

# INTRODUCTION

par Antoine GAUDEMET

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas*

*Co-Directeur du Diplôme d'Université de Compliance Officer*

Introduire à la *compliance* n'est pas chose aisée.

La notion a pu être définie comme « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables ».

Manière de dire qu'elle a vocation à concerner toutes les branches du droit de l'entreprise – la lutte contre la corruption, les sanctions économiques, la délinquance financière, la fraude fiscale, le blanchiment d'argent, la responsabilité sociale et environnementale, la protection des données à caractère personnel, etc. – et que tenter de vous en faire une relation exhaustive serait au mieux pénible, au pire inutile ; ce que je ne veux évidemment pas risquer.

Au fond, la *compliance* me paraît être un sujet plus intéressant par les techniques juridiques nouvelles qu'elle introduit que par les branches du droit qu'elle affecte : un sujet plus intéressant sous l'angle du droit « processuel » que sous celui du droit « substantiel » pour parler en universitaire.

C'est donc plutôt sous cet angle – celui du droit « processuel » – que je l'aborderai. En sachant qu'un public composé pour beaucoup de magistrats et d'avocats ne me fera pas reproche de parler de procédure et que j'aurai là le moyen commode de vous entretenir du projet de loi « Sapin 2 » en gestation, qui fait l'actualité de la *compliance*.

Je le ferai sans originalité en vous parlant d'hier, d'aujourd'hui et de demain.

\*

Hier n'est pas une page édifiante pour le droit français, longtemps resté réfractaire à l'idée même de *compliance* et à ce que cette idée implique – importe ? – de changements.

Le constat est particulièrement net en matière de lutte contre la corruption internationale, qui constituera le principal axe de nos travaux. Bien qu'ayant ratifié la convention de l'OCDE dès 1999, la France est restée depuis un mauvais élève de la lutte contre la corruption internationale. Depuis 1999, seules cinq condamnations judiciaires ont été prononcées de ce chef, dont une annulée en appel. Ce qui ne correspond manifestement pas au profil de l'économie française, laquelle figure parmi les plus importantes et mondialisées de l'OCDE.

Comment expliquer cette réticence française à l'idée de *compliance* ?

Les raisons profondes sont, comme souvent, culturelles voire philosophiques.

La philosophie politique américaine place traditionnellement le marché au cœur de ses préoccupations et s'indigne de ce qui peut porter atteinte à son libre fonctionnement : dans la mentalité collective américaine, la corruption est un crime contre le marché, qui en évince les entreprises vertueuses et porte une atteinte directe au pacte social.

La philosophie politique française, pour sa part, accorde davantage d'importance à l'État et lui reconnaît traditionnellement une part d'intervention – « colbertiste » – dans le fonctionnement de l'économie : songez que, jusqu'en 1999, la corruption d'agents publics étrangers était en France, non seulement légale, mais encore déductible fiscalement ; voyez, aujourd'hui encore, combien l'opinion française trouve normal qu'un président de la République en exercice se déplace à l'étranger accompagné de dirigeants d'entreprises pour y glaner des contrats ; et convenez que ce terreau n'est pas le plus favorable pour que l'idée de *compliance* prenne racine.

D'avantage, ces raisons souterraines ont trouvé leur prolongement sur le terrain juridique.

Aux États-Unis, le souci de restaurer au plus vite l'intégrité du marché a conduit à évincer progressivement la figure du procès – qui est long, coûteux et aléatoire pour toutes les parties en présence – et à lui préférer la conclusion de transactions pénales pour sanctionner les manquements des entreprises : en somme, à privilégier la recherche de l'efficacité économique sur l'idéal de vérité judiciaire. Le *deferred prosecution agreement*, ou « accord de poursuite différée », est ainsi devenu le principal vecteur de *compliance* des autorités judiciaires américaines. Sa nature d'accord lui permet de combiner une dimension répressive – avec le prononcé d'une sanction pécuniaire – et une dimension préventive – avec la soumission de l'entreprise sanctionnée à un programme de *compliance* pour l'avenir –, le tout sans emporter de reconnaissance de culpabilité, laquelle pourrait avoir des conséquences irrémédiables pour l'entreprise.

Non pas que le droit français ignore la transaction pénale. Mais il la suspecte traditionnellement de faire obstacle à la manifestation de la vérité et d'autoriser une justice de connivence. De telle sorte qu'il ne lui fait de place qu'à

reculons, dans le « petit pénal » de masse des personnes physiques – dans la délinquance routière et la consommation de stupéfiants par exemple – et qu’il lui attache le plus souvent une reconnaissance de culpabilité, comme dans la justement nommée « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ». Avec pour conséquence que la délinquance économique et financière des entreprises demeure, en droit français, principalement soumise au procès pénal : procès pénal dont on sait pourtant qu’il fonctionne mal parce que la preuve des faits délictueux, généralement mondialisés, y est difficile à rapporter ; et qui, fonctionnant mal, n’incite pas les entreprises à adopter d’elles-mêmes des programmes de *compliance*.

