Elle s'applique à toutes fonctions ou activités ayant un caractère public, un lien avec une activité commerciale, toute activité exercée dans le cadre d'un emploi, pour le compte d'un groupe de personnes constitué ou non en société. La personne en question doit soit être censée exercer la fonction ou l'activité visée par la loi de bonne foi ou avec impartialité, soit occuper une position de confiance du fait même qu'elle exerce cette activité¹⁰.

En outre, **il ne peut être excipé des coutumes locales pour justifier un acte de corruption, à moins qu'une pratique pouvant s'apparenter à un pot-de-vin selon la législation britannique fasse l'objet d'une règle écrite** – Constitution, disposition législative, jurisprudence – dans le territoire en question¹¹. Le rapport de suivi de la mise en œuvre de la lutte contre la corruption, réalisé par l'OCDE¹² souligne la difficulté pratique de cette exception. En effet, dans le cas où l'accusé souhaite l'utiliser pour construire sa défense, il revient à l'accusation de prouver l'absence de règle légale permettant cette pratique dans le territoire où a été réalisé l'acte de corruption. Cette démonstration peut être d'autant plus délicate dans certains Etats faillis où la jurisprudence ne fait pas l'objet d'une trace écrite. Par ailleurs, il peut être noté que le *Bribery Act*, contrairement au *FCPA*, ne distingue pas les « paiements de facilitation» permettant d'accélérer les décisions administratives, des actes de corruption transnationale¹³.

Concernant la corruption d'un agent public étranger, le *Bribery Act* se conforme à la convention de l' OCDE. Un agent public étranger est une personne physique exerçant son activité en dehors du Royaume-Uni et qui dispose d'une fonction au sein d'un organe législatif, judiciaire, exécutif, d'une agence ou d'une entreprise publique à l'étranger, ou d'une organisation internationale. La corruption d'un agent public étranger est caractérisée lorsque les trois conditions suivantes sont réunies¹⁴:

- ♦ lorsque la personne physique ou morale à l'origine du pot-de-vin souhaite influencer l'agent public pour sa qualité de fonctionnaire ;

⁷ « (...) a relevant function or activity is performed improperly if it is performed in breach of a relevant expectation (...) », *Bribery Act 2010*, article 4 (1), « relevant expectation » in articles 4 and 5

⁸ « (...) the test of what is expected is a test of what a reasonable person in the United Kingdom would expect in relation to the performance of the type of function or activity concerned » *Bribery Act 2010*, articles 5 (1)

⁹ *The Bribery Act : has it made a difference ?*, Dentons Law firm, September 2013

¹⁰ *Bribery Act 2010*, article 3 (3)

¹¹ « In deciding what such a person would expect in relation to the performance of a function or activity where the performance is not subject to the law of any part of the United Kingdom, any local custom or practice is to be disregarded unless it is permitted or required by the written law applicable to the country or territory concerned » *Bribery Act 2010*, articles 5 (2)

¹² Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012

¹³ Cf. annexe relative à la législation en vigueur aux Etats-Unis

¹⁴ *Bribery Act 2010*, article 6

- ♦ lorsque la personne physique ou morale à l'origine du pot-de-vin cherche à obtenir ou à conserver un avantage commercial. Au sens de cet article, l'activité en question désigne une activité commerciale¹⁵, alors que l'article 1 du Bribery Act concerne les actes de corruption visant à obtenir d'un agent public qu'il omette ou accomplisse un acte contraire à ses fonctions. Par conséquent, les actes de corruption à l'encontre des agents étrangers sont incriminés de façon plus limitative que les actes de corruption domestiques ;
- ♦ lorsqu'aucune loi écrite ne permet ni ne justifie le versement ou la promesse de cet avantage à un agent public étranger.

Les infractions définies dans les articles 1 à 6 du *Bribery Act* peuvent être attribuées à toute personne, physique ou morale. En effet, le *Bribery Act* s'applique à toute « *person* », et ce terme a été interprété comme un ensemble de personnes constitué ou non en société par application de l'article 5 de l'*Interpretation Act* de 1978¹⁶.

L'attribution de ces infractions à des personnes morales répond à la « théorie de l'identification » mise en œuvre par la jurisprudence de façon constante, même avant l'entrée en vigueur du *Bribery Act* (cf. Encadré 1). Selon la théorie de l'identification, la personne morale est responsable d'actes de corruption lorsque ses représentants ont eu l'intention de commettre cette infraction. Toutefois, l'OCDE a critiqué à plusieurs reprises le mécanisme d'engagement de la responsabilité des personnes morales qui, selon elle, limite leur possibilité de mise en accusation¹⁷. D'une part, l'intention d'une personne morale de commettre une infraction ne peut être attribuée qu'aux membres dirigeants ou à ses cadres supérieurs. Ainsi, il est peu probable qu'un acte de corruption entrepris par un agent d'une direction décentralisée ou un agent sans responsabilité hiérarchique conséquente, puisse engager la responsabilité de la personne morale. D'autre part, la jurisprudence ne permet pas la détermination de la responsabilité de la personne morale par agrégation des intentions de plusieurs personnes physiques de l'entreprise. Par conséquent, il faut que l'acte de corruption et l'intention émanent d'une ou plusieurs personnes physiques appartenant aux membres dirigeants de l'entreprise pour que sa responsabilité soit engagée. Or, les multinationales ont des instances dirigeantes souvent collégiales, organisées selon des modalités de prise de décisions et un partage de responsabilités complexes. Ainsi, il est difficile de caractériser l'intention unique de la personne morale. Le *Serious Fraud Office* a publiquement fait part, à plusieurs reprises, des défauts de cette mise en responsabilité des personnes morales¹⁸.

Encadré 1 : La théorie de l'identification de la responsabilité des personnes morales appliquée par la jurisprudence

Les infractions soumises au *Bribery Act* nécessitent d'établir une intention ou une *mens rea* pour obtenir une condamnation. L'établissement de la responsabilité de la personne morale dépend de l'identification d'une personne de l'organisation disposant de l'autorité suffisante et ayant l'intention morale de réaliser l'infraction. Deux doctrines connexes semblent avoir été appliquées par la jurisprudence pour déterminer la responsabilité d'une personne morale :

- ♦ la doctrine traditionnelle, utilisée dans l'arrêt *Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v. Securities Commission* en 1995. Elle vise à considérer que certains organes ou responsables de l'entreprise sont l'incarnation de la société lorsqu'ils agissent dans ses intérêts commerciaux. Cependant, la décision *Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass* en 1972 a limité la

¹⁵ *Bribery Act 2010*, article 6 (2)

¹⁶ Rapport de mise en œuvre de la convention de la lutte contre la corruption, phase 1ter, adopté en décembre 2010

¹⁷ Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012, § 32, and Phase 2bis Report §75

¹⁸ *SFO director's speeches to Higher School of Economics, Moscow* (15 mars 2011), et *London School of Economics discussion event* (30 mars 2011)

<p>responsabilité de la société aux actes du « <i>conseil d'administration, directeur général et peut-être d'autres cadres supérieurs d'une société qui exercent des fonctions de direction et parlent et agissent au nom de la société</i> » ;</p> <ul style="list-style-type: none">une doctrine subsidiaire estimant que le critère d'attribution de la responsabilité doit « <i>dépendre du but des dispositions créant l'infraction plutôt que de la quête « métaphysique » d'une âme dirigeante</i> ». L'application de cette doctrine élargirait les critères posés par l'arrêt <i>Tesco Supermarkets</i>, mais elle n'aurait pas été utilisée à ce jour.
<p>Il peut être noté que compte tenu des difficultés d'engagement de la responsabilité des personnes morales, les condamnations de celles-ci au titre du <i>Bribery Act</i> résultent davantage d'une procédure de « <i>plea guilty</i> », à l'image de la condamnation de l'entreprise britannique <i>Mabey & Johnson</i> dont l'amende s'est élevée à près de 6.5 M de livres, ou encore <i>Innospec</i> en 2010.</p>

Source: Phase 2bis Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the United Kingdom, March 2005, §198.

Les infractions définies dans les articles 1 à 6 doivent avoir un caractère intentionnel. L'acte de corruption est caractérisé, non pas par le versement effectif d'un avantage pécuniaire, mais uniquement par la promesse de cet avantage¹⁹.

Enfin, le *Bribery Act* crée l'infraction de défaut de prévention de la corruption des entreprises, ce qui le distingue des législations étrangères en la matière. L'entreprise peut être reconnue coupable pour des faits de corruption si une personne physique qui lui est associée²⁰ est reconnue coupable selon les dispositions des articles 1 à 6 de *Bribery Act*²¹, à moins que l'entreprise ne parvienne à prouver qu'elle a mis en œuvre des « *procédures adéquates* » pour éviter des faits de corruption (cf. Encadré 2). La personne associée doit avoir versé un pot-de-vin en vue d'obtenir ou de conserver un avantage ou une activité commerciale pour ladite entreprise. Cette disposition s'applique aux « *relevant commercial organizations* », définies comme des entités ou partenariats soumis au droit en vigueur au Royaume-Uni et/ou qui réalisent des activités commerciales au Royaume-Uni.

L'incrimination de défaut de prévention de la corruption permet de poursuivre des personnes morales dont la responsabilité ne peut être retenue au titre des articles 1 à 6 en raison des limitations exposées précédemment. Cependant, comme le montrent plusieurs rapports de l'OCDE²², le champ d'application de cette disposition est plus limité que pour celles des articles 1 à 6. En effet, l'infraction de défaut de prévention de la corruption ne concerne que les organismes constitués en sociétés ou partenariats. Les organismes non constitués en société, telles que les associations caritatives, ne peuvent être reconnus coupables de cette infraction.

¹⁹ *Bribery Act 2010* utilise la formule « *offers, promises or gives* »

²⁰ Une personne associée étant entendue comme réalisant des prestations pour l'entreprise : « *For the purposes of section 7, a person (« A ») is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C* », *Bribery Act 2010*, article 8 (1)

²¹ *Bribery Act 2010*, section 7

²² Rapports de suivi de la mise en œuvre de la convention de lutte contre la corruption de l'OCDE, phase 1ter, décembre 2010, et phase 3 (mars 2012)

En revanche, les entreprises étrangères dont au moins une partie des activités a un lien avec le Royaume-Uni sont soumises à cette disposition²³. Ce lien doit se traduire par un engagement économique avec le Royaume-Uni, soit par la vente ou l'achat de biens ou de ressources au Royaume-Uni. Le rapport de l'OCDE relatif à la phase 3 de la mise en œuvre de la convention sur la lutte contre la corruption souligne que le *Serious Fraud Office* estime que la priorité de cette disposition est de cibler les entreprises étrangères dont les actes de corruption nuiraient à des entreprises soumises au droit du Royaume-Uni²⁴.

Encadré 2 : Définition des procédures adéquates devant permettre de prévenir les actes de corruption

Une entreprise commerciale peut se dégager de toute responsabilité aux termes de l'article 7 du *Bribery Act*, en apportant la preuve qu'elle avait mis en place des procédures appropriées conçues pour empêcher les personnes qui lui sont associées de se livrer à des actes de corruption transnationale. Les dispositions législatives ne précisent pas ce qui constitue des procédures appropriées mais elles prévoient qu'un guide soit rendu public pour que les entreprises puissent prendre leurs dispositions, sur le modèle du guide d'application du *Foreign Corrupt Practices Act* aux Etats-Unis.

En 2011 un guide à destination des entreprises a été publié par le ministère de la justice britannique pour définir les principes requis pour prévenir les actes de corruption transnationale. Il définit les six principes suivants :

- ◆ les procédures adéquates de prévention de la corruption transnationale doivent être claires, accessibles, pratiques et mises en œuvre de façon efficace ;
- ◆ la culture de l'entreprise doit interdire la corruption ;
- ◆ l'évaluation du risque doit être menée de façon régulière et doit prendre en compte la nature et l'étendue du risque de corruption dans l'ensemble des activités de l'entreprise ;
- ◆ il est nécessaire d'adopter une évaluation basée sur l'analyse du risque avant d'entreprendre des relations commerciales avec un tiers ;
- ◆ les procédures adéquates doivent être dument comprises par l'ensemble des salariés de l'entreprise et mises en œuvre par tous ;
- ◆ il est recommandé de mettre en place un plan proportionné et approprié d'évaluation des pratiques de l'entreprise et des risques associés à ses activités, dans tous les pays avec lesquels l'entreprise entretient des relations.

Source: Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing.

²³ « (...) *Carrying on a business or part of a business* », *Bribery Act 2010*, article 7 (5)

²⁴ *The SFO's director speech to Russia Legal Seminar*, 9 juin 2011, et *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom*, mars 2012, § 40

Néanmoins, l'OCDE soulève plusieurs difficultés dans la mise en œuvre de cette disposition, en particulier sur la définition de « personne associée ». Si la personne associée à l'entreprise et qui commet un acte de corruption est une personne morale, alors l'engagement de sa responsabilité doit répondre à la théorie de l'identification, dont la mise en œuvre est très délicate. De plus, selon l'article 7, la personne associée doit commettre un acte de corruption pour obtenir ou conserver un avantage commercial pour ladite entreprise. Lorsqu'une filiale d'une entreprise réalise un acte de corruption pour obtenir un contrat en vue d'augmenter les revenus de la filiale, il est peu probable que l'entreprise mère voit sa responsabilité engagée puisque l'acte de corruption ne visait pas à favoriser ses propres activités commerciales. Dans ce cas, pour engager la responsabilité de l'entreprise mère, il faudrait satisfaire les critères de la théorie de l'identification, ce qui est peu probable²⁵. Le guide d'information publié par le ministère de la justice britannique²⁶ suggère que la responsabilité pénale de l'entreprise à travers les actes de personnes associées ne serait pas nécessairement engagée par un seul actionnariat ou un simple investissement (*joint venture* par exemple). Le degré de contrôle par l'entreprise de la filiale ou *joint venture* serait un critère pertinent selon les lignes directrices pour déterminer le degré d'association des deux entités²⁷.

1.2.2.2. *L'application extraterritoriale de la législation requiert un lien étroit avec le Royaume-Uni*

L'article 12 du *Bribery Act* définit les critères d'application territoriale des dispositions. Toutes les infractions, à l'exception du défaut de prévention de la corruption définie dans l'article 7, sont soumises aux dispositions du *Bribery Act* lorsque :

- ◆ l'acte ou omission qui constitue l'infraction a lieu au Royaume-Uni ;
- ◆ ou lorsque celui-ci a lieu en dehors du territoire national dès l'instant que la personne à l'origine de l'infraction a un lien étroit avec le Royaume-Uni.

Le *Bribery Act* définit un lien étroit comme le fait d'être :

- ◆ un citoyen britannique ;
- ◆ un citoyen d'un territoire d'outre-mer britannique ;
- ◆ un ressortissant britannique d'outre-mer ;
- ◆ un citoyen britannique d'outre-mer ;
- ◆ une personne qui, en vertu de la *British Nationality Act 1981*, est un sujet britannique ;
- ◆ une personne britannique protégée, au sens de cette loi ;
- ◆ une personne résidant généralement²⁸ au Royaume-Uni ;
- ◆ une personne morale constituée en vertu de la loi d'une partie du Royaume-Uni ;
- ◆ une société de personnes de droit écossais.

Pour l'infraction du défaut de prévention de la corruption, les personnes morales suivantes entrent dans le domaine d'application, en vertu de l'article 7²⁹ :

²⁵ Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012, § 44

²⁶ Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, §43 Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, §43

²⁷ <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/49728/l-uk-bribery-act-en-10-points-cles>

²⁸ "ordinarily resident in the UK", Bribery Act, article 12 (4) (g). La jurisprudence a déjà donné une définition de cette expression, dans *R v Barnet London Borough Council, Ex p Nilish Shah* [1983] 2 AC « "ordinary residence" referred "to a man's abode in a particular place or country which he has adopted voluntarily and for settled purposes as part of the regular order of his life or the time being, whether of short or of long duration" ».

²⁹ ""relevant commercial organization" means (a) a body which is incorporated under the law of any part of the UK and which carries on a business (whether there or elsewhere), (b) any other body corporate (wherever incorporated)

- ♦ une entité soumise au droit en vigueur au Royaume-Uni et qui poursuit des activités commerciales ou une profession au Royaume-Uni ou à l'extérieur ;
- ♦ une entité qui poursuit des activités commerciales, ou une partie d'entre elles, ou une profession, sur le territoire du Royaume-Uni ;
- ♦ toute forme de partenariat constitué selon le droit en vigueur au Royaume-Uni et qui poursuit des activités commerciales ou une profession au Royaume-Uni ou à l'extérieur ;
- ♦ toute forme de partenariat non soumis au droit en vigueur au Royaume-Uni et qui poursuit des activités commerciales, ou une partie d'entre elles, ou une profession au Royaume-Uni.

Des poursuites peuvent alors être engagées où que ce soit au Royaume-Uni, devant le tribunal d'instance (*Sheriff District Court*) dans le ressort duquel la personne est appréhendée ou incarcérée ou qui est désigné par le procureur général.

1.2.3. Conditions procédurales de la mise en œuvre des poursuites par le *Serious Fraud Office* et le *Crown Prosecution Service*

1.2.3.1. Le *Serious Fraud Office* et le *Crown Prosecution Service* sont en charge de mener les poursuites judiciaires

Le *Serious Fraud Office* (SFO) est l'autorité compétente pour mener les enquêtes en la matière, à l'image du Parquet National Financier (PNF) en France. Les poursuites sont assurées par le Crown Prosecution Service (CPS) qui applique la politique pénale du pays. Toutefois, la National Crime Agency (NCA) est aussi habilitée à lancer des poursuites en matière de corruption transnationale³⁰. Le SFO est une agence rattachée aux services de l'*Attorney General* (le procureur général). Créé par le *Criminal Justice Act* de 1987, le SFO a la capacité d'enquêter et d'ouvrir des poursuites judiciaires à l'encontre de cas de fraude et de corruption. Le SFO a compétence en Angleterre, Pays de Galles, Irlande du Nord, mais ne peut pas intervenir en Ecosse, dans l'Île de Man et dans les Iles Anglo-Normandes. Le SFO peut offrir une assistance technique et coopérer avec des services étrangers homologues dans les cas de schémas complexes de fraude transnationale. En janvier 2016, le SFO employait 380 personnes, comprenant des avocats, des analystes de données, des experts comptables et d'autres spécialistes³¹. Le CPS, avec à sa tête le *Director of Public Prosecution* (DPP), est une agence non ministérielle dépendant également de l'*Attorney General* et en charge de toutes les poursuites pénales au Royaume-Uni. Le CPS appuie les enquêtes des forces de police et décide ensuite formellement si une enquête doit aboutir sur l'ouverture d'une poursuite pénale, en première instance à la Cour des magistrats, puis auprès de la Cour de la couronne.

which carries on a business, or part of a business, in any part of the UK, (c) a partnership which is formed under the law of any part of the UK and which carries on a business (whether there or elsewhere), or (d) any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the UK (...)", Bribery Act 2010, article 7 (5)

³⁰ Enquête réalisée par la direction générale du trésor pour les besoins de la mission auprès des services économiques régionaux.

³¹ <https://www.sfo.gov.uk/about-us/>

Les relations qu'entretiennent le *CPS* et le *SFO* avec l'*Attorney General* sont régies par un protocole³². Ce dernier indique que l'*Attorney General* est responsable des actions du *CPS* et du *SFO* devant le Parlement. En effet, l'*Attorney General* est nommé par le souverain, après consultation du Premier ministre. Il a la qualité de ministre, ce qui le rend responsable devant le parlement, mais la coutume veut qu'il n'appartienne pas au cabinet du Premier ministre. L'article 2.4 du protocole précédemment cité dispose que l'*Attorney General* doit garantir l'indépendance du *CPS* et du *SFO* ; en échange les services du *CPS* et *SFO* doivent travailler conjointement avec l'*Attorney General* pour qu'il puisse poursuivre ses missions. L'*Attorney General* ne doit pas intervenir dans les enquêtes en cours ni dans les poursuites judiciaires, à moins qu'un dossier particulièrement sensible nécessite un accompagnement en amont. Dans ce cas, il revient au *Director of Public Prosecution (DPP)* ou au représentant du *SFO* d'alerter l'*Attorney General*³³.

