

Corégulation, entreprises - Agence française anticorruption

À quoi sert l'Agence française anticorruption ?

Par Brigitte PEREIRA

Professeur de droit et de responsabilité sociale des entreprises, HDR, sciences de gestion, EM NORMANDIE-Laboratoire METIS

Cette étude vise à montrer la spécificité de la corégulation État-entreprises qui existe dans la lutte préventive contre la corruption depuis la loi Sapin 2. En effet, l'Agence française anticorruption (AFA) a été créée lors des affaires Alstom et Airbus. Ainsi, l'AFA permet aux entreprises françaises de ne plus tomber directement sous le coup d'enquêtes menées par des autorités étrangères (en particulier aux États-Unis). Sur ce point, cette corégulation permet de servir l'intérêt général de lutte contre la corruption en protégeant les entreprises qui n'ont plus à transmettre automatiquement des informations stratégiques aux autorités étrangères. Toutefois, cette corégulation est multiforme, parce qu'elle comprend à la fois des obligations de mise en conformité et une coopération avec l'État, sans que le risque du procès pénal soit définitivement écarté pour les entreprises, mais aussi pour les salariés.

Phénomène universel (Kaleski, 2018 ; Cutajar, 2012), la corruption est multidimensionnelle et implique de nombreuses institutions publiques et acteurs économiques. Représentant jusqu'à 2 % de la richesse mondiale, les pots-de-vin versés et découverts sont chiffrés entre 1 500 et 2 000 milliards de dollars par an (rapport du FMI, 2018 ; Mauro, Medas & Fournier, 2019). Les entreprises sont directement concernées par l'acquisition de nouveaux marchés par l'entremise d'agents publics nationaux, étrangers, ou par l'entremise d'autres organisations publiques ou privées (Hunault, 2017). Ainsi, on comprend pour quelle raison les institutions internationales se sont saisies du problème. En effet, on cite notamment la convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales ; la convention du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 et la convention des Nations unies contre la corruption dite Convention de Merida du 31 octobre 2003, cette dernière jouant un rôle majeur en invitant les États à ériger en infraction les atteintes à la probité dans les transactions commerciales (Pereira, 2008).

« Corruption » vient du latin *corrumpere* qui signifie « briser complètement, détériorer » (*Dictionnaire d'étymologie*, Le Robert, 2015). Il s'agit d'une perversion ou d'un détournement d'un processus entre une ou plusieurs personnes dans le dessein, pour le corrupteur, d'obtenir des avantages particuliers ou, pour le corrompu, d'obtenir une rétribution en échange d'un acte relevant de sa fonction. Les atteintes à la probité

sont visées par la loi pénale prévoyant des sanctions importantes (articles 432-11, 445-1 et 445-2 du code pénal).

Cependant, l'accroissement de la répression ne joue qu'un rôle limité face au caractère transnational de la corruption (Cutajar, 2012). D'abord, chaque État dispose de ses propres définitions d'atteinte à la probité en dépit de la ratification des conventions internationales (Moreaux, 2019). Ensuite, il en résulte des conflits de lois sur la localisation de l'acte de corruption. Dès lors, la lutte contre la corruption a été développée sur le plan préventif.

La lutte préventive contre la corruption consiste alors à se placer en amont de toute atteinte à la probité. Cette démarche concerne les acteurs publics et privés, et consécutivement les entreprises. Cela signifie que l'on assiste à l'extension des contrôles du respect des règles de vigilance. Il s'agit de l'adoption de normes de *compliance* en matière de corruption.

Emprunté à la langue anglaise, le terme "*compliance*" (Morton 2005) ne trouve pas d'équivalent exact dans le vocabulaire français (Breen, 2019). Toutefois, la *compliance* correspond au processus par lequel les acteurs économiques insèrent leurs actions dans une démarche de conformité aux règles de toute nature, externes (supra-étatiques, étatiques, locales, professionnelles, coutumières) et internes à l'entreprise, et d'éthique, en vue de prévenir les risques liés aux violations de ces règles (Debat, 2014 ; Gaudemet, 2018).

Ce sont ces normes et leurs incidences sur le terrain des entreprises qui interrogent aujourd'hui et qui constituent l'objet de cette étude : les entreprises ayant développé l'autorégulation tendent à adopter une forme de corégulation avec l'autorité étatique dans la lutte contre la corruption (affaire HSBC, Société Générale, Faurecia, Alstom, Airbus).

En France, cette démarche a été récemment intégrée par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, qui consacre de manière étendue l'obligation pour les entreprises d'une certaine taille de mettre en place un programme de mise en conformité aux normes anticorruption (Ambrosio, 2019). Cette loi vise les administrations de l'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte, les associations, les fondations, et les entreprises qui emploient plus de 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros (environ 1 600 entreprises, Transparency International France, rapport 2017). Ce sont ces dernières qui intéressent notre étude et la pratique des nouvelles normes de 2017 à 2020.