Bref, le droit français est longtemps resté fermé à l’idée de *compliance*, alors que cette idée partout progressait : aux États-Unis, où la *compliance* déborde largement le domaine de la lutte contre la corruption aujourd’hui ; au Royaume-Uni, où le *UK Bribery Act* adopté en 2010 est sous certains aspects plus sévère que la législation américaine puisqu’il a introduit une responsabilité pénale sans faute des entreprises dépourvues de dispositif de prévention de la corruption ; de manière générale, dans la plupart des autres pays occidentaux sous l’influence en particulier de la convention de l’OCDE et de son suivi d’application.

Ce décalage grandissant a progressivement créé les conditions favorables à une application extraterritoriale de certaines lois américaines, à une extension de l’*imperium* des autorités judiciaires américaines, à l’égard en particulier des entreprises françaises. Alcatel-Lucent, Technip, Total, BNP Paribas, Alstom ont été sanctionnées par les autorités américaines, parfois pour des montants très importants. Ce qui a amené ces entreprises à intégrer sous la contrainte les préoccupations de *compliance* et, plus généralement, la nécessité de satisfaire aux lois américaines dans différents domaines. Ce qui a surtout provoqué une prise de conscience des pouvoirs publics français quant à la nécessité de remédier à la situation de fait qui s’était imposée et de lui substituer une situation de droit, un cadre procédural et une législation intégrant les préoccupations de *compliance*, de manière en particulier à contenir l’*imperium* des autorités judiciaires américaines.

Où en est-on parvenu aujourd’hui ?

\*

Sur le plan répressif, le parquet national financier a été installé en 2014. Il a reçu du législateur la mission de conduire une politique pénale « nationale, homogène et cohérente » en matière de délinquance économique et financière, sur les plans national et international. À ce titre, il a compétence en matière de trafic d’influence, de prise illégale d’intérêts, de détournement de fonds publics, de corruption, de fraude fiscale et de délits boursiers. Il dispose de moyens juridiques renforcés : en matière d’enquête, avec la possibilité de recourir à des techniques spéciales d’investigation, de protéger les lanceurs d’alerte et d’obtenir plus aisément des saisies et confiscations à l’étranger ; en matière de

transaction pénale également, d'une certaine manière, puisque la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a été étendue aux délits passibles de dix années d'emprisonnement qui incluent la corruption, la fraude fiscale et le blanchiment d'argent. De telle sorte que le parquet national financier occupe aujourd'hui la place centrale en matière de répression de la délinquance économique et financière et connaît de la plupart des affaires importantes.

Sur le plan préventif en revanche, le *corpus* des obligations de *compliance* reste épars et peu systématisé. Aux deux extrémités du spectre, en quelque sorte, on trouve : la lutte contre le blanchiment d'argent, où les obligations de prévention sont déjà très développées (la lutte contre le terrorisme y est évidemment pour beaucoup) ; et la lutte contre la corruption internationale, où n'existent à l'heure actuelle que des « lignes directrices » du Service central de prévention de la corruption (SCPC), un service de la Chancellerie dépourvu de compétence opérationnelle. Certes, ces lignes directrices sont substantielles : elles concernent tout à la fois l'engagement des dirigeants de l'entreprise (*top management*), l'évaluation et la cartographie des risques, la mise en place d'un programme de *compliance* (en ce compris d'un dispositif d'alerte interne) et d'un contrôle de ce programme, la communication et la formation aux questions de *compliance*. Mais, comme leur nom l'indique, ces « lignes directrices » n'ont pas valeur d'obligation et le SCPC ne peut en contrôler, encore moins en sanctionner, l'application.

Ceci pourrait toutefois changer demain.

\*

Demain, c'est la loi « Sapin 2 » qui pourra peut-être constituer le texte fondateur qui fait encore défaut aux obligations de *compliance* en droit français.

Selon toute vraisemblance, cette loi créera, à la place du SCPC, une Agence de lutte contre la corruption placée sous l'autorité conjointe du garde des Sceaux et du ministre en charge des finances et dotée de pouvoirs de communication, de vérification, de contrôle, d'avis, de recommandation et même de sanction.

Elle introduira, à la place ou à l'aplomb des actuelles lignes directrices du SCPC, une authentique obligation légale de prévention contre les risques de corruption à la charge des entreprises de taille significative, c'est-à-dire de plus de 500 salariés et 100 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel. Obligation qui n'existe pas même en droit américain à l'heure actuelle. Et qui se traduira concrètement par la mise en place obligatoire dans les entreprises concernées de programmes de conformité comportant : un code de bonne conduite désignant les types de comportement à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ; un dispositif d'alerte interne ; une cartographie des risques ; des procédures d'évaluation des « tierces parties » (clients, fournisseurs et intermédiaires) ; des procédures de contrôle comptable ; un dispositif de formation ; enfin un régime de sanction disciplinaire.