1.2.3.2. L'engagement des poursuites judiciaires est déterminé selon les principes du Code for Crown Prosecutors

La décision d'ouvrir des poursuites pour des actes de corruption par l'organe compétent est déterminée selon les modalités établies par le *Code for Crown Prosecutors*. Le ministère public peut décider de l'engagement de poursuites judiciaires une fois que l'affaire satisfait un raisonnement en deux étapes défini par le Code³⁴. En premier lieu, des poursuites judiciaires peuvent être engagées lorsque les preuves recueillies à l'égard de l'intéressé sont suffisantes, ou si le soupçon pesant sur l'accusé est suffisamment important pour qu'il y ait peu de doute quant à la culpabilité de ce dernier. Les preuves doivent être fiables, crédibles et utilisables devant un tribunal³⁵. Si cette condition est réunie, alors des poursuites peuvent être envisagées si elles ne vont pas à l'encontre de l'intérêt général. Dans certains cas, le ministère public peut estimer que l'intérêt général sera davantage satisfait lorsqu'une procédure de résolution extra-judiciaire est proposée³⁶. Trois documents officiels dressent une liste non exhaustive de facteurs tendant à l'intérêt général : le *Code for Crown Prosecutors*, le guide publié conjointement par le *Serious Fraud Office (SFO)* et le *Crown Prosecution Service (CPS)* à l'intention des entreprises en application du *Bribery Act*, et le *SFO Approach to Overseas Corruption*. Parmi les facteurs à prendre en compte dans l'engagement de poursuites judiciaires, on retrouve les déterminants suivants :

- ◆ le degré de gravité de l'infraction ;
- ◆ le degré de culpabilité du suspect dans le schéma de corruption ;
- ◆ la gravité du préjudice subi par la victime ;
- ◆ si l'infraction implique des mineurs ;
- ◆ si les poursuites judiciaires sont le moyen le plus adéquat et proportionné pour répondre à l'infraction.

³² *Protocol between the Attorney General and the prosecuting departments*

³³ Article 4(d) *Protocol between the Attorney General and the prosecuting departments*

³⁴ Article 3(4) *Code for Crown Prosecutors*

³⁵ Article 4(6) *Code for Crown Prosecutors*

³⁶ "In some cases the prosecutor may be satisfied that the public interest can be properly served by offering the offender the opportunity to have the matter dealt with by an out-of-court disposal rather than bringing a prosecution." Article 4(8) *Code for Crown Prosecutors*

Par ailleurs, en vertu de l'article 10 du *Bribery Act*, les infractions définies par cette législation sont soumises à l'obligation du consentement explicite, au préalable, du *Director of Public Prosecutions* ou du *Director of the Serious Fraud Office* ou du *Director of Revenue and Customs Prosecutions* pour pouvoir faire l'objet de poursuites judiciaires³⁷.

1.2.3.3. *La qualification des accusations cherche à satisfaire un objectif de justice davantage que l'application de la peine la plus lourde*

En application du *Code for Crown Prosecutors*³⁸, les accusations dont va devoir répondre le suspect doivent être déterminées par le ministère public de façon proportionnée à la gravité de l'infraction commise, étayées par des preuves, donner au tribunal des pouvoirs adéquats pour prononcer une peine appropriée et permettre que l'affaire soit résolue simplement dans un délai raisonnable. Pour ces raisons, lorsque le ministère public a le choix entre plusieurs accusations, le chef d'accusation n'est pas toujours celui permettant d'appliquer la sanction la plus lourde.

Le rapport de l'OCDE de mars 2012³⁹ souligne que des poursuites civiles peuvent parfois être privilégiées au détriment d'une procédure pénale en raison du manque de preuves à charge. L'affaire *M.W. Kellogg*, bien qu'antérieure à l'adoption du *Bribery Act*, en est un exemple puisque le *Serious Fraud Office* a préféré demander la mise en application de sanctions civiles pour s'assurer que l'intéressé soit condamné, plutôt que de risquer qu'une procédure pénale n'aboutisse pas en raison du manque de preuves.

De plus, l'application du principe du refus de la double incrimination – également appelé *non bis in idem* – peut également aiguiller la détermination des accusations. En effet, ce principe interdit qu'une personne physique ou morale soit condamnée deux fois pour la même infraction ou qu'elle fasse deux fois l'objet de poursuites judiciaires sur la base de faits similaires. Dans l'affaire de corruption transnationale *DePuy*⁴⁰, clôturée en avril 2011, l'intéressé mis en accusation a accepté une procédure de *deferred prosecution agreement* aux Etats-Unis. Par conséquent, en raison du principe du refus de la double incrimination, le *SFO*, en coordination avec le ministère de la justice américain, a décidé de n'engager que des poursuites civiles.

1.2.4. *Les sanctions prévues par la législation ont récemment été complétées par la possibilité de recourir à un *deferred prosecution agreement* sur le modèle américain, mais dont la procédure fait une plus grande place au juge*

1.2.4.1. *Les sanctions pénales*

L'article 11 du *Bribery Act* prévoit qu'une personne physique reconnue coupable des infractions des articles 1 à 6 peut être condamnée aux peines suivantes :

- une amende ou une peine de prison ne pouvant excéder douze mois, pour les «*summary convictions*» ;
- une amende et/ou une peine de prison ne pouvant excéder dix ans, pour les «*convictions on indictment*».

³⁷ Pour l'Irlande du Nord, l'accord préalable du *Director of Public Prosecution* d'Irlande du Nord ou du *Director of the Serious Fraud Office* est nécessaire.

³⁸ Article 6(1) *Code for Crown Prosecutors*

³⁹ Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012, § 98

⁴⁰ https://www.foley.com/files/DePuy_SFO_Release_18apr11.pdf

Une personne morale peut être condamnée uniquement à une amende.

L'article 11 du *Bribery Act* dispose également que les personnes morales risquent une amende s'ils commettent l'infraction de défaut de prévention de la corruption (article 7).

Les amendes pouvant être infligées aux personnes morales comme aux personnes physiques ne sont pas plafonnées⁴¹.

Encadré 3 : Différences entre « summary conviction » et « conviction on indictment »

Au Royaume-Uni, comme dans la plupart des pays de *common law*, deux formes de procès peuvent avoir lieu. Les procédures sommaires ou « *summary convictions* » peuvent être mises en place pour les infractions les moins graves, s'apparentant aux délits prévus par le code pénal français. Dans ce cas, le procès se tient sans jury et à l'issu de celui-ci le juge décide de la culpabilité ou non de l'intéressé. Les « *summary convictions* » ont lieu dans les tribunaux de première instance (les *Magistrates' Courts* pour l'Angleterre, l'Irlande du Nord et le Pays-de-Galle, les *Sheriff* ou *District Courts* en Ecosse). Les infractions pénales les plus importantes, s'apparentant à la classification criminelle dans le code pénal français, donnent lieu à un procès en première instance devant la *Crown Court*, après la tenue d'une audience préliminaire. Les peines associées (« *conviction on indictment* ») sont plus élevées en raison de la nature plus sérieuse de l'infraction.

Source : Mission.

Les facteurs à prendre en compte dans la détermination des sanctions pénales au Royaume-Uni sont établis par le *Criminal Justice Act* adopté en 2003 ainsi que le guide publié et mis à jour par le *Sentencing Guidelines Council*. Cette dernière instance, créée par le *Coroners and Justice Act* adopté en 2009, est en charge de développer une jurisprudence cohérente en matière de procédure pénale au Royaume-Uni. Dans le domaine de la corruption transnationale, peu de temps après l'adoption du *Bribery Act*, la jurisprudence a établi que la corruption d'agent public étranger constituait l'infraction la plus grave pour une entreprise, et que par conséquent l'amende infligée devrait être aussi élevée que dans d'autres juridictions, en prenant pour exemple l'application du *Foreign Corrupt Practices Act* aux Etats-Unis⁴².

Les sanctions pénales peuvent être réduites lorsque l'accusé plaide coupable (*plea guilty*) plutôt que de contester l'accusation au cours d'un procès. Le *Sentencing Guidelines Council* indique que la durée de la peine peut être réduite d'un tiers si l'accusé plaide coupable avant le début du procès et d'un quart si le procès a déjà commencé. Le jugement final de la Cour doit néanmoins indiquer la durée de la peine qui aurait été appliquée si l'intéressé n'avait pas plaidé coupable⁴³.

Plusieurs critiques ont été exprimées à l'encontre de ce mécanisme de réduction de peine qui ne serait pas assez incitatif. Comme le souligne le rapport de l'OCDE de mars 2012⁴⁴, la durée moyenne des peines de prison infligées dans les affaires de corruption transnationale est de trois ans. Si l'accusé plaide coupable, elle peut être réduite d'un tiers, ce qui ne la raccourcit que de douze mois, et n'est pas de nature à encourager les accusés à coopérer en amont et à plaider coupable rapidement.

Des négociations peuvent avoir lieu entre l'accusé et le ministère public préalablement au *plea guilty*. Devant la *Crown Court*, trois situations sont possibles :

⁴¹ Enquête réalisée par la direction générale du trésor pour les besoins de la mission auprès des services économiques régionaux.

⁴² Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012, § 50, *U.S. v. Innospec*

⁴³ *Criminal Justice Act 2003*, articles 144 (1) and 174(2)

⁴⁴ Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012

- ◆ l'accusé peut accepter de plaider coupable pour certaines des charges alléguées par le ministère public⁴⁵, en échange de l'abandon des autres charges ;
- ◆ l'accusé et le ministère public définissent ensemble un ensemble de charges pour lesquelles l'accusé accepte de plaider coupable ;
- ◆ l'accusé et le ministère public définissent ensemble un ensemble de charges pour lesquelles l'accusé accepte de plaider coupable et proposent conjointement au juge un intervalle de durée de peine associée à ces charges.

Les négociations en vue de plaider coupable doivent respecter plusieurs principes. Le juge doit s'assurer que l'accord trouvé est raisonnable, proportionné par rapport à la gravité de l'infraction commise et que les charges pour lesquelles l'accusé accepte de plaider coupable sont étayées par des preuves suffisantes. Si ces conditions ne sont pas réunies, le juge peut demander des audiences supplémentaires avant de se prononcer sur l'accord trouvé entre les parties.

La détermination conjointe entre l'accusé et le ministère public d'une fourchette de peine de prison associée aux charges déterminées n'est habituellement pas autorisée dans les cas de corruption d'agent public étranger en raison de la gravité de l'infraction⁴⁶. Le *Serious Fraud Office* a défendu l'idée selon laquelle la possibilité offerte à l'accusé de négocier précisément sa sanction ne l'incitait pas à plaider coupable en amont des poursuites judiciaires⁴⁷, puisque s'il plaide coupable, l'accusé ne peut déterminer à l'avance avec certitude la peine qui lui sera infligée.

1.2.4.2. *Les sanctions civiles négociées (« Civil recovery order » (CRO))*

En vertu de l'article 2A du *Proceeds of Crime Act 2002*, le *Crown Prosecution Service (CPS)* et le *Serious Fraud Office (SFO)* ont depuis 2008 le pouvoir d'infliger des sanctions civiles (« *Civil recovery order* » (CRO)) lorsqu'un bien ou un bénéfice a été obtenu par une personne physique ou morale de façon illégale. Toutefois ces sanctions sont négociées, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une condamnation formelle ni de reconnaissance de culpabilité mais elles permettent d'infliger une amende et de réparer le préjudice commis afin de dissuader l'auteur de l'infraction de récidiver⁴⁸. Le guide d'application de l'article 2A du *Proceeds of Crime Act 2002*, publié en 2009, indique ce type de sanction est particulièrement approprié lorsque les preuves ne sont pas suffisantes pour envisager une condamnation pénale, mais que l'infraction nécessite l'application d'une sanction⁴⁹.

⁴⁵ Le ministère public est, selon l'entité chargée des poursuites judiciaires, le *Serious Fraud Office* ou le *Crown Prosecution Service*

⁴⁶ *R. v. Underwood* en 2004, *R. v. Dougall*, cités par Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, March 2012, § 56

⁴⁷ The Telegraph, 5 January 2011, « *Lord Goldsmith Urges Plea Bargaining In Bribery Cases* »

⁴⁸ <http://www.copfs.gov.uk/media-site/media-releases/137-first-ten-years-of-proceeds-of-crime-act-nets-more-than-80-million>

⁴⁹ <https://www.gov.uk/guidance/asset-recovery-powers-for-prosecutors-guidance-and-background-note-2009>

Le *SFO* a déjà requis des sanctions civiles négociées à l'égard de personnes morales reconnues coupables de corruption d'agents publics étrangers, à l'image des affaires *BAE Tanzania, M.W. Kellogg* et *DePuy*⁵⁰⁵¹. Cette procédure implique que le *SFO* et l'accusé s'accordent sur le montant de la sanction financière, puis cet accord est validé par un juge de la Haute Cour de Justice⁵². Il s'agit essentiellement de la confiscation du bénéfice retiré de l'acte de corruption, associé ou non à des indemnités compensatoires. Dans l'affaire *Mabey & Johnson* en 2009, le *SFO* et l'entreprise se sont accordés sur un montant de 4.6 M de livres sterling, ce qui correspondait à la capacité maximale de remboursement de l'entreprise, alors que les contrats obtenus par l'entreprise grâce à ses pots-de-vin au Ghana s'élevaient au moins à 42 M de livres sterling. En janvier 2012, le *SFO* a obtenu l'application d'une sanction civile consentie à l'entreprise *Mabey Engineering* pour avoir signé des contrats en violation avec des sanctions prononcées par les Nations Unies et non pas pour un acte de corruption d'agents publics étrangers⁵³.

Il peut être noté que l'OCDE a souligné à plusieurs reprises⁵⁴ le manque de transparence et d'informations disponibles relatives aux sanctions civiles infligées dans les affaires de corruption transnationale. Contrairement à la procédure pénale au cours de laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le recours aux sanctions civiles ne nécessite pas la tenue d'une audience publique, ni la publicité de documents relatifs à la validation par le juge. De plus, les clauses de confidentialité contenues dans la plupart des accords relatifs à des sanctions civiles contribuent à rendre cette procédure plus opaque et statistiquement difficile à objectiver. Comme le souligne le rapport de l'OCDE, le *SFO* maintient que la nature privée des règlements par des moyens de droit civil nécessite une confidentialité⁵⁵.

1.2.4.3. Le « deferred prosecution agreement » permet la mise en œuvre de sanctions négociées sous le contrôle du juge

Le rapport de l'OCDE sur la troisième phase de mise en œuvre de la convention de l'OCDE de lutte contre la corruption indiquait déjà en 2012 qu'une procédure semblable au « *deferred prosecution agreement* » (*DPA*) américain⁵⁶ serait de nature à inciter l'accusé à mieux coopérer avec le ministère public en début de procédure. Adoptée en 2013, une disposition législative du *Crime and Courts Act*⁵⁷ introduit en droit du Royaume-Uni une procédure de *DPA*. La loi définit le *DPA* comme un accord entre l'entité qui engage les poursuites judiciaires et l'accusé, sous la supervision d'un juge⁵⁸. L'accord permet de suspendre les poursuites pour une période définie au cours de laquelle l'accusé est soumis à certaines obligations. Le recours au *DPA* est possible pour les fraudes, les actes de corruption et plus largement pour toutes les infractions relatives au droit des affaires. Le *DPA* n'est possible que pour les personnes morales, et non pour les personnes physiques.

Les avantages du *DPA* sont les suivants⁵⁹ :

⁵⁰ Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012, § 63

⁵¹ En vertu de l'application de l'article 276(1) du *Proceeds of Crime Act*, 2013

⁵² Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012, § 65

⁵³ Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012, § 82

⁵⁴ *Idem*

⁵⁵ « are by their very nature private disputes between the parties and the information disclosed by one side to the other is confidential », Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, march 2012, § 71

⁵⁶ Cf. annexe relative à la législation américaine

⁵⁷ Schedule 17 of the *Crime and Courts Act 2013*

⁵⁸ <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>

⁵⁹ *Idem*

- ◆ cette procédure permet à une personne morale de réparer le préjudice commis à suite de l'infraction, sans porter atteinte à son activité économique compte tenu du risque réputationnel d'une sanction pénale ;
- ◆ le juge s'assure que le *DPA* satisfait les exigences du procès équitable et est proportionné par rapport à l'infraction commise ;
- ◆ le *DPA* évite des procédures judiciaires longues et coûteuses ;
- ◆ le *DPA* doit satisfaire des exigences de publicité.

Les modalités de mise en œuvre du *DPA* sont définies dans le *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice*, publié conjointement par le *Serious Fraud Office (SFO)* et le *Crown Prosecution Services (CPS)* en 2013. Le choix de recourir au *DPA* est à la discrétion du ministère public uniquement⁶⁰.

En pratique, le degré de coopération de la personne morale accusée est l'un des éléments de détermination dans l'engagement du *DPA*. Cependant, pour le *SFO*, le fait que l'entreprise ait elle-même alerté ses services sur un acte de corruption ne constitue pas en soi un droit automatique pour bénéficier du *DPA*⁶¹.

Au cours des négociations préalable à la signature d'un *DPA*, la personne morale doit accepter de payer le montant de l'amende fixé par le ministère public, de coopérer dans les investigations futures et de faire l'objet d'une surveillance accrue de ses protocoles internes en matière de lutte contre la corruption⁶². Trois audiences sont nécessaires à la conclusion d'un *DPA*. La première audience permet au ministère public de présenter au juge les raisons pour lesquelles il choisit de recourir au *DPA* ; le juge s'assure que le choix est motivé dans l'intérêt de la justice et respecte les règles du procès équitable. La seconde audience permet aux deux parties d'approuver conjointement les termes définitifs du *DPA*, à l'issue des négociations. La dernière audience permet au juge de valider ou non l'accord. En cas de validation, le ministère public doit publier le *DPA* sur son site internet ainsi que la validation du juge.

Si les négociations échouent, alors les éléments d'informations échangés entre les parties au cours de celles-ci peuvent être utilisés au cours des poursuites judiciaires à venir⁶³. Si la personne morale, au cours de la période définie par le *DPA*, ne respecte pas ses engagements, les poursuites peuvent être reprises.

Les sanctions financières infligées dans le cadre du *DPA* peuvent être accompagnées d'obligations de mise en conformité selon la gravité de l'infraction commise, telles que de nouvelles procédures d'audit interne ou d'évaluation du risque. Le juge peut également demander une compensation pécuniaire des victimes (cf. 1.1.1.1). Le premier recours au *DPA* au Royaume-Uni, ainsi que la première condamnation au titre de l'article 7 du *Bribery Act* – pour défaut de prévention de la corruption – ont eu lieu en novembre 2015.

⁶⁰ Article 2.1, *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice*

⁶¹ <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>

⁶² Ce qui est désigné sous le terme de « *monitoring compliance* »

⁶³ <https://sites-freshfields.vuturevx.com/142/5561/downloads/36481-dpas-process-and-procedure-proof-4.pdf>

Encadré 3 : La Standard Bank et le premier recours au DPA au Royaume-Uni

La première affaire ayant donné lieu à un *DPA* est celle de la *Standard Bank Plc*, le 30 novembre 2015. La banque de droit britannique a été accusée au titre d'un défaut de prévention de la corruption, soit l'article 7 du *Bribery Act* à l'occasion d'une transaction pour le compte du gouvernement de Tanzanie. Le pot-de-vin d'un montant de 6 M de dollars américains avait été versé par une filiale de la banque en mars 2013 à une entreprise locale en vue d'obtenir du gouvernement tanzanien qu'il accepte de confier à la banque une partie de ses investissements. En avril 2013, l'avocat de la banque a rapporté spontanément l'acte de corruption au *SFO*, permettant aux poursuites de commencer dès juillet 2014. En novembre 2015, le *DPA* demandé par le procureur a été validé par le juge puis publié. Il prévoit une sanction financière qui s'élève à 25 M de dollars américains à destination des autorités britanniques et d'une compensation financière de près de 7 M de dollars pour le gouvernement tanzanien. Le *SFO* recevra également 330 000 livres sterling au titre des frais d'enquêtes.