Les manquements à cette obligation seront sanctionnés, et même possiblement doublement sanctionnés : d'une part, par l'Agence de lutte contre la corruption dans l'exercice de son pouvoir de sanction administrative ; d'autre part, pénalement par le prononcé à l'encontre des entreprises reconnues coupables de faits de corruption d'une peine de « mise en conformité » – qui surprend dans la mesure où elle fera de la mise en place d'un programme de conformité une peine là où, dans la logique de la *compliance*, la mise en place préalable d'un tel programme devrait au contraire venir en réduction de la peine prononcée du chef de corruption.

Quoi qu'il en soit, de cette manière, la notion même de *compliance* sera inscrite dans la loi sous le nom de « conformité ». Et il est probable que le programme de conformité deviendra progressivement l'élément central, matriciel, dans lequel viendront se loger la plupart des autres obligations de *compliance*, au-delà de la seule lutte contre la corruption.

Reste que ceci ne sera probablement pas suffisant pour contenir l'*imperium* des autorités judiciaires américaines, si le parquet national financier n'est pas investi d'un instrument de transaction pénale comparable au *deferred prosecution agreement* de droit américain.

Et c'est là que se concentre la difficulté.

La transaction pénale, parce qu'elle est étrangère à la culture juridique française, soulève en effet des objections connues de constitutionnalité – liberté de consentement, homologation de l'autorité de jugement, respect des droits de la défense, etc. –, dont il était prévisible qu'elles seraient pointées par le Conseil d'État saisi pour avis du projet de loi « Sapin 2 ». Ce qui a donné lieu à une sorte de pas de deux politique, le ministre en charge des finances retranchant la transaction pénale de son projet de loi sur l'avis défavorable du Conseil d'État, tout en favorisant son retour dans la coulisse par voie d'amendement parlementaire.

À l'heure où nous parlons, c'est donc un amendement parlementaire qui prévoit d'introduire une « convention judiciaire d'intérêt public » parmi les mesures alternatives aux poursuites du code de procédure pénale. La convention pourra être proposée par le procureur, avant la mise en mouvement de l'action publique, aux entreprises mises en cause pour des faits de corruption ou de trafic d'influence, internes ou internationaux. Elle comportera la reconnaissance matérielle de ces faits, une sanction pécuniaire au plus égale à 30 % du chiffre d'affaires annuel moyen des trois dernières années et la peine de mise en conformité, exécutée sous le contrôle de l'Agence de lutte contre la corruption. Elle sera homologuée en audience publique par le président du Tribunal de grande instance, chargé en particulier de s'assurer que la sanction pécuniaire proposée sera proportionnée à la gravité des faits reconnus et de parer ainsi au reproche de connivence porté aux accords de transaction pénale. À la différence de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité,

le jugement d'homologation ne vaudra pas déclaration de culpabilité pénale. Il pourra statuer en revanche sur les intérêts civils lorsque les victimes des faits reconnus seront identifiées à ce stade de la procédure.

Cette convention sera sans doute seule à même de convaincre que la France est entrée dans le monde nouveau de la *compliance* et, ce faisant, de nature à dissuader les autorités judiciaires américaines d'exercer leur compétence extraterritoriale. C'est l'avantage final qui en est attendu, en particulier par les grandes entreprises françaises qui militent ouvertement pour la convention judiciaire d'intérêt public. Cet avantage n'est pas assuré : il dépendra de la vigueur avec laquelle le parquet national financier se saisira de la convention judiciaire d'intérêt public et de l'importance des sanctions pécuniaires qu'il appliquera dans ce cadre. Mais il est probable : il s'est réalisé déjà dans une affaire SBM Offshore où, le Bureau du procureur public néerlandais ayant conclu un accord de transaction pénale d'un montant de 240 millions d'euros avec une société pétrolière, le *Department of Justice* américain a fait connaître son intention de ne pas poursuivre la société en cause.

Ceci ouvrira peut-être progressivement la voie à une coopération internationale en matière de délinquance économique et financière mondialisée. Mais cette coopération devra passer juridiquement par une reconnaissance internationale du principe *ne bis in idem*, appliqué de surcroît aux accords de transaction pénale, et une répartition internationale de la compétence des autorités de poursuite à l'égard des entreprises mises en cause.

Et là, ce n'est plus de demain, mais d'après-demain dont il s'agit et, n'étant pas convaincu d'être un bon auteur de science-fiction, je préfère céder la parole à de plus visionnaires.