Cette affaire illustre la rapidité avec laquelle le litige a pu être traité grâce au recours au *DPA*. De plus, elle marque une coopération avec les autorités américaines puisqu'en parallèle la *SEC*, en relation avec le *SFO*, a engagé des poursuites auprès de Standard Bank et a requis une sanction financière de 4.2 M de dollars américains.

Source : Mission.

1.2.4.4. Autres sanctions

D'autres sanctions complémentaires peuvent être requises à l'égard de l'auteur des infractions définies par le *Bribery Act*, telles que :

- ◆ « *A Corporate Monitor* », c'est-à-dire une assistance et évaluation obligatoires des systèmes internes à l'entreprise visant à lutter et prévenir les actes de corruption. Un expert indépendant peut être désigné par le ministère public. Deux difficultés sont soulevées à cet égard par l'OCDE⁶⁴ : les critères requis pour imposer cette obligation ne sont pas précisément définis par la législation et la jurisprudence d'une part ; il semblerait que le non-respect de cette obligation soit de nature à rompre un accord de type *DPA* d'autre part,;
- ◆ le versement des indemnités compensatoires aux gouvernements étrangers dont les agents ont été victimes de faits de corruption. La jurisprudence fournit plusieurs exemples de ce type de sanction, tels que les cas de *BAE Tanzania* et *Mabey & Johnson*. Lors de la publication du rapport de l'OCDE en 2012, *BAE Tanzania* et *Mabey & Johnson* n'avaient toujours pas versé les indemnités près de 15 mois après le jugement⁶⁵. Or, dans l'affaire *Julian Messent* en 2010⁶⁶, l'ancien PDG avait été condamné à verser 100 000 livres sterling au gouvernement du Costa Rica au titre des indemnités compensatoires dans un délai de 21 jours. La disparité des délais de paiement associés à cette sanction permet de souligner son caractère peu dissuasif.

⁶⁴ *Idem*, §78

⁶⁵ *Idem*

⁶⁶ <https://www.theguardian.com/business/2010/oct/26/julian-messent-pws-bribes-jail-sentence>

2. Mise en application de la législation anti-corruption au Royaume-Uni

Le dernier rapport publié par l'OCDE en 2014⁶⁷ souligne qu'en dépit de l'adoption d'une législation conforme aux dispositions de la convention de l'OCDE en la matière, le nombre de condamnations au Royaume-Uni pour des faits de corruption transnationale demeure faible (cf. Tableau 1). Le caractère encore récent de l'entrée en vigueur du *Bribery Act* ainsi que de la procédure de *DPA* peuvent expliquer que peu d'affaires aient été résolues en application de ces dispositions. A titre d'illustration, la première entreprise à avoir été condamnée pour des faits de corruption d'agents publics étrangers est *Smith & Ouzman Ltd*, en décembre 2014⁶⁸. La compétence des juridictions britanniques était validée puisque l'entreprise était basée sur le territoire national. Or, la condamnation n'a pas été prononcée au titre du *Bribery Act*, mais en application des dispositions du *Prevention of Corruption Act* de 1906. Ceci s'explique par le fait que l'enquête du *SFO* ayant duré quatre ans, le *Bribery Act* n'était pas encore en vigueur lorsque les poursuites ont été ouvertes. Ainsi, il semblerait que les premiers effets de l'entrée en vigueur du *Bribery Act* ne se soient pas encore produits.

Tableau 1 : Nombre de personnes physiques et morales sanctionnées selon la méthodologie de l'OCDE⁶⁹, depuis la mise en œuvre de la convention (1999-2014)

	Personnes physiques	Personnes morales	Total
Sanctions pénales en matière de corruption d'agents publics étrangers	8	2	10
Sanctions civiles et administratives en matière de corruption d'agents publics étrangers	0	1	1
Total	8	3	11

Source : OCDE, data on enforcement of the Anti-Bribery Convention, 2014

Historiquement, le faible nombre de procédures engagées a pu être expliqué par la difficulté à établir la responsabilité respective des personnes physiques et morales dans les cas de corruption transnationale. Par conséquent, le *SFO* a encouragé depuis le début des années 2000 les entreprises à rapporter aux autorités les manquements observés en la matière en échange d'un allègement de la sanction pouvant être établie par le recours à un « *civil recovery order* » (*CRO*) (cf. 1.2.4.2)⁷⁰.

⁶⁷ Phase 3 Follow Up Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in the United Kingdom, September 2014

⁶⁸ <http://globalcompliancecenter.com/sfo-first-ukba-conviction-20150108/>

⁶⁹ Les données de l'OCDE comprennent les poursuites pour corruption d'agents publics étrangers ayant abouti à une sanction pénale, administrative ou civile, que ce soit par la voie d'un règlement judiciaire ou extrajudiciaire (y compris les *CRO*). En revanche, les données du tableau ne comptabilisent pas les poursuites pour des infractions connexes.

⁷⁰ *The Anti-Bribery and Anti-Corruption review*, third edition, Mark F. Mendelsohn, Law Business Research, 2014, p.70

Annexe IV

Toutefois, l'évolution du recours aux différentes modalités de résolution des affaires montre des modifications dans l'approche du *SFO*. Le recours aux *CRO* aurait été encouragé par l'ancien directeur du *SFO*, Richard Alderman, pour faciliter la résolution des affaires de corruption transnationale. Parmi ces résolutions, on trouve *Balfour Beatty* en 2008, pour une amende d'un montant de 2,25 M de livres sterling ; *AMEC* en 2009 pour 4,9 M de livres sterling ; *MW Kellogg* en 2009 pour un montant de 7 M de livres sterling, ou encore *Macmillan Publishers* en 2011 qui a dû payer la somme de 11 M de livres sterling⁷¹.

L'affaire *Innospec* en 2010 a marqué un coup d'arrêt à la pratique des *CRO*⁷². En effet, l'entreprise a été condamnée au Royaume-Uni pour avoir versé des pots-de-vin à des agents publics indonésiens. L'affaire a également fait l'objet d'une procédure aux Etats-Unis, auprès du *DoJ*, mais sur la base de faits différents, à savoir pour des faits de corruption d'agents publics irakiens. Le *SFO* et le *DoJ* ont déterminé conjointement les amendes à infliger à l'entreprise, compte tenu de ses capacités de remboursement limitées. Celle-ci s'est acquittée d'un montant de 12,7 M de dollars américains aux autorités britanniques et de 6 M de dollars américains aux Etats-Unis. Au Royaume-Uni, l'entreprise a plaidé coupable et a reconnu les faits. Au cours du jugement, la Cour a rappelé que les infractions commises étaient d'une grande gravité et que les cas de corruption transnationale que cette nature ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'un *CRO*⁷³, compte tenu du préjudice infligé. La Cour a rappelé que la sanction devait rester à la discrétion du juge et ne devrait pas faire l'objet de négociations entre le procureur et l'accusé⁷⁴.

A la suite de cette affaire, un nouveau directeur du *SFO* a été nommé en 2012. A plusieurs reprises, il s'est exprimé en faveur d'un durcissement des sanctions et des procédures infligées aux auteurs de corruption d'agents publics étrangers et a encouragé le *self-reporting*⁷⁵. L'entrée en vigueur en 2014 (cf.1.2.4.4) du *DPA* sous le contrôle du juge devrait permettre de pallier les carences des *CRO* tout en permettant des résolutions rapides.

⁷¹ *The Anti-Bribery and Anti-Corruption review*, third edition, Mark F. Mendelsohn, Law Business Research, 2014, p.70

⁷² *Idem*

⁷³ <http://fcppaprofessor.blogspot.fr/2010/04/lord-justice-thomass-innospec.html>

⁷⁴ *Idem*

⁷⁵ 'Coming clean: the argument for cooperating with SFO on corporate crime', Ben Morgan, 13 August 2014

ANNEXE V

Application extraterritoriale de la loi en matière de corruption transnationale en Allemagne

SOMMAIRE

1. ETAT DU DROIT EN VIGUEUR EN ALLEMAGNE.....	1
1.1. L'Allemagne est signataire de conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption transnationale.....	1
1.2. Les évolutions récentes de la législation en vigueur.....	2
1.3. La législation allemande d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des faits de corruption ayant eu lieu sur le territoire national ou à l'étranger	2
1.3.1. <i>La législation allemande incrimine la corruption et étend cette infraction aux agents publics étrangers selon certains critères d'application territoriale stricts.....</i>	2
1.3.2. <i>Les conditions procédurales de la mise en œuvre des poursuites judiciaires.....</i>	6
1.3.3. <i>Les sanctions prévues par le code pénal en matière de corruption domestique ou transnationale.....</i>	7
2. MISE EN APPLICATION DE LA LEGISLATION ANTI-CORRUPTION EN ALLEMAGNE	10

1. Etat du droit en vigueur en Allemagne

1.1. L'Allemagne est signataire de conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption transnationale

L'Allemagne a signé les principales conventions visant à lutter contre la corruption transnationale, telles que¹ :

- ◆ **la convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de lutte contre la corruption.** Signée en 1997, l'Allemagne l'a ratifiée en 1998 et elle est entrée en vigueur en 1999. La convention comprend tous les pays de l'OCDE ainsi que l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie et l'Afrique du sud. La convention prévoit des standards internationaux pour criminaliser le trafic d'influence d'agent public étranger dans le commerce international et fournit un cadre obligatoire de mesures de contrôle des entreprises ;
- ◆ **la convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption,** signée en 2003 et entrée en vigueur en 2014 en Allemagne. Cette entrée en vigueur tardive s'explique par le fait que les autorités allemandes devaient amender le code pénal en matière de corruption électorale pour transposer les dispositions de la convention des Nations Unies. La convention reconnaît que la corruption d'agents publics étrangers ainsi que le blanchiment d'argent sont associés à la criminalité transnationale. Elle prévoit des instances de coopération entre les pays signataires dans ces domaines ;
- ◆ **la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dite convention de Palerme.** Signée en 2000, elle est entrée en vigueur en 2003. Son article 8 donne le caractère d'infraction pénale à tout acte de corruption d'un agent public étranger² ;
- ◆ **la convention pénale de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** la convention prévoit une coopération internationale pour lutter contre la corruption ainsi que des mesures pénales que doivent respecter les pays signataires. Elle instaure le **Groupe d'Etats contre la corruption** (GRECO) qui évalue les dispositifs de lutte contre la corruption de l'ensemble des pays membres. Cependant, bien que l'Allemagne l'ait signée en 1999, elle ne l'a jamais ratifiée ;
- ◆ **la convention civile de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** qui définit pour la première fois des règles communes au niveau international dans le domaine du droit civil et de la corruption. La convention prévoit que les Etats contractants disposent de "*recours efficaces en faveur des personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption afin de leur permettre de défendre leurs droits et intérêts, y compris la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts*" (article 1er). Si l'Allemagne l'a signée en 1999, elle ne l'a cependant toujours pas ratifiée ;

¹ Liste des conventions internationales consacrées à la lutte contre la corruption : <https://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm>

² Article 8 de la convention : « *1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement: a) Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles; b) Au fait pour un agent public de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles (...)* »

- le droit de l'Union européenne a complété ces conventions, notamment avec la **convention sur la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes** et ses protocoles et la **convention pour combattre la corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres**.

1.2. Les évolutions récentes de la législation en vigueur

Les articles du code pénal allemand incriminant les faits de corruption ont été amendés au fil des législations successives ces dernières années³ :

- la loi relative à la corruption européenne («*EU-Bestechungsgesetz*» appelée «*EUBestG*»), adoptée en 1996, vise à appliquer aux agents publics des Etats de l'Union européenne et aux agents de la Commission européenne les mêmes dispositions relatives aux infractions de corruption passive et active que celles visant les agents publics allemands ;
- la loi relative à la lutte contre la corruption transnationale («*Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung*» appelée «*IntBestG*»), adoptée en 1998, étend ces mêmes dispositions à tous les agents publics étrangers, conformément à la convention de l'OCDE. Toutefois, cette loi ne contient pas de dispositions relatives à la corruption passive dans les relations commerciales transnationales. De plus, la loi n'interdit pas les paiements de facilitation envers les agents publics étrangers ;
- la loi pour lutter contre la corruption («*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*») est la dernière législation en la matière. Adoptée le 20 novembre 2015 et entrée en vigueur le 26 novembre 2015, elle permet désormais de poursuivre des faits de corruption commis à l'étranger par certains agents publics étrangers et a ajouté au code pénal allemand des dispositions relatives à la corruption dans le secteur privé (article 299 et 301).

1.3. La législation allemande permet d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des faits de corruption ayant eu lieu sur le territoire national ou à l'étranger

1.3.1. La législation allemande incrimine la corruption et étend cette infraction aux agents publics étrangers selon certains critères d'application territoriale stricts

1.3.1.1. Le code pénal allemand incrimine les faits de corruption active et passive

Le code pénal allemand définit les faits de corruption passive et active dans le cadre domestique puis étend ces dispositions aux agents publics étrangers sous certaines conditions :

- l'article 332 incrimine la corruption passive. Un agent public ou un fonctionnaire européen qui demande à bénéficier d'un avantage, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, en contrepartie de la réalisation d'un acte légal qu'il peut réaliser dans l'exercice de ses fonctions, encourt une peine de prison d'une durée de six mois à cinq ans. La tentative de corruption passive est également punissable. Cette disposition s'applique également à un juge ou un membre d'un tribunal de l'Union européenne ;

³ *The Anti-Bribery and Anti-Corruption review*, third edition, chapter on Germany, Mark F. Mendelsohn, Law Business Research, 2014, p.106

- ♦ l'article 334 incrimine la corruption active. Le fait d'offrir ou de promettre à un agent public ou un fonctionnaire européen un avantage, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, en contrepartie de la réalisation d'un acte légal qu'il pourrait réaliser dans l'exercice de ses fonctions, est punissable d'une peine de prison pouvant aller de trois mois à cinq ans. Cette disposition s'applique également à un juge ou un membre d'un tribunal de l'Union européenne. Les infractions les moins graves peuvent être punies d'une peine d'emprisonnement de deux ans maximum et d'une amende ;
- ♦ l'article 335a étend les dispositions précédentes à l'ensemble des agents publics étrangers. En effet, en matière de corruption active et passive, les mêmes dispositions s'appliquent désormais à tout agent public d'un pays étranger ou personne nommée pour exercer des fonctions au service d'un Etat étranger, ainsi que tout agent d'une organisation internationale ou soldat d'un pays étranger ou un soldat chargé de remplir des fonctions pour une organisation internationale. Cet article est entré en vigueur récemment, en novembre 2015 (cf. 1.2) ;
- ♦ l'article 336 indique que le fait pour un agent public d'omettre de réaliser un acte officiel dans le cadre de l'exercice de ses fonctions est incriminé selon les mêmes dispositions que celles précédemment citées ;
- ♦ l'article 108e est spécifique à la corruption active des membres d'une assemblée parlementaire. Entré en vigueur au 1^{er} septembre 2014, il incrimine le fait d'offrir ou de promettre un avantage à un membre d'une instance locale de représentation, d'une assemblée fédérale, du parlement européen, et d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale et également du corps législatif d'un Etat étranger.

Par conséquent, la corruption active et passive d'agents publics s'applique de la même façon sur le territoire national aux agents publics en Allemagne, qu'à l'étranger envers les agents publics étrangers, sous réserve des critères d'application territoriale et extraterritoriale.

Encadré 1 : L'affaire *Siemens Enel* et la définition d'agent public

Pour que les dispositions des articles 332 à 336 du code pénal allemand s'appliquent, il est tout d'abord nécessaire de prouver que le bénéficiaire du pot-de-vin est un agent public. Or, le rapport de l'OCDE de mars 2011 souligne que parfois il n'est pas possible de prouver que le bénéficiaire est un agent public étranger, et par conséquent les poursuites peuvent être abandonnées ou les contrevenants sont accusés d'une autre infraction. L'affaire *Siemens (Enel)* en est une illustration⁴. Cette affaire a été répartie entre plusieurs parquets. Les personnes physiques ont été jugées par le tribunal de Darmstadt en 2007⁵. Alors qu'elles étaient accusées d'avoir versé des pots-de-vin en vue de l'attribution de marchés représentant un total de 336 M euros dans le cadre d'un appel d'offres à l'échelle de l'Union européenne en matière de production d'électricité, les personnes physiques ont en réalité été condamnées pour abus de confiance aux termes de l'article 266 (1) du code pénal. Le tribunal a en effet fait valoir qu'il n'était pas prouvé avec exactitude que les bénéficiaires étaient des agents publics étrangers. S'il n'est pas nécessaire de trouver l'identité exacte de l'individu ayant bénéficié d'un pot-de-vin, les procureurs allemands ont fait part à l'OCDE du fait qu'il était souvent difficile de réunir les preuves que cet individu est un agent public à cause des problèmes pratiques de mise en œuvre des enquêtes à l'étranger⁶.

De plus, l'affaire *Siemens (Enel)* a permis à la Cour fédérale de justice de rappeler que « *le terme d'agent public conformément à l'article 2 de l'IntBestG, ne doit pas être interprété au sens des systèmes juridiques nationaux respectifs, mais de façon autonome sur la base de la [Convention]* »⁷. Le but de ce principe est

⁴ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.14, §30

⁵ Cette affaire a également donné lieu à une décision de la Cour fédérale de justice le 29 août 2008 (référence : 2 StR 587/07)

⁶ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.15, §31

⁷ *Idem*, §32

d'éviter qu'une juridiction dépende de l'obtention d'informations d'un pays étranger pour être en mesure de prouver les éléments de l'infraction.

Source : *Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3 de mise en œuvre de la convention de lutte contre la corruption.*

Le code pénal allemand s'applique aussi aux personnes morales en vertu de l'*Ordnungswidrigkeitengesetz* (la loi relative aux infractions administratives, également appelée « OWiG »⁸). Seule la responsabilité administrative des personnes morales peut être engagée, et non la responsabilité pénale. En matière de corruption transnationale, la responsabilité administrative de la personne morale couvre les théories de l'identification et de la responsabilité pour fait d'autrui, c'est-à-dire qu'elle peut être engagée lorsque⁹ :

- ◆ une personne physique occupant un poste de dirigeant commet un acte de corruption ;
- ◆ ou lorsqu'une personne physique d'un niveau hiérarchique inférieur commet un acte de corruption et que son supérieur hiérarchique échoue à respecter ses devoirs de surveillance¹⁰.

Dans le premier cas, la jurisprudence a établi qu'il est nécessaire que la personne morale se soit enrichie grâce à l'acte de corruption, que ce soit par une « *structuration plus favorable des actifs de la personne morale* » ou par « *un avantage indirect comme une amélioration de la position concurrentielle* »¹¹. La responsabilité de la personne physique et de la personne morale peuvent être engagées de façon complémentaire pour les mêmes faits. Dans l'affaire *Siemens (Enel)* (cf. Encadré 1), la personne physique a l'origine du fait de corruption a été condamnée pénalement pour abus de confiance tandis que la responsabilité administrative de la personne morale a été engagée pour des faits de corruption¹².

Dans le second cas, la prise en compte par le juge de l'existence ou non de système de contrôle interne pour prévenir les faits de corruption permet de limiter l'engagement de la responsabilité de la personne morale. Dans l'affaire *Siemens (hors entité de télécommunications)*¹³, le ministère public a indiqué que « *simultanément, le directoire n'a pas réussi à apporter des améliorations fondamentales à un système de conformité manifestement défaillant* ». Dans l'affaire « *Camions MAN* »¹⁴, le tribunal a noté « *que la structure de conformité (...) n'était pas adaptée pour prévenir le versement de pots-de-vin* ». Néanmoins, il semblerait que l'existence d'un système de prévention interne ne suffise pas à constituer une défense évitant la mise en cause de la responsabilité de la personne morale.

La responsabilité administrative des entreprises publiques peut également être engagée. Elle peut aussi être mise en cause pour les cas de défaut de prévention des faits de corruption par une personne dirigeante, en application de l'alinéa 2 de l'article 130 de l'OWiG. Le rapport de l'OCDE daté de 2011 indique qu'il n'existe pas de règles juridiques propres aux entreprises publiques en matière de corruption transnationale, et qu'elles ne sont pas exclues des dispositions relatives aux personnes morales prévues par l'OWiG. Cependant, le rapport note que peu d'entreprises publiques se font condamner pour de tels faits en Allemagne en raison de leur petit nombre¹⁵.

⁸ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.25, §57

⁹ *Idem*, p.26, §59 et article 30 de l'OWiG

¹⁰ Article 130 de l'OWiG

¹¹ *Idem*, p.26, §60

¹² *Idem*, p.26, §61

¹³ *Idem*, p.27, §63

¹⁴ Camions : l'allemand MAN condamné à payer 150 millions d'euros pour corruption : http://www.lesechos.fr/11/12/2009/LesEchos/20571-100-ECH_camions--l-allemand-man-condamne-a-payer-150millions-d-euros-pour-corruption.htm cité par le rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.27, §64

¹⁵ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.31, §75

1.3.1.2. *Les critères de rattachement de l'infraction au territoire national*

En matière de corruption transnationale, les règles générales d'application territoriale et extraterritoriale du droit pénal allemand sont en vigueur. Ces dispositions ont toutefois été complétées par la loi du 20 novembre 2015 (cf. 1.2.) qui a modifié l'article 5 du code pénal pour y ajouter des précisions quant aux infractions commises à l'étranger par des agents publics.

La compétence territoriale est définie à l'article 3 du code pénal allemand qui précise que **les juridictions nationales sont compétentes pour les infractions commises sur le territoire national**. Il comprend les navires et avions sous pavillon allemand (article 4). Le lieu de commission de l'infraction peut être n'importe quel lieu où l'auteur de l'infraction ou son complice a agi, ou s'il s'agit d'une infraction par omission, aurait dû agir. Le lieu de commission peut également être le lieu où l'infraction a produit l'une de ses conséquences, ou celui où elle aurait dû produire une conséquence (article 9)¹⁶.

De plus, l'article 7 dispose que **l'Allemagne est compétente pour les infractions commises à l'étranger lorsque**¹⁷ :

- ◆ **l'infraction est commise contre un allemand**, dès lors que l'infraction est reconnue comme une infraction pénale dans le lieu où elle a été commise, ou si aucune juridiction pénale n'est compétente dans ce lieu (alinéa 1) ;
- ◆ **l'infraction est commise par un allemand**, c'est-à-dire un individu qui possédait la nationalité allemande au moment des faits, ou qui l'a obtenue par la suite, et que l'infraction commise est reconnue comme une infraction pénale dans le lieu de sa commission, ou si aucune juridiction pénale n'est compétente dans ce lieu (alinéa 2.1) ;
- ◆ **l'infraction est commise par un étranger, découvert sur le territoire allemand**, et qui n'a pas fait l'objet d'une demande d'extradition ou dont la demande d'extradition a été rejetée bien que l'accord d'extradition le permette (alinéa 2.2).

Il peut être rappelé que le code pénal allemand incrimine également les faits de corruption entre personnes privées (cf. 1.2), et que ces dispositions s'appliquent pour des infractions commises à l'étranger dans le cadre des règles générales de procédure pénale précédemment listées.

La loi du 20 novembre 2015 a complété l'article 5 du code pénal allemand en ce qui concerne **les infractions commises à l'étranger par des agents publics**. En effet, le droit pénal s'applique pour une infraction commise à l'étranger, selon les alinéas 15 et 16 de l'article 5¹⁸, lorsque :

- ◆ **l'auteur de l'infraction est un allemand ou un agent public européen dont le siège de l'institution se situe en Allemagne** ;
- ◆ l'infraction implique un agent public, une personne chargée d'un service public, un soldat de la *Bundeswehr*, ou un agent public européen ou un intermédiaire possédant la nationalité allemande au moment de l'infraction ;
- ◆ dans les cas de corruption d'élus tels que définis par l'article 108e du code pénal, lorsque **l'auteur de l'infraction est un membre d'une assemblée parlementaire allemande, ou avait la nationalité au moment de l'infraction ou lorsque l'infraction implique un membre d'une assemblée parlementaire allemande ou un individu qui avait la nationalité allemande au moment de l'infraction**.

¹⁶ Rapport de l'OCDE, 1998, phase 1, p.10 §4.1 et suivants

¹⁷ Source : traduction en anglais proposée par le Service économique régional de Berlin dans une note datée de mai 2016

¹⁸ *Idem*

Par conséquent, l'application du droit pénal allemand répond à un principe de territorialité (infraction commise sur le territoire, ou à l'étranger mais dont l'auteur se situe sur le territoire national, ou par un agent public étranger dont le siège de l'institution est en Allemagne), et un principe de nationalité (l'infraction est commise par ou contre un citoyen allemand, ou implique un membre d'une assemblée parlementaire allemande).

1.3.2. Les conditions procédurales de la mise en œuvre des poursuites judiciaires

1.3.2.1. L'organisation des Parquets chargés des poursuites est propre à chaque Land

L'organisation de la justice allemande est fédérale : chaque Land est responsable du financement et de l'administration du système de justice pénale. Par conséquent, les fonctions d'enquêtes et de poursuites relèvent généralement des ministres de l'Intérieur et de la Justice du Land¹⁹. Par ailleurs, chaque Land est chargé de l'organisation de ses parquets, certains parquets connaissent une spécialisation dans les crimes et les délits économiques, et les parquets les plus importants ont leurs propres services spécialisés dans la lutte contre la corruption²⁰. Ils ont l'obligation d'examiner tous les cas suspects indiquant une éventuelle infraction pénale, et éventuellement d'ouvrir par la suite une enquête. En matière de corruption transnationale, il n'existe pas de centralisation des poursuites au niveau fédéral²¹. En revanche, l'office fédéral de la police criminelle (BKA) a un rôle de point de contact entre les parquets des différentes Länder pour les affaires de corruption transnationale les plus importantes. Le BKA est l'une des trois forces de police fédérale en Allemagne, aux côtés de la police fédérale (*Bundespolizei*) et la police près le *Bundestag*. Des dispositifs de prévention ont été mis en place par le BKA qui centralise les signalements de soupçons de corruption avec les officiers de police de chaque Land et les Parquets. Plusieurs instances de coordination ont été initiées dans certains Länder. Par exemple, dans le Baden-Würtemberg, il existe un groupe de coordination permanent en matière de lutte contre la corruption dont les membres appartenant à l'administration judiciaire, du ministère de l'intérieur et de la cour des comptes, se réunissent périodiquement au service régional de la police judiciaire²².

1.3.2.2. Le motif de l'intérêt public permet de ne pas engager de poursuites judiciaires dans certains cas

Il n'existe pas de procédure pénale spéciale en matière de corruption transnationale. Pour les personnes physiques, l'obligation de poursuivre est prévue par l'article 160 alinéa 1 du code de procédure pénale²³ en cas de soupçons de corruption. Pour les personnes morales, c'est le principe de l'opportunité des poursuites qui s'applique²⁴, car c'est la responsabilité administrative et non pénale des personnes morales qui peut être engagée.

Plusieurs dispositions du code de procédure pénale viennent nuancer le principe de l'obligation de poursuivre. En effet, les articles suivants disposent que le Parquet et le tribunal peuvent décider de ne pas engager les poursuites :

¹⁹ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.46, §115

²⁰ *Idem*, p.46, §117

²¹ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_fr_dc_2011_corruption_agent.pdf

²² *Idem*, p.3

²³ « *Cela signifie que le Parquet est tenu d'examiner tout fait suspect portant à croire à une éventuelle infraction pénale et, le cas échéant, d'ouvrir une enquête pour décider si une mise en examen se justifie* », rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.47, §119

²⁴ *Idem*, p.47, §120

- ♦ lorsque l'infraction a été commise dans le champ d'application du code pénal allemand mais à l'étranger et que les poursuites risquent d'entraîner un inconvénient grave pour les autorités allemandes, ou si d'autres « intérêts publics primordiaux » s'opposent au maintien des poursuites (article 153c du code de procédure pénale). Toutefois, il semblerait que cet alinéa ne soit utilisé que dans les cas de protection de la sécurité nationale et non pas pour des affaires de corruption transnationale. De plus, la jurisprudence considère qu'un « intérêt public primordial » ne peut pas être une considération d'ordre économique car l'article 5 de la convention de l'OCDE de lutte contre la corruption est d'application directe dans le droit national allemand²⁵;
- ♦ lorsque les poursuites ne sont plus requises dans « l'intérêt public », alors l'auteur de l'infraction est exempté de poursuites à titre provisoire. Ce dernier doit donner son assentiment, et reste soumis à certaines obligations comme le versement d'une amende au Trésor-public (article 153a du code de procédure pénale)²⁶ ;
- ♦ lorsque le parquet et le tribunal ont recours à une procédure permettant de classer l'affaire contre la reconnaissance de culpabilité de l'accusé (cf. 1.3.3), telle que l'ordonnance pénale ou un accord de négociation de la peine.

Le rapport de l'OCDE en date de 2011 rappelle que ces trois dernières modalités s'apparentent davantage à des sanctions qu'à des critères d'engagement ou non des poursuites (cf. 1.3.3.3).

1.3.3. Les sanctions prévues par le code pénal en matière de corruption domestique ou transnationale

1.3.3.1. Les sanctions pénales

Seules les personnes physiques encourrent des sanctions pénales puisque la responsabilité des personnes morales ne peut être qu'administrative.

La corruption passive, incriminée à l'article 332 du code pénal, est passible d'une peine de prison pouvant aller de six mois à cinq ans, tandis que la corruption active, incriminée à l'article 334 peut être sanctionnée par une peine de prison d'une durée de trois mois à cinq ans. En application de l'article 335, les peines de prison pour les cas de corruption active les plus graves peuvent aller jusqu'à dix ans de prison. L'OCDE souligne par ailleurs dans son rapport de 2011 que les « *affaires de corruption d'agents publics étrangers, qui entrent dans le champ d'application de la Convention, ne constituent jamais des cas « moins graves » aux termes de l'article 334 du code pénal* »²⁷. De plus, en vertu de l'article 47 du code pénal, il est possible pour le juge d'appliquer une amende plutôt qu'une peine de prison. La recours à une sanction financière est même obligatoire pour les peines de prison dont la durée est inférieure à six mois. La sanction financière maximale est déterminée à l'article 40 du code pénal et ne peut dépasser le montant de 10 800 000 euros.

²⁵ Décision de la cour constitutionnelle fédérale, deuxième chambre, 14 octobre 2010, 2BvR 1481/04, citée par le rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.52, §132

²⁶ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.53, §134

²⁷ *Idem*, note de bas de page, p.33, §79

1.3.3.2. *Les sanctions administratives*

Les personnes physiques peuvent se voir infliger une sanction administrative pour non-respect des devoirs de surveillance et de prévention des actes de corruption. Dans ce cas, la mise en cause de la responsabilité de la personne physique peut être combinée avec la responsabilité de la personne morale comme vu précédemment (cf. 1.3.1.1). En application de l'article 130 de l'OWiG, au moins quatre dirigeants de Siemens (cf. Encadré 2) n'avaient pas été pénalement tenus responsables des faits de corruption mais s'étaient vus infliger des sanctions administratives pour manquement à leurs devoirs de surveillance²⁸.

L'article 17 alinéa 4 de l'OWiG prévoit que l'amende administrative infligée aux personnes morales doit être supérieure au bénéfice retiré de l'infraction²⁹. L'amende administrative se compose de deux parties : l'amende punitive et l'amende confiscatoire. L'amende confiscatoire a pour objectif de récupérer l'avantage financier acquis par la personne morale grâce à l'infraction commise. Or, le terme « avantage financier » n'est pas défini par l'OWiG. La jurisprudence a toutefois apporté quelques éléments en le définissant comme étant «*les bénéfices obtenus*³⁰» à la suite de l'infraction. La jurisprudence a également précisé que lorsqu'un contrat, obtenu à la suite d'un acte de corruption, entraînait plus de dépenses que de recettes pour la personne morale, il est considéré malgré tout qu'elle en a retiré un avantage financier puisque la personne morale a continué à payer ses charges et à occuper un marché³¹. L'OWiG a été amendé en 2013 afin d'augmenter le montant des sanctions administratives à l'encontre des personnes morales³². L'article 30 prévoit désormais que l'amende s'élève à un montant maximal de 10 M d'euros lorsque l'infraction a été commise intentionnellement, et 5 M d'euros lorsque l'infraction a été commise par négligence. L'article 130 de l'OWiG prévoit que l'amende maximale imposée à la personne morale peut s'élever à 10 M d'euros lorsque l'infraction résulte d'un non-respect des instructions d'un supérieur hiérarchique. Par exemple, cette modalité pourrait s'appliquer dans le cas où le non-respect d'une instruction d'un cadre a permis de réaliser la corruption d'un agent public étranger.

D'autres sanctions administratives peuvent être prononcées, telle que l'exclusion des marchés publics. L'entreprise Siemens, pourtant sanctionnée administrativement en 2008, n'a pas fait l'objet d'une exclusion des marchés publics en Allemagne. D'après l'OCDE, «*les autorités allemandes ont souligné que la décision de ne pas exclure Siemens était fondée sur son système efficace de conformité, qui faisait l'objet de vérifications approfondies dans le cadre des procédures d'attribution de marchés publics* ³³».

²⁸ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.38, §96, décision du 8 février 2010 du *Staatsanwaltschaft München I* (Parquet de Munich)

²⁹ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.41, §102

³⁰ Idem, p.43, §110

³¹ Idem, p.43, §110, affaire *Siemens* (hors entité de télécommunications) et affaire « *camions de MAN* »

³² Rapport de l'OCDE, avril 2013, suivi de la phase 3, p.12

³³ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3

1.3.3.3. *Les sanctions prononcées dans des procédures négociées se substituant aux poursuites judiciaires*

Le Parquet et le tribunal peuvent décider de classer l'affaire en contrepartie du recours à une procédure d'exemption de poursuites à titre provisoire (article 153a du code de procédure pénale), d'un accord de négociation de peine (article 257 c du code de procédure pénale) ou d'une ordonnance pénale (article 407 du code de procédure pénale)³⁴.

La possibilité d'exemption de poursuites à titre provisoire ne s'applique qu'aux personnes physiques, ces dernières devant être consentantes pour bénéficier de cette procédure. Aux termes de l'article 153a du code de procédure pénale, l'auteur de l'infraction peut être exempté de poursuites à titre provisoire lorsque les poursuites concernant l'affaire ne sont plus requises dans « l'intérêt public ». Or, la forte propension de recours à cette procédure – 78 % des 21 affaires de corruption transnationale traitées entre mars 2011 et mars 2013³⁵ – montre que l'intérêt public des poursuites peut être tempéré par plusieurs facteurs³⁶. Les autorités allemandes ont expliqué à l'OCDE que la longueur des poursuites judiciaires susceptibles d'être engagées ainsi que la probabilité de parvenir à caractériser la culpabilité de l'accusé étaient des facteurs déterminants dans l'engagement de cette procédure. Le recours à cette procédure ne fait pas souvent l'objet d'une publication.

Le procureur peut également choisir de recourir à une ordonnance pénale, s'il estime au vu des résultats de l'enquête qu'un procès n'est pas nécessaire, et ce sans qu'une audition préalable de l'accusé ne soit nécessaire. L'ordonnance pénale éteint l'action publique. Le juge pénal peut décider de confirmer l'ordonnance pénale, de la refuser s'il estime que la culpabilité n'est pas établie (le procureur peut alors faire appel de cette décision), ou bien d'ouvrir un procès s'il est en désaccord avec la qualification des faits ou les peines proposées. S'il souhaite ouvrir un procès, il doit préalablement donner la possibilité au procureur de modifier sa proposition d'ordonnance pénale. Lorsqu'une ordonnance pénale est établie, l'accusé a deux semaines pour la contester. Le cas échéant, il peut demander une audience pour présenter ses observations. Si l'accusé ne conteste pas l'ordonnance pénale dans l'intervalle de deux semaines, ou s'il renonce explicitement à la contester, celle-ci devient exécutoire.

Enfin, un accord de négociation de peine, impliquant une reconnaissance de culpabilité, permet d'aboutir au prononcé d'une condamnation, mais avec négociation sur la peine. Cet accord peut se tenir avant ou après l'engagement d'un procès, afin de parvenir à un règlement à l'amiable. Le tribunal définit le cadre de négociation de l'accord (et notamment, le cas échéant, les limites supérieures et inférieures de l'amende). Les parties au procès peuvent ensuite négocier, et l'accord doit résulter d'un consensus entre le ministère public et l'accusé.³⁷.

³⁴ Cf. 1.3.3.1

³⁵ « Between March 2011 and March 2013, 33 cases were terminated for lack of grounds while 21 cases resulted in sanctions against individuals and/or legal persons, either after a court decision or by way of a settlement under section 153a of the Criminal Code of Procedure (CCP) (78 percent of sanctions were imposed following such a settlement); », rapport de l'OCDE, avril 2013, suivi de la phase 3, p.3

³⁶ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.53, §135

³⁷ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.54, §138

2. Mise en application de la législation anti-corruption en Allemagne

Le rapport de l'OCDE relatif à la phase 3 de la mise en œuvre de la convention, daté de 2011, ainsi que le suivi de la phase 3 daté de 2013, soulignent le fait l'Allemagne « n'a cessé de renforcer son action répressive, ce qui a donné lieu à un nombre significatif de poursuites et de sanctions imposées à l'encontre de personnes physiques »³⁸.

Tableau 1 : Nombre de personnes physiques et morales sanctionnées selon la méthodologie de l'OCDE, depuis la mise en œuvre de la convention (1999-2014)

	Personnes physiques	Personnes morales	Total
Sanctions pénales en matière de corruption d'agents publics étrangers	45 (+164 sanctions négociées au titre de l'article 153a)	11 ³⁹	220
Sanctions civiles et administratives en matière de corruption d'agents publics étrangers	2	2	4
Total	211	13	224

Source: OCDE, data on enforcement of the Anti-Bribery Convention, 2014

Les données de l'OCDE comprennent les poursuites pour corruption d'agents publics étrangers ayant abouti à une sanction pénale, administrative ou civile, que ce soit par la voie d'un règlement judiciaire ou extrajudiciaire. En revanche, les données du tableau ne comptabilisent pas les poursuites pour des infractions connexes. Les résolutions négociées apparaissant dans le tableau de l'OCDE ne tiennent compte que de la procédure de l'article 153a.

Cette tendance pourrait s'expliquer par la diversité des chefs d'inculpation des personnes physiques pour des faits de corruption. En effet, la mise en œuvre par l'Allemagne de la convention de l'OCDE de lutte contre la corruption est caractérisée par le fait de poursuivre et de sanctionner les actes de corruption transnationale en appliquant des dispositions de l'infraction de corruption entre agents privés, ou d'abus de confiance, plutôt qu'en utilisant les articles 332 et 334 du code de procédure pénale⁴⁰. Les raisons évoquées dans le rapport de l'OCDE de 2011 sont d'une part, la longueur des procédures qui encouragent à recourir à une qualification pénale nécessitant moins de preuves et d'autre part, un accès restreint à l'information dans les affaires de corruption transnationale car cela nécessiterait une coopération complète des administrations étrangères.

Encadré 2 : L'affaire Siemens

A partir de 2006, l'entreprise Siemens est soupçonnée d'entretenir un réseau de caisses noires afin de verser des pots-de-vin à des agents publics étrangers. Cette accusation est confirmée en novembre 2007 lorsque le PDG Peter Löscher reconnaît l'existence de cette caisse d'un montant de 1,3 milliards d'euros, à l'occasion de la présentation des résultats annuels du groupe. Il admet également que les pots-de-vin ont été versés en Suisse, Italie, Grèce et Chine. Cette déclaration marque le début d'une procédure menée par les autorités allemandes ainsi que les autorités américaines.

En décembre 2008, l'entreprise plaide coupable (« *plea guilty* ») pour violation des dispositions « *books*

³⁸ *Idem*, p.5, §2

³⁹ Les personnes morales ne peuvent voir engager que leur responsabilité administrative mais sur la base de faits pénalement incriminés

⁴⁰ Rapport de l'OCDE, mars 2011, phase 3, p.51, §128

Annexe V

and records » prévues par le FCPA américain et fait l'objet d'une résolution conjointe entre le DoJ et la SEC. L'amende payée au DoJ s'élève à 450 M de dollars américains et celle versée à la SEC à 350 M de dollars américains au titre de la confiscation des bénéfices retirés de l'infraction. Les filiales au Bangladesh, en Argentine et au Venezuela ont également plaidé coupable aux Etats-Unis pour violation des dispositions comptables du *FCPA*. La résolution de la procédure exige la nomination d'un « *monitor* » pour quatre ans.

A la même période en Allemagne, l'entreprise est condamnée à s'acquitter d'une amende de 395 M d'euros pour avoir échoué dans ses fonctions de surveillance et de supervision des salariés⁴¹. L'entreprise avait déjà versé en octobre 2007 une amende d'un montant de 201 M d'euros pour d'autres accusations de corruption portées par le parquet de Munich et une autre amende d'un montant de 179 M d'euros pour des versements de paiements douteux⁴².

Ces deux condamnations concluent plusieurs années de procédure qui ont coûté près de 2.5 milliards d'euros à Siemens en frais de justice. Les poursuites ont révélé que des pots-de-vin ont été versés pour obtenir différents marchés et projets, parfois en violation avec les dispositions du programme « pétrole contre nourriture » des Nations Unies, mais également sur le marché de la téléphonie au Bangladesh ou encore celui de la construction de centrales électriques en Israël.

Plusieurs personnes physiques ont également été condamnées au cours de cette procédure. Heinrich von Pierer, ancien PDG de Siemens de 1992 à 2005 a consenti à payer une amende d'un montant de 5 M d'euros⁴³. Quatre autres managers ont dû régler une amende d'un montant total de 20 M d'euros. A la suite de ce scandale, la moitié des cadres de Siemens ont été remplacés. L'ampleur de ce scandale marque un tournant dans l'application de la politique pénale de lutte contre la corruption en Allemagne.

Source : Mission.

⁴¹ <http://www.fcpablog.com/blog/2008/12/16/final-settlements-for-siemens.html>

⁴² <http://www.fcpablog.com/blog/2007/10/5/siemens-settles-corruption-and-tax-cases-with-german-prosecu.html>

⁴³ <http://www.independent.co.uk/news/business/news/siemens-bribery-deal-close-1833088.html>

ANNEXE VI

Application extraterritoriale de la loi en matière de corruption transnationale par l'Italie

SOMMAIRE

1. ETAT DU DROIT EN VIGUEUR EN ITALIE	1
1.1. L'Italie est signataire de conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption transnationale	1
1.2. Evolutions récentes de la législation en vigueur.....	2
1.3. Le code pénal italien permet d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des infractions de corruption transnationale qui se sont déroulées aussi bien sur le territoire national qu'à l'étranger, selon des conditions limitatives.....	3
1.3.1. <i>Principales dispositions</i>	3
1.3.2. <i>Plusieurs services de police sont compétentes pour mener les enquêtes, et la spécialisation des organes de poursuites est davantage factuelle qu'institutionnalisée.....</i>	7
1.3.3. <i>Les sanctions prévues par le code pénal en matière de corruption domestique ou transnationale.....</i>	8
1.3.4. <i>La procédure du patteggiamento facilite le règlement judiciaire dans les cas de corruption transnationale.....</i>	10
2. MISE EN APPLICATION DE LA LEGISLATION ANTI-CORRUPTION TRANSNATIONALE EN ITALIE.....	10

1. Etat du droit en vigueur en Italie

1.1. L'Italie est signataire de conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption transnationale

L'Italie a signé les principales conventions visant à lutter contre la corruption transnationale, telles que¹ :

- ◆ **la convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de lutte contre la corruption.** Signée en 1997, l'Italie l'a ratifiée et transposée dans son droit national en 2001. La convention comprend tous les pays de l'OCDE ainsi que l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie et l'Afrique du sud. La convention prévoit des standards internationaux pour criminaliser le trafic d'influence d'agent public étranger dans le commerce international et fournit un cadre obligatoire de mesures de contrôle des entreprises ;
- ◆ **la convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption,** signée en 2003 et entrée en vigueur en 2009 en Italie. La convention reconnaît que la corruption d'agents publics étrangers ainsi que le blanchiment d'argent sont associés à la criminalité transnationale. Elle prévoit des instances de coopération entre les pays signataires dans ces domaines ;
- ◆ **la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dite convention de Palerme.** Signée en 2000, elle est entrée en vigueur en 2003. Son article 8 donne le caractère d'infraction pénale à tout acte de corruption d'un agent public étranger² ;
- ◆ **la convention pénale de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** signée en 1999, elle est entrée en vigueur en Italie uniquement en 2013. La convention prévoit une coopération internationale pour lutter contre la corruption ainsi que des mesures pénales que doivent respecter les pays signataires. Elle instaure le **Groupe d'Etats contre la corruption** (GRECO) qui évalue les dispositifs de lutte contre la corruption de l'ensemble des pays membres. Les dispositifs américains font ainsi l'objet d'une évaluation périodique ;
- ◆ **la convention civile de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** qui définit pour la première fois des règles communes au niveau international dans le domaine du droit civil et de la corruption. Elle est entrée en vigueur en 2013 en Italie. Les Etats contractants devront prévoir dans leur droit interne "*des recours efficaces en faveur des personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption afin de leur permettre de défendre leurs droits et intérêts, y compris la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts*" (article 1er) ;
- ◆ le droit de l'Union européenne a complété ces conventions, notamment avec la **convention sur la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes** et ses protocoles et la **convention pour combattre la corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres.**

¹ Liste des conventions internationales consacrées à la lutte contre la corruption : <https://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm>

² Article 8 de la convention : « *1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement: a) Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles; b) Au fait pour un agent public de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles (...) »* »

1.2. Evolutions récentes de la législation en vigueur

La lutte contre la corruption, tant domestique que transnationale, est une dimension présente dans le code pénal italien depuis près de vingt ans. En premier lieu, la loi n°86 du 26 avril 1990³ a étendu la répression du délit de corruption aux agents chargés d'une mission de service public dès lors qu'ils disposent d'un contrat de droit public, alors qu'initialement elle était limitée aux fonctionnaires. Cette même loi a également créé le délit de corruption de magistrats ou de personnes assimilées en vue de favoriser ou de nuire à une partie dans un procès civil ou pénal (article 319ter du code pénal italien).

La loi n°300 du 29 septembre 2000⁴ a introduit à l'article 322bis du code pénal italien le délit de corruption d'agents publics étrangers ou de fonctionnaires d'organisations internationales ou des institutions de l'Union européenne (cf. 1.3.1), afin de transposer les dispositions de la convention de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE).

Toutefois, les organisations internationales soulignent régulièrement les carences de la législation italienne en la matière. Un rapport de l'OCDE en date du 29 novembre 2004 pointait déjà les dysfonctionnements propres à l'Italie, en particulier le court délai de prescription des délits de corruption, l'absence de sanctions économiques pour les personnes physiques et le faible montant de celles appliquées aux personnes morales, ainsi que l'absence de répression en matière de corruption privée⁵. De plus, les rapports du Groupe d'Etats Contre la Corruption (GRECO) datés du 2 juillet 2009 relèvent que « *selon une étude sur le phénomène de la corruption en Italie, effectuée en 2007 par le Haut commissariat contre la corruption⁶, la corruption est largement répandue dans l'administration publique où elle est encouragée par des particularités de l'appareil administratif italien, telles que des régimes de recrutement et de promotion qui pâtissent d'un certain manque de clarté et d'efficacité (...) le paiement de pots-de-vin semble être une pratique courante pour obtenir des licences et des autorisations, des contrats publics, des arrangements financiers, faciliter l'obtention de diplômes universitaires (...)* »⁷.

Les critiques des organisations internationales portaient à la fois sur la répression de la corruption domestique et de la corruption transnationale. La loi du 6 novembre 2012 a amendé les dispositions du code pénal en la matière. Elle a créée l'*Autorita Nazionale Anticorruzione*, une autorité indépendante qui adopte les lignes directrices applicables à l'administration publique et est en charge de la supervision des marchés publics afin de mener une démarche préventive contre la corruption. De plus, elle a introduit le délit de corruption entre personnes privées à l'article 2635 du code pénal et le délit de trafic d'influence à l'article 346-bis.

³ Legge 26 aprile 1990 n°86 « *Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* »

⁴ Legge 29 settembre 2000 n°300 « *Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee* »

⁵ *La nouvelle loi anti-corruption italienne, entre simple progression et réelle innovation*, Amélie Bellezza, Jurisdoctoria n°10, 2013

⁶ A. Serra, *Il fenomeno della corruzione in Italia*, décembre 2007

⁷ *La nouvelle loi anti-corruption italienne, entre simple progression et réelle innovation*, Amélie Bellezza, Jurisdoctoria n°10, 2013

1.3. Le code pénal italien permet d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des infractions de corruption transnationale qui se sont déroulées aussi bien sur le territoire national qu'à l'étranger, selon des conditions limitatives

1.3.1. Principales dispositions

1.3.1.1. *Le code pénal italien incrimine les cas de corruption passive et active, dans les secteurs public et privé*

Le code pénal italien définit d'abord les différentes infractions relatives à la corruption domestique, puis un article spécifique étend ces dispositions aux agents publics étrangers. Si le code pénal italien incrimine la corruption passive et active d'agents publics, plusieurs autres infractions connexes se rattachent au champ de la corruption. La corruption est incriminée par les articles 318, 319 et 320 (corruption passive) et l'article 322 (corruption active) du code pénal :

- ◆ l'article 318 incrimine la corruption passive d'agent public, c'est-à-dire le fait pour un agent public de recevoir indûment un paiement ou un autre avantage, ou d'en accepter la promesse ;
- ◆ l'article 319 complète la définition de la corruption passive en ajoutant que le fait pour un agent public d'accepter de recevoir indûment un paiement ou un autre avantage, ou d'en accepter la promesse, en vue de ralentir ou d'omettre de réaliser les tâches qui lui incombent, constitue une infraction ;
- ◆ l'article 320 précise que les infractions de corruption passive s'appliquent aussi bien aux fonctionnaires qu'à n'importe quelle personne chargée d'une mission de service public ;
- ◆ l'article 321 reprend l'infraction de corruption passive et détermine les sanctions applicables au corrupteur (corruption active) lorsqu'il promet ou verse indûment un paiement ou un avantage à un agent public en vue de lui faire effectuer une tâche contraire à ses obligations ou afin qu'il omette de réaliser ses tâches ;
- ◆ l'article 322 incrimine l'incitation à la corruption, c'est-à-dire que lorsque la sollicitation, offre ou promesse d'un pot-de-vin n'est pas acceptée par l'agent public, le corrupteur peut tout de même être sanctionné ;
- ◆ l'article 322-bis rend applicables les dispositions précédemment citées aux agents publics étrangers (cf. encadré suivant).

Encadré 1 : Définition d'un agent public étranger au sens de l'article 322-bis du code pénal italien

Les dispositions relatives aux infractions liées à la corruption décrites par le code pénal italien s'appliquent également aux agents publics étrangers suivants, lorsque le versement d'un pot-de-vin vise à obtenir ou à conserver un avantage déloyal dans des transactions commerciales internationales ou une « activité économique et financière⁸ » :

- ◆ aux membres des institutions de l'Union européenne (commission européenne, parlement, cour de justice, cour des comptes) ;
- ◆ aux fonctionnaires ou agents dont le contrat est régi par le statut des fonctionnaires de l'Union européenne ;

⁸ «un'attività economica o finanziaria », amendement à l'article 322 bis du code pénal pour s'aligner sur l'article 16.1 de la convention des Nations Unies. Selon l'OCDE dans son rapport daté de décembre 2011 sur la phase 2 de la mise en œuvre de la convention de lutte contre la corruption, cet amendement n'a pas modifié le champ d'application de cet article.

- ◆ aux personnes désignées par les Etats membres de l'Union européenne ou par tout organisme public ou privé qui exercent des fonctions pour le compte de l'Union européenne ;
- ◆ aux agents chargés de l'exécution d'un service public, même en dehors de l'Union européenne ;
- ◆ aux juges, procureurs adjoints et agents de la Cour pénale internationale.

En 2009⁹, la Cour suprême de Cassation italienne a notifié dans une décision que le juge, à l'occasion d'un procès pour des faits de corruption transnationale, doit vérifier *ex officio* que les lois du pays dans lequel se situe l'agent public corrompu déterminent avec certitude que cet agent effectuait des activités associées à une mission de service public. Même si la portée de cette décision est encore difficile à évaluer, la doctrine considère que cette décision implique une analyse en deux temps par le juge¹⁰. Tout d'abord, il faudrait vérifier que l'activité de la personne ayant reçu le pot-de-vin soit bien définie comme rattachée à un service public par la législation du pays étranger. Puis, il faudrait s'assurer que cette fonction corresponde également à celle occupée par un agent public selon la législation italienne. Toutefois, ce raisonnement en deux étapes ne devrait pas restreindre le champ d'application de la définition d'agent public étranger puisqu'un précédent a interprété cette définition de façon large¹¹.

Source : Mission.

Par ailleurs, le code pénal italien prévoit le délit de concussion (« *concussione* »), d'une façon similaire au code pénal français. Il s'agit du fait pour un agent public d'abuser de sa position ou de ses prérogatives pour obliger quelqu'un à verser indûment, à lui ou à un tiers, un paiement ou un autre avantage. En cas de concussion, seule la responsabilité de l'agent public peut être engagée, ce qui constitue une défense pour toute personne accusée de corruption active. De plus, cette défense peut aussi être utilisée par une personne morale¹².

Encadré 2 : La jurisprudence a précisé le délit de concussion

La jurisprudence a précisée la distinction entre la corruption et le délit de concussion : dans le dernier cas, l'agent public abuse de sa fonction pour influencer la volonté d'une personne à un point tel qu'elle le constraint ou l'incite à accomplir un acte pour échapper à un préjudice grave (Cour de cassation, chambre criminelle, 10 février 1982 ; Cour de cassation, chambre criminelle, 6 juillet 1984 ; Cour de cassation, 6^e chambre criminelle, 13 novembre 1997 ; Cour de cassation, chambre criminelle, 15 septembre 2000). La décision n°2681 de la Cour de Cassation en date du 6 décembre 1988 a déterminé que le délit de concussion était caractérisé lorsque l'agent a exercé une forme psychologique de coercition, de menace ou de tromperie, ou qu'il a fait obstruction de telle manière que l'administré se sente incité à prendre l'initiative de proposer un pot-de-vin. De plus, la jurisprudence a élaboré la notion de « *concussione ambientale* » pour désigner une situation dans laquelle une personne pense qu'elle est dans l'obligation d'accorder un avantage à un agent public pour éviter un préjudice ou pour avoir accès à ses droits (Cour d'appel de Rome, n°940018, 3 juin 1993). D'après cette jurisprudence, l'environnement qui laisserait penser que le pot-de-vin est nécessaire est tout aussi important que le fait pour un agent public de le formuler explicitement.

Source : Rapport du Groupe d'Etat contre la Corruption (GRECO), troisième cycle d'évaluation de l'Italie, mars 2012

⁹ C. Cass, 5 novembre 2009, n°49532

¹⁰ OCDE, rapport phase 3 (décembre 2011), p.10 §26

¹¹ Dans l'affaire de corruption passive *Enelpower/Siemens*, décision de la Cour de Milan le 23 juin 2003. La Cour a considéré qu'au regard de la législation italienne l'entreprise Enelpower relevait du secteur public et par conséquent que l'individu ayant reçu le pot-de-vin était un agent public.

¹² OCDE, rapport phase 3 (décembre 2011), p.11 §28

Le rapport de l'OCDE daté de décembre 2011 souligne que, même si aucune poursuite en matière de corruption transnationale n'a échoué à cause de la défense que constitue le délit de concussion, tous les avocats des accusés l'invoquent, ce qui allonge la durée des poursuites. Afin de se conformer aux recommandations de l'OCDE, l'article 317 du code pénal italien a été amendé en 2012¹³ en vue de redéfinir le délit de concussion. Désormais, il incrimine exclusivement la conduite d'un agent public qui force explicitement une personne à lui verser un paiement indu. La durée de la peine de prison associée à cette infraction est de 6 à 12 ans. Par ailleurs, à présent la personne qui verse le pot-de-vin à l'agent public qui l'y force risque une peine de prison dont la durée peut s'élever jusqu'à trois ans¹⁴. La Cour suprême italienne a également limité l'application du délit de concussion en déterminant que la volonté de l'individu versant le pot-de-vin doit être explicitement contrainte¹⁵.

1.3.1.2. *L'engagement de la responsabilité administrative des personnes morales*

En application du décret-loi 231/2001 du 8 juin 2001, la responsabilité administrative des personnes morales peut être engagée pour certaines infractions telles que la corruption transnationale¹⁶. La responsabilité administrative des entreprises publiques peut également être engagée comme l'indiquent deux décisions récentes de la Cour suprême de cassation¹⁷. Ce décret-loi indique que les infractions commises par des personnes physiques peuvent engager la responsabilité de la personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies¹⁸ :

- ◆ l'auteur de l'infraction est un cadre supérieur de l'entité ;
- ◆ si un cadre supérieur ne parvient pas à prévenir la commission de l'infraction par une personne placée sous sa supervision¹⁹ ;
- ◆ l'infraction a été commise dans l'intérêt de la personne morale, et non pas pour la personne physique à l'origine de l'infraction ou un tiers.

Par ailleurs, la condamnation de la personne physique à l'origine de l'infraction n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité administrative de la personne morale dans la mesure où l'article 8 du décret-loi 231/2001 dispose que la personne morale peut être considérée comme responsable même si l'auteur de l'infraction n'est pas précisément identifié. Ceci s'explique notamment par le fait que le délai de prescription des faits pour les personnes morales est plus court que celui appliqué aux personnes physiques. En effet, le délai de prescription pour les faits commis par une personne morale est de 5 ans à partir du jour de la commission de l'infraction. Certes, il est possible de proroger ce délai dans les conditions prévues par l'article 59 du décret-loi. Mais, comme le souligne l'OCDE dans son rapport de décembre 2011, cette suspension du délai de prescription est peu mise en œuvre²⁰.

¹³ Loi n°190 du 6 novembre 2012

¹⁴ OCDE, rapport de suivi de la mise en œuvre de la phase 3 (mai 2014), p.8

¹⁵ Cour suprême de Cassation, 24 octobre 2013, *Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera e altri*

¹⁶ OCDE, rapport phase 3 (décembre 2011), p.14, §36

¹⁷ Décisions de la Cour suprême de cassation n°28699 du 9 juillet 2010 relative à un hôpital au capital public et privé, et n°234 du 10 janvier 2011 relative à une entreprise publique de gestion de déchets

¹⁸ Article 5 du décret-loi 231/2001

¹⁹ «Article 5.1. (b) provides that the liability of legal persons can also be triggered by persons who are under the direction or the supervision of one of the subjects referred to in (a)», OCDE, rapport phase 3 (décembre 2011), p.16 §45

²⁰ Idem, p.31, §106

Seule la responsabilité administrative des personnes morales peut être engagée, puisque le système juridique italien ne permet pas l'application de sanctions pénales aux personnes morales²¹.

1.3.1.3. La compétence des juridictions italiennes repose sur des principes de territorialité et de nationalité

En matière de corruption transnationale, ce sont les mêmes règles générales d'application territoriale et extraterritoriale du code pénal italien qui sont mises en œuvre²². L'Italie est compétente à l'égard des infractions commises à l'étranger dans les cas visés aux articles 6 à 10 du code pénal italien.

La compétence territoriale est définie à l'article 6 du code pénal qui dispose que **la législation italienne s'applique à l'égard de tout individu qui commet une infraction sur le territoire national**. L'infraction est réputée commise sur le territoire national lorsque l'acte ou l'omission constitutifs de l'infraction s'y sont produits, en tout ou partie, ou lorsqu'un événement qui est une conséquence de l'acte ou de l'omission s'y produit. La jurisprudence a établi que le critère de rattachement matériel au territoire national avait été appliqué de façon à couvrir tout acte qui facilite la commission de l'infraction²³. De plus, la compétence territoriale est déclenchée dès lors que l'infraction débute à l'étranger et s'achève sur le territoire national, ou lorsque l'infraction est commise entièrement à l'étranger avec la participation d'une autre personne sur le territoire italien²⁴.

Les juridictions italiennes sont également compétentes pour les infractions de corruption transnationale commises à l'étranger en vertu du principe de nationalité.

En effet, l'article 9 dispose que **l'Italie est compétente pour poursuivre ses ressortissants pour une infraction commise à l'étranger**²⁵ si :

- ◆ l'auteur de l'infraction se trouve sur le territoire italien ;
- ◆ l'infraction est punissable en droit italien de la réclusion à perpétuité ou d'une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement. Si l'infraction emporte une peine de prison d'une durée inférieure à trois ans, alors la compétence n'est établie qu'à la requête du Ministre de la Justice ou à la suite de la demande de la victime ;
- ◆ l'extradition n'a pas été accordée ou demandée par le pays où l'infraction a été commise.

L'article 10 indique que **l'Italie est compétente pour poursuivre un étranger à l'égard d'une infraction commise à l'étranger**²⁶ si :

- ◆ l'auteur de l'infraction est présent sur le territoire national ;

²¹ OCDE, rapport phase 1 (2001), p.11

²² http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_fr_dc_2011_corruption_agent.pdf

²³ Cour suprême de cassation, décisions du 13 juin 1986, du 7 avril 1964, du 20 mars 1963, citées dans le rapport de l'OCDE, phase 1 (2001), p.19

²⁴ Cour suprême de cassation, décision du 29 avril 1980, citée dans le rapport de l'OCDE, phase 1 (2001), p.19

²⁵ En dehors des infractions visées aux articles 7 et 8 du code pénal qui sont essentiellement des infractions relatives aux atteintes à la personnalité de l'Etat et la contrefaçon

²⁶ En dehors des infractions visées aux articles 7 et 8 du code pénal qui sont essentiellement des infractions relatives aux atteintes à la personnalité de l'Etat et à la contrefaçon

- l'infraction est commise au détriment de l'Etat italien ou d'un ressortissant italien et est punissable en droit italien de la réclusion à perpétuité ou d'une peine d'au moins un an d'emprisonnement. Dans cette configuration, la compétence des juridictions nationales ne sera établie qu'à la requête du Ministre de la Justice ou suite à la demande de la victime ; ou l'infraction peut avoir été commise à l'encontre d'un pays de l'Union européenne ou d'un pays étranger quel qu'il soit ou d'un étranger et être punissable en droit italien de la réclusion à perpétuité ou d'une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans. Dans cette configuration, la compétence des juridictions nationales n'est établie qu'à la requête du Ministre de la Justice et uniquement lorsque l'extradition n'a pas été accordée ou demandée par le pays où l'infraction a été commise ou par l'Etat dont l'auteur de l'infraction est un ressortissant.

Par conséquent, la **condition *sine qua non* de la compétence des juridictions nationales pour connaître d'une infraction commise à l'étranger est que l'auteur de l'infraction se trouve sur le territoire italien**. La Cour suprême de cassation a établi que pour les infractions commises à l'étranger, « *la qualification des infractions pénales doit être exclusivement conforme au droit pénal italien, indépendamment du fait que le système judiciaire de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a eu lieu ne prévoit pas de poursuites pénales pour l'infraction en question* »²⁷,

De plus, les citoyens non italiens qui résident de manière permanente en Italie sont considérés comme des étrangers au regard du code pénal²⁸ et relèvent à ce titre de l'article 10 de ce code.

1.3.2. Plusieurs services de police sont compétentes pour mener les enquêtes, et la spécialisation des organes de poursuites est davantage factuelle qu'institutionnalisée

Il existe plusieurs services de police compétents pour mener les enquêtes dans les cas de corruption transnationale, notamment la *Guardia di Finanza*, *Arma dei Carabinieri* et la *Polizia di Stato*. Ces deux dernières sont des composantes de la police nationale et apportent leur concours aux enquêtes. Si aucune d'entre elles n'est spécifiquement compétente en matière de corruption transnationale, la *Guardia di Finanza* est spécialisée dans les infractions financières et elle dispose d'un mécanisme de déclarations de soupçons de corruption mis en place à l'échelon national²⁹. Le *Nucleo Speciale Pubblica Amministrazione* est une unité en charge des faits de corruption d'agents publics mais uniquement dans les cas de corruption domestique³⁰.

En ce qui concerne l'ouverture des poursuites judiciaires, elle revient au ministère public. **En vertu de l'article 112 de la constitution italienne, le ministère public a l'obligation d'engager des poursuites en matière pénale**³¹. Par conséquent, le ministère public n'a pas le choix de l'ouverture ou non de poursuites judiciaires selon l'évaluation de plusieurs facteurs, contrairement au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis.

²⁷ Rapport de l'OCDE, phase 1 (2001), p.21, Cour suprême de cassation, décision n°2653 du 6 décembre 1991

²⁸ OCDE, rapport phase 1 (2001), p.20, §4.2

²⁹ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_fr_dc_2011_corruption_agent.pdf

³⁰ OCDE, rapport de suivi de la phase 3 (2014), p.14

³¹ Texte original de l'article 112 de la constitution italienne : « *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale* ».

Une fois qu'un dossier lui a été transmis, le ministère public représenté par un procureur désigné a une complète autonomie vis-à-vis du pouvoir exécutif et agit indépendamment de l'action des autres procureurs. En application du code de procédure pénale italien, le procureur mène tous les compléments d'enquête nécessaires et a la charge de prioriser l'action publique³². Les parquets se voient attribuer les affaires selon leur ressort territorial. Le rapport de l'OCDE publié en 2011 souligne que cette répartition des affaires ne permet pas une réelle coordination à l'échelle nationale des poursuites judiciaires engagées, contrairement aux infractions liées à la mafia sur le territoire national qui bénéficient d'une centralisation des informations. S'il n'existe pas de parquet spécialisé dans les affaires de corruption, semblable au Parquet National Financier (PNF) en France, le procureur de Milan semble disposer d'une compétence explicite en la matière compte tenu du nombre importants de dossiers de corruption qui lui ont été transmis au cours des dernières années³³.

1.3.3. Les sanctions prévues par le code pénal en matière de corruption domestique ou transnationale

1.3.3.1. Les sanctions pénales imposées aux personnes physiques

Il est rappelé que les sanctions pénales ne s'appliquent pas aux personnes morales puisque seule leur responsabilité administrative peut être engagée (cf. 1.3.1.2). Les sanctions pour les personnes physiques pour des faits de corruption transnationale sont les mêmes que celles prévues pour des faits de corruption domestique (cf. 1.3.1.1) :

- ◆ une peine de prison d'une durée entre 6 mois et 3 ans est encourue pour le fait d'offrir ou de promettre un pot-de-vin à un agent public afin qu'il réalise des actes en lien avec sa fonction pour obtenir ou conserver un avantage ;
- ◆ une peine de prison d'une durée entre 2 et 5 ans est encourue pour le fait d'offrir ou de promettre un pot-de-vin à un agent public afin qu'il retarde ou omette de réaliser des actes en lien avec sa fonction, ce qui serait contraire à ses obligations ;
- ◆ dans les deux cas précédents, la peine applicable peut être diminuée d'un tiers par le juge lorsque l'offre ou la promesse du pot-de-vin n'a pas été acceptée en application de l'article 322 du code pénal relatif à l'infraction d'incitation à la corruption ;
- ◆ une peine de prison d'une durée maximale de 8 ans est encourue pour les actes de corruption d'une autorité judiciaire.

L'article 163 du code de procédure pénale dispose qu'une peine de prison de deux ans ou moins peut être suspendue sous certaines conditions, l'une d'entre elles étant le recours à la procédure du *patteggiamento*, assimilable au fait de plaider coupable³⁴ (cf. 1.3.4).

Dans son rapport de 2011, l'OCDE avait suggéré que l'Italie impose des sanctions pénales pécuniaires aux personnes physiques afin de rendre les sanctions pénales d'autant plus dissuasives. Or, si les autorités italiennes ont considéré l'imposition d'amendes complémentaires, à ce jour la législation n'a pas été modifiée car il existerait un risque d'inconstitutionnalité à imposer des sanctions pécuniaires en plus des peines de prison uniquement pour les infractions de corruption transnationale, alors que les autres infractions similaires dans le code pénal italien ne sont sanctionnées que par des peines de prison³⁵.

³² OCDE, rapport phase 3 (2011), p.25, §84

³³ Essentiellement des cas de corruption domestique, mais aussi de corruption transnationale dans le cadre du programme « pétrole contre nourriture ». Cf. OCDE, rapport phase 3 (2011), p.25, §83

³⁴ OCDE, rapport phase 3 (2011), p.20, §60

³⁵ OCDE, suivi de la mise en œuvre de la phase 3 (2014), p.10

1.3.3.2. *Les sanctions administratives imposées aux personnes morales*

Le décret-loi 231/2001 du 8 juin 2001 définit les sanctions administratives pouvant être imposées aux personnes morales³⁶. Comme l'indique le rapport de l'OCDE de 2011, le montant des sanctions pouvant être imposées aux personnes morales varie selon la gravité de l'infraction. Les infractions décrites à l'article 318 du code pénal sont passibles d'une amende maximale de 309 800 euros et celles décrites à l'article 319 du code pénal sont passibles d'une amende pouvant aller de 51 600 euros à 929 400 euros. En cas de circonstances aggravantes, l'amende peut s'élever jusqu'à 1 239 200 euros³⁷.

Les sanctions pécuniaires à l'encontre des personnes morales ont été considérées comme peu dissuasives par l'OCDE, dans son rapport publié en 2011, d'autant plus qu'il serait possible de les réduire d'au moins un tiers si la personne morale s'engage à mettre en place des systèmes internes de prévention des actes de corruption et indemnise les victimes avant le début du procès³⁸. En réalité, compte tenu du délai de prescription appliquée aux personnes morales (cf. 1.3.1.2), peu de sanctions pécuniaires sont effectivement imposées.

Outre les sanctions pécuniaires, les personnes morales encourrent des sanctions complémentaires pour des faits de corruption. En effet, le décret-loi 231/2008 du 8 juin 2001 indique qu'une personne morale peut être sujette, pour au moins un an à³⁹ :

- ◆ une suspension ou révocation de ses licences ou autorisations en lien avec l'infraction commise ;
- ◆ une interdiction de passer un contrat avec une administration publique ;
- ◆ un retrait des subventions ou autre contribution publique ;
- ◆ une interdiction de faire de la publicité.

Le juge peut également imposer ces sanctions à titre préventif au cours de l'audience préliminaire, avant que le jugement ne soit prononcé. Ces sanctions sont obligatoires si la personne morale a tiré un bénéfice considérable des faits de corruption ou s'il s'agit d'une récidive⁴⁰. En revanche, il n'est pas possible d'imposer ces sanctions complémentaires si avant que le procès ne commence, la personne morale a déjà compensé le préjudice et mis en place un modèle organisationnel interne de prévention de la corruption⁴¹. Ces deux actions permettent en outre de diminuer jusqu'à deux tiers le montant de l'amende imposée à la personne morale⁴².

Comme l'a relevé le rapport de l'OCDE publié en 2011, les autorités italiennes considèrent que ces sanctions sont plus dissuasives que les peines pécuniaires imposées aux personnes morales.

³⁶ <http://files.mwe.com/info/news/wp0409f.pdf>

³⁷ OCDE, rapport phase 3 (décembre 2011), p.20, §61

³⁸ OCDE, rapport phase 3 (décembre 2011), p.21, §62

³⁹ Article 25 du décret-loi

⁴⁰ Article 13.1 du décret-loi

⁴¹ OCDE, rapport phase 3 (décembre 2011), p.22, §69

⁴² Source : Mission, étude de droit comparé réalisé par SAFRAN sur le projet de loi Sapin II

1.3.4. La procédure du *patteggiamento* facilite le règlement judiciaire dans les cas de corruption transnationale

Cette procédure est définie aux articles 444 à 448 du code de procédure pénale italien. Il s'agit d'une procédure semblable à un « plaider coupable » au cours de laquelle le ministère public et la défense demandent conjointement au juge l'imposition d'une sanction sur laquelle les deux parties s'accordent. Cette procédure est ouverte aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Le juge exerce un contrôle sur la procédure puisque la décision d'accepter ou non le *patteggiamento* relève de sa discrétion. En cas de refus du juge, le ministère public peut faire appel de sa décision.

Cette procédure permet de réduire la peine encourue d'un tiers et entraîne l'extinction de l'action publique si l'accusé ne commet pas d'autres infractions au cours des cinq années suivantes. Les décisions issues de cette procédure ne sont pas systématiquement publiées, ce choix relevant du juge.

Le rapport de l'OCDE en date de décembre 2011⁴³ indique que les facteurs tendant au recours à la procédure de *patteggiamento* sont les suivants :

- ◆ afin d'éviter que le délai de prescription n'entraîne l'abandon des poursuites ;
- ◆ pour favoriser une résolution économique viable pour l'entreprise qui fait l'objet de cette procédure.

Le rapport note également que les personnes morales sont plus incitées à recourir à cette procédure que les personnes physiques car les stratégies de défense des personnes physiques reposent la plupart du temps sur l'allongement de la durée des poursuites jusqu'à ce que les infractions soient prescrites.

2. Mise en application de la législation anti-corruption transnationale en Italie

L'Italie se singularise par le faible nombre de poursuites engagées et de sanctions prononcées dans des affaires de corruption transnationale.

Tableau 1 : Nombre de personnes physiques et morales sanctionnées selon la méthodologie de l'OCDE⁴⁴, depuis la mise en œuvre de la convention (1999-2014)

	Personnes physiques	Personnes morales	Total
Sanctions pénales en matière de corruption d'agents publics étrangers	9 (dont les <i>patteggiamento</i>)	4 (dont les <i>patteggiamento</i>)	13
Sanctions civiles et administratives en matière de corruption d'agents publics étrangers	NC	NC	NC
Total	9	24	13

Source : OCDE, data on enforcement of the Anti-Bribery Convention, 2014

⁴³ OCDE, rapport phase 3 (décembre 2011), p.28, §96

⁴⁴ Les données de l'OCDE comprennent les poursuites pour corruption d'agents publics étrangers ayant abouti à une sanction pénale, administrative ou civile, que ce soit par la voie d'un règlement judiciaire ou extrajudiciaire (les *patteggiamento* sont inclus dans les données). En revanche, les données du tableau ne comptabilisent pas les poursuites pour des infractions connexes.

Le dernier rapport de l'OCDE, daté de mai 2014⁴⁵, apporte plusieurs explications au faible nombre de condamnations permises par la législation italienne :

- ♦ la détermination de la responsabilité des personnes morales est un processus long et difficile, entravé par le délai de prescription court appliqué aux personnes morales. En effet, actuellement le délai de prescription des actes des personnes morales est de cinq ans. L'OCDE note que depuis 2000, 22 procédures envers des personnes morales pour des faits de corruption sur 29 ont été abandonnées à cause du délai de prescription des faits ;
- ♦ la durée particulièrement longue des procédures, associée à des délais de prescription courts, entrave l'aboutissement des poursuites judiciaires. L'OCDE relève que les procédures durent en moyenne entre 6 et 11 ans avant d'être examinées devant un tribunal en première instance. A titre de comparaison, le recours au DPA au Royaume-Uni a permis de conclure une affaire de corruption transnationale en un peu plus de deux ans⁴⁶ ;
- ♦ les sanctions restent peu dissuasives puisque les personnes physiques ne peuvent pas se voir infliger à la fois une peine de prison et une amende, et que les amendes administratives imposées aux personnes morales sont limitées. Des sanctions peu dissuasives n'incitent pas les auteurs des infractions, en particulier les personnes morales, à collaborer avec les autorités en amont pour reporter des faits de corruption, contrairement à la pratique au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

Le rapport de l'OCDE de 2011 fournit en annexe un récapitulatif des procédures ayant abouti entre 2006 et 2011. Sur les 23 affaires recensées, 16 d'entre elles concernaient des infractions en lien avec le programme « pétrole contre nourriture » des Nations Unies. De plus, sur les 58 accusés, personnes physiques et personnes morales confondues, 29 d'entre elles ont bénéficié d'un abandon des poursuites au titre de la prescription des faits, soit la moitié. 13 autres n'ont pas été condamnées en absence de preuve suffisantes, et 12 ont fait l'objet d'un *patteggiamento*, soit près de 20 % d'entre elles.

Encadré 3 : L'affaire Pirelli/Telecom

L'affaire Pirelli/Telecom met en cause deux entreprises italiennes de télécommunications qui auraient versé près de 33 pots-de-vin à des agents publics français en vue d'obtenir des autorisations administratives, pour un montant total d'environ 200 000 euros entre 2001 et 2005. Les deux personnes morales ont fait l'objet de poursuites par le parquet de Milan au titre de l'article 322-bis du code pénal italien. La procédure s'est conclue par le *patteggiamento* aboutissant à une amende de 400 000 euros.

Cinq personnes physiques ont également été condamnées pour les mêmes faits. Les peines de prisons infligées vont de 2 ans et 4 mois à 4 ans et 2 mois. Les personnes physiques ont également reçu une amende au titre de la confiscation des bénéfices retirés de l'infraction, et non pas en tant que sanctions pénales. Ces amendes confiscatoires s'élèvent de 20 000 euros à 100 000 euros.

Source : Mission.

⁴⁵ OCDE, rapport de suivi de la phase 3 (mai 2014), p.4

⁴⁶ Cf. annexe relative à la législation britannique

ANNEXE VII

**Application extraterritoriale de la loi en
matière de corruption transnationale par
les Pays-Bas**

SOMMAIRE

1. ETAT DU DROIT EN VIGUEUR AUX PAYS-BAS	1
1.1. Les Pays-Bas sont signataires de conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption transnationale	1
1.2. Evolutions récentes de la législation en vigueur.....	2
1.3. Le code pénal néerlandais permet d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des faits de corruption ayant eu lieu sur le territoire national ou à l'étranger	3
1.3.1. <i>Le code pénal néerlandais incrimine la corruption et étend cette infraction aux agents publics étrangers selon certains critères d'application territoriale</i>	3
1.3.2. <i>Les conditions procédurales de la mise en œuvre des poursuites judiciaires.....</i>	7
1.3.3. <i>Les sanctions prévues par le code pénal en matière de corruption domestique ou transnationale.....</i>	9
2. MISE EN APPLICATION DE LA LEGISLATION ANTI-CORRUPTION AUX PAYS-BAS ...	10
2.1. Intensité d'utilisation de la législation anti-corruption	10
2.2. La lutte contre la corruption transnationale aux Pays-Bas passe exclusivement par des règlements extrajudiciaires à l'heure actuelle.....	11

1. Etat du droit en vigueur aux Pays-Bas

1.1. Les Pays-Bas sont signataires de conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption transnationale

Les Pays-Bas ont signé les principales conventions visant à lutter contre la corruption transnationale, telles que¹ :

- ◆ **la convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de lutte contre la corruption.** Signée en 1997, les Pays-Bas l'ont ratifiée et transposée dans leur droit national en 2001. La convention comprend tous les pays de l'OCDE ainsi que l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie et l'Afrique du sud. La convention prévoit des standards internationaux pour criminaliser le trafic d'influence d'agent public étranger dans le commerce international et fournit un cadre obligatoire de mesures de contrôle des entreprises ;
- ◆ **la convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption,** signée en 2003 et entrée en vigueur en 2006 aux Pays-Bas. La convention reconnaît que la corruption d'agents publics étrangers ainsi que le blanchiment d'argent sont associés à la criminalité transnationale. Elle prévoit des instances de coopération entre les pays signataires dans ces domaines ;
- ◆ **la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dite convention de Palerme.** Signée en 2000, elle est entrée en vigueur en 2003. Son article 8 donne le caractère d'infraction pénale à tout acte de corruption d'un agent public étranger² ;
- ◆ **la convention pénale de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** signée en 2000, elle est entrée en vigueur aux Pays-Bas en 2002. La convention prévoit une coopération internationale pour lutter contre la corruption ainsi que des mesures pénales que doivent respecter les pays signataires. Elle instaure le **Groupe d'Etats contre la corruption** (GRECO) qui évalue les dispositifs de lutte contre la corruption de l'ensemble des pays membres. Les dispositifs américains font ainsi l'objet d'une évaluation périodique ;
- ◆ **la convention civile de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe,** qui définit pour la première fois des règles communes au niveau international dans le domaine du droit civil et de la corruption. Elle est entrée en vigueur en 2008 aux Pays-Bas. Les Etats contractants devront prévoir dans leur droit interne "*des recours efficaces en faveur des personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption afin de leur permettre de défendre leurs droits et intérêts, y compris la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts*" (article 1er) ;
- ◆ le droit de l'Union européenne a complété ces conventions, notamment avec la **convention sur la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes** et ses protocoles et la **convention pour combattre la corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires des Etats membres.**

¹ Liste des conventions internationales consacrées à la lutte contre la corruption : <https://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm>

² Article 8 de la convention : « *1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement: a) Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles; b) Au fait pour un agent public de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles (...) »* »

1.2. Evolutions récentes de la législation en vigueur

La transposition en droit interne des conventions internationales a permis d'amender l'article 178a du code pénal néerlandais en 2001, rendant possible l'engagement de poursuites judiciaires à l'encontre de personnes morales pour des faits de corruption transnationale³ (cf. 1.3).

En décembre 2012, le rapport de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) relatif à la mise en œuvre de la convention de l'OCDE luttant contre la corruption, dénonçait le faible nombre de poursuites judiciaires engagées en matière de corruption transnationale. L'OCDE recommandait à cette occasion que les Pays-Bas réforment le code pénal afin de poursuivre de façon proactive ces infractions, notamment en renforçant le volet de prévention de la corruption. Le rapport invitait également les autorités néerlandaises à affecter des ressources supplémentaires aux services judiciaires en charge des enquêtes et des poursuites, et à mieux cibler les entreprises « boîtes aux lettres » (cf. 2.1), qui ne réalisent pas leurs activités commerciales aux Pays-Bas mais qui y établissent simplement leur siège social pour bénéficier de dispositifs fiscaux avantageux⁴.

En février 2014 est également publié un rapport de la Commission européenne en matière de lutte contre la corruption qui pointe l'absence d'agence spécialement dédiée à la poursuite de ces infractions⁵, contrairement au Royaume-Uni qui dispose du *Serious Fraud Office*. La Commission européenne formule par ailleurs les recommandations suivantes :

- ♦ examiner de manière plus approfondie et systématique le patrimoine et les intérêts des élus et membres du gouvernement afin de prévenir les conflits d'intérêts ;
- ♦ poursuivre également les personnes physiques et les personnes morales en matière de corruption transnationale, notamment en augmentant les ressources dédiées aux services d'enquêtes ;
- ♦ éléver le plafond des sanctions financières pour les personnes morales, ce qui a été réalisé par l'entrée en vigueur d'amendements au code pénal au 1^{er} janvier 2015 (cf. 1.3.3.1).

De plus, le groupe d'étude chargé de la mise en œuvre de la convention des Nations-Unies de lutte contre la corruption a évalué la législation néerlandaise dans un rapport daté de mai 2014. Le rapport salue les dispositions relatives au blanchiment d'argent, mais regrette le peu de poursuites engagées en matière de corruption transnationale.

Ces différentes critiques ont encouragé l'adoption d'amendements au code pénal néerlandais qui sont entrés en vigueur au 1^{er} janvier 2015 (cf. 1.3.1).

Enfin, en 2013, la banque nationale des Pays-Bas (*De Nederlandsche Bank NV, DNB*) a annoncé que la lutte contre la corruption devenait sa priorité dans tous les domaines de régulation qui relèvent de sa compétence⁶.

³ Rapport de suivi de la phase 3 sur la mise en œuvre par les Pays-Bas de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, mai 2015, annexe 2, § « *background* »

⁴ Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par les Pays-Bas de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, décembre 2012

⁵ *Report from the commission to the council and the European parliament – EU Anti-corruption Report, February 2014*

⁶ Cf. <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/White-Collar-Crime/Netherlands/NautaDutilh/Dutch-jurisdiction-over-international-corruption>

Il peut être noté par ailleurs que la législation néerlandaise en matière de lutte contre la corruption est complétée par d'autres dispositions connexes. A ce titre, les lanceurs d'alerte peuvent se référer au *Adviespunt Klokkenluiders*⁷, une instance créée le 1^{er} octobre 2012 chargée d'orienter les lanceurs d'alerte dans leurs démarches pour faciliter l'engagement de poursuites judiciaires. Les Pays-Bas disposent également d'obligations relatives à la conformité (*compliance*⁸), à l'image des Etats-Unis et du Royaume-Uni. Un guide de mise en œuvre de ces obligations a été publié en octobre 2012 par le gouvernement néerlandais à l'intention des entreprises⁹.

1.3. Le code pénal néerlandais permet d'ouvrir des poursuites judiciaires pour des faits de corruption ayant eu lieu sur le territoire national ou à l'étranger

1.3.1. Le code pénal néerlandais incrimine la corruption et étend cette infraction aux agents publics étrangers selon certains critères d'application territoriale

1.3.1.1. *Le code pénal incrimine les cas de corruption passive et active, dans les secteurs public et privé*

L'infraction de corruption transnationale est décrite dans le code pénal néerlandais par les articles suivants, modifiés au 1^{er} janvier 2015 :

- ♦ l'article 177 recouvre la définition de corruption active présente dans le droit pénal français en incriminant le fait de verser ou de promettre un pot-de-vin à un agent public pour qu'il commette un acte illégal ou qu'il manque à ses devoirs en vue d'obtenir un avantage ;
- ♦ l'article 178 incrimine la corruption active d'un juge ;
- ♦ l'article 178a étend les dispositions précédentes aux agents publics à l'étranger ;
- ♦ les articles 362 et 363 incriminent la corruption passive d'un agent public.

L'article 178a a été introduit dans le code pénal néerlandais en 2001 afin de répondre aux exigences de la convention de l'OCDE. Cet article a été modifié au 1^{er} janvier 2015 pour étendre la définition d'un agent public étranger. Désormais les agents publics appartenant à un service public d'un Etat étranger ou d'une organisation de droit international sont considérés comme des agents publics au sens de l'article 177. De la même façon, les juges d'un Etat étranger ou d'une organisation de droit international sont considérés comme des juges au sens de l'article 178¹⁰. Par conséquent, la corruption d'agents publics est incriminée de la même façon, qu'il s'agisse d'un agent public national ou étranger. Cette conception large de l'agent public étranger est assez similaire à celle retenue en droit allemand. De plus, les Pays-Bas reconnaissent la corruption passive à l'image d'autres législations européennes telles que le Royaume-Uni, l'Italie et l'Espagne¹¹.

⁷ Cf. <https://www.adviespuntklokkenluiders.nl/english/>

⁸ La *conformité* (*compliance*) peut être définie comme une action proactive qui vise à organiser et à mettre en œuvre les procédures et moyens nécessaires au respect de la réglementation par l'entreprise.

⁹ Cf. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2012/10/02/erlijk-zakendoen-zonder-corruptie>

¹⁰ « 1. *With regard to Article 177, persons working in the public service of a foreign state or an organization governed by international law are equivalent with public officials. (...) 3. With regard to Article 178, judges state or an organization governed by international law are equivalent to judges* », The Netherlands, Follow-up to the phase 3, report & recommendations, OECD, May 2015, p.8

¹¹ Cf. les annexes relatives au Royaume-Uni, l'Italie et l'Allemagne et la note du ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_fr_dc_2011_corruption_agent.pdf

Bien que la convention de l'OCDE ne traite que des cas d'agents publics étrangers, la législation néerlandaise prévoit des dispositions en la matière relative au secteur privé (article 328ter du code pénal). La distinction entre corruption active et corruption passive présente en droit pénal français y est appliquée pour la corruption privée.

En outre, les « paiements de facilitation » ne sont pas exclus de la législation néerlandaise en matière de lutte contre la corruption transnationale, contrairement à ce que prévoit le *Foreign Corrupt Practices Act* aux Etats-Unis qui les tolère¹². En effet, la loi pénale néerlandaise ne fait aucune distinction entre les types de paiements mis en cause dans les cas de corruption dans les secteurs privé ou public, alors même que l'article 9 de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption autorise les pays à prévoir une telle exception. Néanmoins, l'instruction relative aux enquêtes et aux poursuites concernant les infractions de corruption d'agents publics commises à l'étranger, publiée en 2012 précise que « *le ministère public n'estime cependant pas opportun d'adopter, pour traiter les affaires de corruption d'agents publics étrangers, des règles en matière d'enquêtes et de poursuites plus strictes que celles requises par la convention de l'OCDE. Autrement dit, les actes qui, aux termes de la convention de l'OCDE, sont des « paiements de facilitation » ne feront pas l'objet de poursuites* »¹³. L'instruction indique que les critères suivants sont décisifs pour décider de ne pas engager des poursuites :

- ◆ lorsqu'il s'agit d'actes ou d'omissions que la loi obligeait déjà l'agent public à accomplir. Le paiement ne doit pas fausser la concurrence de quelque manière que ce soit ;
- ◆ lorsqu'il s'agit de petits montants ;
- ◆ lorsqu'il s'agit de paiements à des agents publics subalternes ;
- ◆ le don doit être inscrit dans les comptes de la société de façon transparente et ne doit pas être dissimulé ;
- ◆ l'octroi du don doit se faire à l'initiative de l'agent public étranger.

L'OCDE a critiqué à plusieurs reprises le manque de clarté dans les instructions relatives à l'engagement de poursuites pour les cas de paiements de facilitation¹⁴. Ce constat est renforcé par l'ambiguïté introduite par une annexe du code de conduite du ministère des affaires étrangères néerlandais qui indique que l'existence d'un seul des critères précédemment listés permettrait d'abandonner les poursuites¹⁵. Toutefois, le rapport de l'OCDE en date de mai 2015 souligne que les autorités néerlandaises ont engagé au cours des dernières années des consultations avec la société civile et des représentants d'entreprises privées afin de décourager le recours à ces paiements de facilitation¹⁶.

1.3.1.2. Les critères de rattachement de l'infraction au territoire national sont précisément délimités

Les articles 2, 4, 5,6 et 7 du code pénal néerlandais prévoient les modalités d'application des infractions décrites ci-dessus.

Le droit pénal néerlandais, y compris les infractions relatives à la corruption, s'applique à toute personne, de nationalité néerlandaise ou étrangère, qui commet une infraction sur le territoire national (article 2 du code pénal). Le territoire néerlandais inclut les navires et avions sous pavillon néerlandais (article 3 du code pénal).

¹² Cf. annexe relative à la législation américaine

¹³ Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par les Pays-Bas de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, décembre 2012, p.14

¹⁴ Rapport de phase 2 (2006), rapport de la phase 3 (2012), rapport de suivi de la phase 3 (2015)

¹⁵ Rapport de suivi de la phase 3, mai 2015, p.9

¹⁶ *Idem*

Ce principe de territorialité s'applique dès lors qu'il peut être considéré que l'infraction, ou un élément de celle-ci a été commis sur le territoire national. Ainsi, il peut être considéré que l'action a eu lieu sur le territoire des Pays-Bas, lorsque¹⁷ :

- ♦ les éléments constitutifs de l'infraction se sont physiquement déroulés sur le territoire national (la doctrine de l'élément physique). Par exemple, un contrat signé aux Pays-Bas entre un allemand et un agent public belge, donnant lieu par la suite à un acte de corruption, déclenche la compétence des juridictions néerlandaises¹⁸ ;
- ♦ un moyen permettant de commettre l'infraction a été utilisé sur ou a transité par le territoire national (la doctrine de l'instrument). Par exemple, un appel téléphonique dont l'un des interlocuteurs se trouve aux Pays-Bas lorsqu'il répond, permet de déclencher la compétence des juridictions néerlandaises, quand bien même l'acte de corruption finale aurait lieu dans un pays étranger ;
- ♦ la conséquence directe de l'infraction produit des effets aux Pays-Bas, par exemple lorsque l'acte (ou l'omission) réalisé par la personne ayant perçu le pot-de-vin, fidèlement à la volonté du corrupteur, a des effets aux Pays-Bas.

En ce qui concerne les infractions transnationales pour lesquelles un élément constitutif de l'infraction a eu lieu aux Pays-Bas, mais pas l'intégralité d'entre eux, la Cour Suprême des Pays-Bas admet la compétence des juridictions nationales¹⁹.

Par conséquent, la notion de territorialité de l'infraction est appliquée de façon large. A titre d'exemple, lorsque le pot-de-vin consiste à offrir un voyage aux Pays-Bas, la Cour suprême considère que le corrompu reçoit continuellement le pot-de-vin au cours de son voyage aux Pays-Bas, ce qui lui permet d'appliquer le critère de territorialité de l'infraction²⁰.

Par ailleurs, le droit pénal néerlandais s'applique également aux infractions commises à l'étranger lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- ♦ lorsque l'infraction incriminée par le droit pénal néerlandais constitue aussi une infraction au regard du droit du pays dans lequel elle s'est déroulée. Cette double incrimination doit avoir été reconnue au moment où l'infraction a été commise ;
- ♦ lorsque l'infraction a été commise à l'encontre d'un agent public néerlandais, ou un citoyen néerlandais travaillant pour un service public d'un Etat étranger²¹, ou un agent public travaillant dans une organisation internationale dont le siège est basé aux Pays-Bas (article 4 du code pénal) ; ou lorsque l'infraction a été commise contre un Néerlandais, ou fonctionnaire néerlandais et que les faits sont punissables d'une peine de huit ans (article 5 alinéa 1 du code pénal), étant entendu que l'étranger disposant d'une résidence fixe aux Pays-Bas est considéré comme un néerlandais (article 5 alinéa 2 du code pénal)²². Par conséquent, l'article 5 conditionne l'application de la loi néerlandaise à la nationalité de la victime, au principe de la double incrimination et à la condition qu'une peine de 8 ans de prison soit encourue aux Pays-Bas ;

¹⁷ <http://www.internationallawoffice.com/Directory/NautaDutilh/Rotterdam/Rob-Van-der-Hoeven>

¹⁸ *Idem*

¹⁹ Cour Suprême (Hoge Raad), 30 septembre 1997, NJ 1998/117 et 2 février 2010, NJ 2010/89, cités par : <http://www.internationallawoffice.com/Directory/NautaDutilh/Rotterdam/Rob-Van-der-Hoeven>

²⁰ Cour Suprême (Hoge Raad), 30 mai 2008, NJ 2008/328, *idem* source.

²¹ Cette possibilité a été introduite par un amendement adopté en avril 2010 qui a ajouté la notion d'agent public néerlandais – entendu comme un agent public au service de l'Etat néerlandais – aux côtés de celle de citoyen néerlandais à l'article 4 du code pénal.

²² Enquête réalisée par la direction générale du trésor pour les besoins de la mission auprès des services économiques régionaux.

Annexe VII

- lorsque le corrupteur est un citoyen néerlandais ou une personne morale de droit néerlandais et que l'infraction est punissable par l'Etat où l'infraction s'est déroulée (article 7). Est également entendu comme Néerlandais une personne qui acquiert la nationalité néerlandaise après la commission des faits et l'étranger qui dispose aux Pays-Bas d'un domicile ou d'une résidence fixe (article 7, alinéa 3)²³.

En application de ces dispositions, un Néerlandais travaillant pour une entreprise étrangère qui verserait un pot-de-vin à un agent public dans un pays tiers, pourrait être poursuivi pour des faits de corruption devant les juridictions néerlandaises. De la même façon, une entreprise étrangère pourrait être poursuivie par des juridictions néerlandaises si elle corrompt un agent public d'une ambassade néerlandaise, quand bien même il n'aurait pas la nationalité néerlandaise. En revanche, la corruption passive d'un agent public étranger par un Néerlandais ne peut pas être poursuivie devant des juridictions néerlandaises, à moins qu'il travaille pour une organisation internationale dont le siège est aux Pays-Bas²⁴. Par conséquent, si un agent public étranger accepte un pot-de-vin de la part d'un citoyen néerlandais, ce dernier peut être poursuivi devant les juridictions néerlandaises pour corruption active, mais pas l'agent public étranger pour corruption passive.

La règle de la double incrimination est nuancée à l'article 5 du code pénal qui prévoit une exception pour les infractions commises à l'encontre de l'administration de la Cour pénale internationale²⁵. La règle de la double incrimination ne s'applique pas non plus en matière de corruption passive pour les agents publics d'institutions internationales, quelle que soit leur nationalité (article 6 du code pénal).

En outre, en vertu de l'article 51 du code pénal néerlandais, des poursuites pénales peuvent être engagées à l'encontre d'une personne morale et des personnes physiques qui ont ordonné la commission d'une infraction et qui représentent la personne morale. Il est donc possible de poursuivre l'entreprise, l'administrateur de la société, le salarié qui a commis l'infraction et/ou la personne qui dirige l'entreprise si elle n'est pas la même que l'administrateur de la société. Il peut être noté que les personnes morales enregistrées à Aruba, Curaçao et Sint Maarten peuvent désormais être considérées comme des ressortissants étrangers. En effet, sur les recommandations de l'OCDE, Sint Maarten a adopté un nouveau code pénal en mai 2012 contenant des dispositions relatives à la corruption transnationale. Aruba et Curaçao ont quant à eux modifié leurs codes pénaux en 2011 pour se mettre en conformité avec la convention de l'OCDE²⁶, même s'ils ne font pas partie des signataires.

²³ *Idem*

²⁴ *The Anti-Bribery and Anti-Corruption review*, third edition, chapter on Netherlands, Mark F. Mendelsohn, Law Business Research, 2014, p.196

²⁵ Conformément à l'article 70 du traité de Rome signé le 17 juin 1998

²⁶ Rapport de phase 3, décembre 2012, p.10

Les actes d'une personne physique peuvent aussi engager la responsabilité d'une personne morale, mais il ne s'agit plus d'une condition nécessaire pour engager des poursuites à l'encontre d'une personne morale. En effet, un arrêt de la Cour Suprême néerlandaise a établi en 2003 la responsabilité autonome de la personne morale, sans avoir besoin d'identifier une personne physique détenant l'intention criminelle²⁷. La responsabilité de la personne morale peut être engagée lorsque un ou plusieurs de ses salariés ont commis une infraction pénale et si la personne morale y a consenti en ne mettant pas en œuvre les procédures internes de contrôle nécessaires ou si elle a intégré cette infraction dans ses activités normales²⁸. Par conséquent, on retrouve ici une similitude d'origine jurisprudentielle avec l'infraction du défaut de prévention de la corruption incriminée par le *United Kingdom Bribery Act* de 2010. Dans cette perspective, le rapport de l'OCDE de 2012 souligne que si les Pays-Bas n'ont pas de compétence juridique sur les filiales étrangères d'entreprises néerlandaises, la preuve que l'acte de corruption commis par les filiales était consenti par la maison mère permettrait d'engager des poursuites devant des juridictions nationales²⁹. Néanmoins, il n'y a pas de jurisprudence à ce jour aux Pays-Bas pour préciser les conséquences de cet arrêt de 2003.

1.3.2. Les conditions procédurales de la mise en œuvre des poursuites judiciaires

1.3.2.1. *La police nationale (Rijksrecherche) coordonne et mène les enquêtes tandis que le collège des procureurs décide de l'ouverture des poursuites*

Les entités chargées de faire appliquer le droit pénal en matière de corruption transnationale sont la direction des enquêtes internes de la police nationale néerlandaise (*Rijksrecherche*) et le procureur public national chargé de la corruption (PPNC). L'instruction relative aux compétences et au déploiement des enquêtes internes de la police nationale attribue à la *Rijksrecherche* sa compétence en matière de corruption, que la corruption se soit déroulée sur le territoire national ou à l'étranger³⁰. La police néerlandaise et les services d'informations et d'enquêtes fiscales et économiques (le FIOD-ECD) peuvent également décider d'ouvrir une enquête pour des faits de corruption transnationale s'ils découvrent des preuves au cours d'enquêtes connexes, mais dans les faits la plupart des affaires sont transmises à la *Rijksrecherche*³¹. Un comité de coordination (CCR) est placé sous le contrôle de la *Rijksrecherche*. Il est composé de membres du collège des procureurs généraux, du directeur national du ministère public, du directeur de la *Rijksrecherche* et du PPNC. Lorsqu'un « soupçon concret ³² » de corruption transnationale est décelé, une enquête pénale peut être ouverte.

²⁷ Cour Suprême (Hoge Raad) 21 octobre 2003, NJ 2006/328

²⁸ Rapport de phase 3, décembre 2012, p.18

²⁹ Idem, p.18

³⁰ Rapport de suivi de la phase 3, mai 2015, p.39

³¹ Rapport de la phase 3, décembre 2012, p.26, rapport de suivi de la phase 3, mai 2015, p.39

³² Article 132 du code de procédure pénale

1.3.2.2. Plusieurs critères sont à prendre en compte pour l'engagement des poursuites

Le procureur public national chargé de la corruption (PPNC) est l'entité qui initie les poursuites judiciaires. Le ministère public, dont la direction nationale est représentée par le « collège des procureurs généraux », composé de quatre membres, en charge de la coordination de la politique pénale nationale, a tout pouvoir discrétionnaire de décider qui doit faire l'objet de poursuites³³. En vertu de l'article 167 du code de procédure pénale néerlandais, lorsque le parquet est informé des preuves à charge recueillies, le collège des procureurs généraux instruit l'affaire et décide ou non d'ouvrir des poursuites judiciaires.

Tout d'abord, afin d'engager des poursuites à l'encontre d'une personne physique ou morale en matière de corruption transnationale, l'enquête doit avoir apporté un « soupçon concret » de l'infraction commise, en application de l'article 132 du code de procédure pénale néerlandais.

Outre les preuves suffisantes, les critères à prendre en compte dans la décision d'engager des poursuites judiciaires sont les suivants³⁴, énumérés par l'instruction relative aux enquêtes et aux poursuites en cas de corruption transnationale :

- ◆ l'ampleur soupçonnée de la corruption (sur la base du ratio entre le montant du pot-de-vin et les bénéfices retirés du fait de corruption) ;
- ◆ l'implication ou non d'élus ou de fonctionnaires et leur degré d'influence ;
- ◆ l'évaluation du caractère déloyal que revêt cette corruption au regard de la concurrence ;
- ◆ le caractère récidivant de l'infraction ;
- ◆ le préjudice pour le pays ou gouvernement qui a subi le fait de corruption ;
- ◆ si le fait de corruption a un rapport direct ou indirect avec les dépenses publiques néerlandaises ou les aides au développement ;
- ◆ la probabilité que l'enquête fournit des preuves supplémentaires.

Cette instruction a été amendée en 2011 pour tenir compte des recommandations de l'OCDE qui craignait qu'elle ne soit pas conforme à l'article 5 de la convention de lutte contre la corruption qui interdit que l'ouverture des poursuites soit décidée au regard des intérêts nationaux³⁵. Il peut être ajouté qu'en vertu de l'article 132 du code de procédure pénale, le ministère public peut renoncer à engager des poursuites judiciaires pour des motifs d'ordre public.

L'engagement de poursuites judiciaires à l'encontre des personnes morales est soumis à des facteurs supplémentaires. Ainsi, lorsqu'une personne morale a fait faillite, a cessé d'exister, ou si des poursuites pourraient entraîner des pertes d'emploi ou une faillite, le collège des procureurs généraux peut refuser de les engager³⁶.

Le ministère public peut également renoncer à engager des poursuites judiciaires en cas de mise en œuvre d'une transaction. Définie à l'article 74 du code pénal néerlandais, la transaction (« *transactie* ») peut être proposée par le ministère public et clôture les poursuites, sans l'intervention du juge et sans prendre la forme d'un jugement³⁷ (cf. 1.3.3.2).

³³ Rapport de la phase 3, décembre 2012, p.16

³⁴ Rapport de suivi de la phase 3, mai 2015, p.41

³⁵ Rapport de la phase 3, décembre 2012, p.30

³⁶ Rapport de la phase 3, décembre 2012, p.17

³⁷ Rapport de Transparency International France, Prévenir et combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales – plaidoyer pour la justice transactionnelle, septembre 2015, p.22

1.3.3. Les sanctions prévues par le code pénal en matière de corruption domestique ou transnationale

1.3.3.1. Les sanctions pénales

Les sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques pour des faits de corruption sont les suivantes ³⁸:

- ♦ pour une infraction de corruption active d'un fonctionnaire sont prévues une peine de prison maximale d'une durée de six ans et d'une amende de 82 000 euros ;
- ♦ pour une infraction de corruption active d'un juge sont prévues une peine de prison d'une durée maximale de neuf ans ou une amende de cinquième catégorie ainsi que la privation du droit d'exercer une activité juridique et certains droits civiques si cette infraction est commise dans le cadre de la profession du corrupteur ;
- ♦ pour une infraction de corruption passive d'un fonctionnaire, la peine encourue est de six ans d'emprisonnement ou d'une amende de cinquième catégorie. Ces sanctions peuvent s'élever jusqu'à huit ans d'emprisonnement ou plus si cette infraction est commise en relation avec sa qualité de ministre, secrétaire d'Etat, commissaire du Roi, vice-président ou une autre fonction représentative.

Les sanctions pénales à l'encontre de personnes morales ont été modifiées au 1^{er} janvier 2015 sur recommandation de l'OCDE³⁹. L'article 23 du code pénal a été révisé afin d'augmenter les montants des amendes prévues pour les personnes morales. Désormais, l'amende fixée par le juge peut s'élever jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise, alors que précédemment elle ne pouvait dépasser le montant de 810 000 euros.

A ce jour, aucune sanction pénale à l'encontre de personnes morales n'a été infligée dans des cas de corruption transnationale. Les sanctions financières qui ont été imposées à des entreprises ont été prononcées dans le cadre de règlements extrajudiciaires (cf. suivant).

1.3.3.2. Les sanctions prononcées dans des règlements extrajudiciaires

L'article 74 du code pénal néerlandais permet de conclure une transaction pénale, à l'initiative du ministère public, qui conduit à l'abandon des poursuites judiciaires. Le parquet néerlandais a recours à cette modalité de règlement des affaires pénales de façon extensive en matière de crimes et délits financiers, au point que des objectifs financiers annuels sont fixés. Les transactions ne peuvent pas comporter des peines de prison, mais uniquement des sanctions financières. Cette procédure n'exige pas un aveu de culpabilité. Il s'agit donc d'une forme de classement sous condition, sans recours au juge, qui prohibe l'engagement de poursuites postérieures. Cette possibilité est ouverte pour toutes les infractions punies d'une peine de prison inférieure ou égale à six ans. Ainsi, comme le note le service économique régional de la Haye, la corruption active est exclue du champ d'application de cette modalité⁴⁰

³⁸ Enquête réalisée par la direction générale du trésor pour les besoins de la mission auprès des services économiques régionaux.

³⁹ Rapport de suivi de la phase 3, mai 2015, p.17

⁴⁰ Enquête réalisée par la direction générale du trésor pour les besoins de la mission auprès des services économiques régionaux.

2. Mise en application de la législation anti-corruption aux Pays-Bas

2.1. Intensité d'utilisation de la législation anti-corruption

Les derniers rapports de l'OCDE⁴¹ soulignent que, bien que la législation néerlandaise relative à la lutte contre la corruption transnationale ne présente pas de défaut majeur de transposition de la convention de 1997, les Pays-Bas tardent à exercer leur compétence dans la pratique. Si des règlements extrajudiciaires sont conclus, aucune affaire n'a pour l'instant fait l'objet d'une condamnation pénale.

Tableau 1 : Nombre de personnes physiques et morales sanctionnées selon la méthodologie de l'OCDE⁴², depuis la mise en œuvre de la convention (1999-2014)

	Personnes physiques	Personnes morales	Total
Sanctions pénales en matière de corruption d'agents publics étrangers	0	2 sanctions négociées	2
Sanctions civiles et administratives en matière de corruption d'agents publics étrangers	NC	NC	NC
Total	0	2	2

Source: OCDE, data on enforcement of the Anti-Bribery Convention, 2014 Le rapport de l'OCDE daté de décembre 2012 relève que « *cette tendance à ne pas exercer leur compétence semble particulièrement prononcée quand les allégations concernent une entreprise néerlandaise, mais qu'aucune personne physique néerlandaise n'est impliquée* ⁴³ ». Certes, l'article 4.3 de la convention de l'OCDE prévoit une coopération entre les juridictions de différents pays pour mener les enquêtes et les poursuites dans les cas de corruption transnationale, mais l'OCDE estime que cette disposition ne devrait pas permettre aux Pays-Bas de se retirer des procédures au profit d'autres juridictions, comme ce fut le cas pour l'affaire Philips (cf. Encadré 1 : Philips)

Encadré 1 : Philips, entreprise néerlandaise, a été jugée aux Etats-Unis et non pas par les juridictions néerlandaises

En avril 2013, la *Securities and Exchange Commission (SEC)* américaine a imposé une amende d'un montant de 4.5 M d'euros à Philips, une société de droit néerlandais⁴⁴. L'entreprise était accusée d'avoir versé des pots-de-vin à des agents publics polonais afin d'obtenir des marchés d'équipements médicaux. L'entreprise aurait versé en tout près de 95 000 dollars américains à 16 directeurs d'hôpitaux. La SEC a fondé le paiement de l'amende sur une violation des dispositions du FCPA au titre de versements de paiements frauduleux. Le critère d'application de la législation américaine retenu est celui de la cotation de Philips à la bourse de New-York⁴⁵. Il ne s'agit pas d'une sanction pénale, mais d'une sanction administrative infligée par la SEC (« *cease order* »).

⁴¹ Rapport de la phase 3 (décembre 2012) p.33, rapport de suivi de la phase 3 (mai 2015) p.10

⁴² Les données de l'OCDE comprennent les poursuites pour corruption d'agents publics étrangers ayant abouti à une sanction pénale, administrative ou civile, que ce soit par la voie d'un règlement judiciaire ou extrajudiciaire. En revanche, les données du tableau ne comptabilisent pas les poursuites pour des infractions connexes.

⁴³ Rapport de la phase 3 (décembre 2012), p.33, §89

⁴⁴ *The Anti-Bribery and Anti-Corruption review*, third edition, chapter on Netherlands, Mark F. Mendelsohn, Law Business Research, 2014, p.199

⁴⁵ <https://www.sec.gov/litigation/admin/2013/34-69327.pdf>

En revanche, le ministère public néerlandais a estimé que Philips ne serait pas poursuivi devant les juridictions néerlandaises au motif que le lien de rattachement avec les Pays-Bas était tenu⁴⁶. Une enquête néerlandaise a tout de même été conduite et a conclu qu'aucun salarié de citoyenneté néerlandaise n'était impliqué dans les faits de corruption.

Source : Mission.

Par ailleurs, l'absence de condamnation de personnes physiques peut s'expliquer par l'impossibilité de leur appliquer la procédure transactionnelle (cf. 9).

Le peu de procédures à l'encontre de personnes morales pour des faits de corruption transnationale est d'autant plus inquiétant pour l'OCDE que les Pays-Bas hébergeaient près de 20 000 sociétés « boîtes aux lettres », c'est-à-dire des sociétés enregistrées aux Pays-Bas mais qui n'ont généralement pas de bureau, d'effectif ni d'activité sur le territoire national⁴⁷. Or, en tant que sociétés immatriculées aux Pays-Bas, elles sont considérées comme des personnes morales par les articles 1, 2 et 3 du code civil néerlandais et elles devraient pouvoir faire l'objet de poursuites. Néanmoins, un arrêt de 2011 de la Cour d'Appel relatif à l'affaire des déchets chimiques limite la capacité des juridictions néerlandaises à engager la responsabilité de ces sociétés. Cet arrêt indique que les juridictions des Pays-Bas ne sont pas compétentes pour connaître des faits de corruption lorsque⁴⁸ :

- ♦ tous les faits se sont déroulés en dehors des Pays-Bas ;
- ♦ aucune des personnes concernées n'a la nationalité néerlandaise ;
- ♦ les activités commerciales de la société ont intégralement eu lieu en dehors des Pays-Bas.

Cet arrêt limite donc l'application extraterritoriale des dispositions de lutte contre la corruption transnationale. Le rapport de l'OCDE de 2012 s'inquiète du risque d'impunité de ces sociétés « boîtes aux lettres », mais le rapport de suivi de 2015 indique une amélioration en mentionnant plusieurs enquêtes en cours pour des faits de corruption aux Caraïbes et en Asie⁴⁹.

D'une manière plus générale, la responsabilité des personnes morales est de moins en moins engagée aux Pays-Bas, toutes infractions confondues. En 1995, le nombre de poursuites intentées contre des personnes morales aux Pays-Bas s'élevait à 19 728 et il a chuté à 4 568 en 2011, en tenant compte des règlements extrajudiciaires⁵⁰.

2.2. La lutte contre la corruption transnationale aux Pays-Bas passe exclusivement par des règlements extrajudiciaires à l'heure actuelle

Jusqu'à ce jour, aucune poursuite judiciaire pour corruption transnationale n'a donné lieu à une condamnation pénale aux Pays-Bas. Les personnes physiques et morales soumises à des sanctions financières l'ont été dans le cadre de règlements extrajudiciaires, en application de l'article 74 du code pénal néerlandais.

⁴⁶ Idem, « the role of the Dutch part of the company was « very very small » ».

⁴⁷ Rapport de la phase 3 (décembre 2012), p.19, rapport de suivi de la phase 3 (mai 2015) p.10

⁴⁸ Cour d'Appel de la Haye, K09/0334, cité par le rapport de la phase 3 (décembre 2012), p.34

⁴⁹ Rapport de suivi de la phase 3 (mai 2015) p.10

⁵⁰ Rapport de la phase 3 (décembre 2012), p.17, §34

En 2008, sept entreprises ayant versé des commissions dans le cadre du programme « pétrole contre nourriture » en Irak ont dû payer des amendes au terme d'une procédure transactionnelle. Toutefois, la charge retenue était la violation de sanctions économiques prévues par la loi, et non pas des faits de corruption transnationale⁵¹.

En décembre 2012, l'affaire *Ballast Nedam* s'est conclue par une transaction pénale d'un montant de 5 M d'euros⁵². L'entreprise néerlandaise de construction Ballast Nedam était accusée d'avoir versé des pots-de-vin à des agents publics étrangers entre 1996 et 2004. L'enquête avait apporté des preuves étayant le fait que les dirigeants avaient personnellement bénéficié de ces faits de corruption. Le ministère public a également engagé des poursuites à l'encontre du cabinet KPMG pour avoir procédé à ces versements illégaux. KPMG a versé 7 M d'euros au cours d'une procédure transactionnelle. Les services fiscaux néerlandais ont également exigé que Ballast Nedam leur rétrocède 12,5 M d'euros de déductions fiscales précédemment perçus.

Plus récemment, en novembre 2014, une transaction pénale a été conclue avec la société *SBM Offshore* pour clore des poursuites judiciaires relatives à des faits de corruption d'agents publics au Brésil, Angola et Guinée Equatoriale.

Encadré 2 : L'affaire SBM Offshore

SBM Offshore est une holding de droit néerlandais, créée en 1965 et composée de plusieurs filières dans l'industrie pétrolière et gazière. Une enquête pour des faits de corruption a abouti en novembre 2014 à une transaction aux Pays-Bas. La société était en effet accusée d'avoir versé près de 200 M de dollars en commissions, entre 2007 et 2011, notamment à des agents publics étrangers au Brésil, en Guinée Equatoriale et en Angola. Alors que des allégations de corruption au Brésil persistaient, l'enquête interne à SBM Offshore n'a pas apporté de preuves relatives à des faits sur le territoire brésilien. Les pots-de-vin pouvaient prendre des formes variées telles que le financement d'études supérieures, le règlement de frais médicaux ou encore des voyages pour des agents publics et leurs familles. En Angola, un agent aurait reçu près de 18.8 M de dollars⁵³. La société a accepté de verser 240 M de dollars aux autorités néerlandaises. Si au terme de cette transaction, la personne morale SBM Offshore ne pourra plus faire l'objet de poursuites aux Pays-Bas, les personnes physiques pourraient être inculpées dans d'autres pays étrangers.

Cette transaction illustre la coordination des juridictions entre elles, puisque la réalisation de cette transaction pénale néerlandaise a permis au *Department of Justice (DoJ)* américain d'arrêter les poursuites envers SBM Offshore pour les mêmes faits⁵⁴. Toutefois, en février 2016, la société a annoncé que le *DoJ* avait pris attaché afin de rouvrir l'enquête relative aux mêmes faits de corruption. A ce jour, le *DoJ* n'a pas officiellement communiqué sur ces poursuites mais si elles devaient être confirmées, elles limiteraient la portée de la décision de novembre 2014, qui pouvait s'apparenter à une acceptation du principe de *non bis in idem* en droit international en matière de corruption transnationale par les autorités américaines.

Source: Mission.

⁵¹ Rapport de la phase 3 (décembre 2012), p.23

⁵² *The Anti-Bribery and Anti-Corruption review*, third edition, chapter on Netherlands, Mark F. Mendelsohn, Law Business Research, 2014, p.196

⁵³ <http://www.reuters.com/article/sbm-offshore-settlement-idUSL6N0T218B20141112>

⁵⁴ SBM Offshore pays \$240 million to resolve Dutch bribe allegations, receives DOJ declination : <http://www.fcpablog.com/blog/2014/11/12/sbm-offshore-pays-240-million-to-resolve-dutch-bribe-allegat.html#sthash.kffpgOu2.dpuf>