En effet, cette nouvelle législation, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2017, doit être contextualisée tant elle concerne la corruption dans sa dimension mondiale. En visant à développer l'un des meilleurs standards européens et internationaux en matière de lutte contre la corruption, cette loi constitue une réponse au problème de l'extraterritorialité des normes, en particulier américaines. En effet, le "Foreign Corrupt Practices Act" ou FCPA américain de 1977 permet des poursuites des entreprises ayant un lien même indirect avec leur territoire à partir du moment où des suspicions de corruption existent (Berger, 2016). Ces normes ont des effets extraterritoriaux et concernent toutes les entreprises quelle que soit leur implantation. Or, les enquêtes pour corruption peuvent aussi conduire à la fragilisation de ces entreprises, ces dernières étant contraintes de coopérer au sein de ces enquêtes sous peine de poursuites pénales plus importantes : en coopérant avec les autorités judiciaires étrangères, les amendes transactionnelles, que les entreprises versent pour ne pas être poursuivies, sont très étendues ; le risque de divulgation d'informations confidentielles est prégnant dans un contexte concurrentiel exacerbé entre les acteurs économiques.

Ainsi, à la suite des affaires Alstom et Airbus, la loi Sapin 2 crée l'Agence française anticorruption placée sous l'autorité du ministère de la Justice et du ministère du Budget. Elle a pour rôle d'accompagner les entreprises dans la mise en place d'un plan de prévention contre la corruption, notamment par le développement de la cartographie des risques et du contrôle des liens que l'entreprise peut avoir avec les fournisseurs, les sous-traitants et les clients. Mais cette agence anticorruption a aussi pour mission d'enquêter et de sanctionner les actes de non-conformité commis par les mêmes entreprises. Dès lors, on constate le développement de nouveaux risques qui pèsent sur les entreprises : en coopérant avec l'autorité publique et en participant à cette forme de corégulation, ces

entreprises encourent le risque de nouvelles poursuites (Flam, 2018). En cherchant à limiter ou nuancer les risques de poursuite par les autorités étrangères, la norme nationale anticorruption soutient les entreprises dans la démarche d'une corégulation, sans que celles-ci ne disposent de la garantie de ne pas être poursuivies à la fois par les autorités étrangères et par l'autorité nationale.

Dès lors, cette étude vise à comprendre la particularité de la corégulation en matière de lutte contre la corruption. Le concept de corégulation est protéiforme. Il est exprimé notamment à travers l'accompagnement des entreprises par l'Agence française anticorruption dans la mise en place des programmes de conformité. Mais il l'est davantage lorsque l'on envisage la mission de l'AFA qui protège les informations stratégiques des entreprises, sans pour autant garantir une absence de poursuite et de condamnation de celles-ci et de leurs parties prenantes.

La dimension protéiforme de la corégulation

Il n'existe pas de définition spécifique et univoque de la corégulation (Hennebel et Lewkowicz, 2007). Ce concept comporte une dimension polysémique (Igalens, 2013). Ainsi, la corégulation comporte différentes significations (Freeman, 1997 ; Frydman, 1999) et corrélativement une dimension multiforme. Selon l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (Parlement européen, 16 décembre 2003), conclu entre la Commission, le Parlement et le Conseil, la corégulation doit être vue comme étant « le moyen par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) ». Selon le Comité économique et social européen (CESE), « on entend généralement par corégulation une forme de régulation des intéressés (parties prenantes) encouragée, orientée, dirigée ou contrôlée par une entité tierce, qui peut être un organisme officiel ou une entité de réglementation indépendante, normalement dotée de pouvoirs de supervision, de contrôle et, dans certains cas, de sanction » (point 3.4. avis CESE du 22 avril 2015). Il y aurait corégulation lorsque les pouvoirs publics fixent des exigences essentielles, puis laissent aux acteurs privés concernés le soin d'établir leurs cadres normatifs dans le respect de ces exigences. Cela suppose que la corégulation implique un acte public positif de base, plus ou moins contraignant, et corrélativement des actes privés, ces actes pouvant interférer par la suite. Il s'agirait dans ce cas d'une autorégulation encadrée ou dirigée (Barraud, 2018).

La corégulation est alors présentée comme un mode intermédiaire entre régulation publique et autorégulation (Foegle, 2017 ; Barraud, 2018). Elle peut consister à déléguer la régulation étatique à des organisations privées (Balleisen et Eisner, 2009) ou encore à développer une coopération ou un partage de la

régulation entre des acteurs de sources distinctes (autorité publique, société civile ou acteurs économiques ; Albareda, 2008 ; Foegle, 2017). Il s'agit alors d'une corégulation par les acteurs. Si sur le plan étymologique, la corégulation vise le « réguler ensemble » (Igalens, 2013), elle désigne la situation dans laquelle les actes de régulation sont imputables à certains acteurs comme les pouvoirs publics, et aux organisations privées destinataires des normes.

Néanmoins, cela semble réducteur, parce la corégulation peut aussi être matérialisée par les outils (Gunningham et Sinclair, 1999 ; Le Gales, 2004). Selon Gunningham et Sinclair, cinq mécanismes de gouvernance peuvent être combinés : la réglementation émanant des autorités publiques ; les mécanismes d'incitation que l'on retrouve notamment en matière environnementale ; l'autorégulation ; le volontarisme et l'information. La corégulation par les outils consiste à façonner ou orienter le comportement des acteurs en agissant sur l'environnement (Le Gales, 2004). Dès lors, si un outil de régulation consacré se révèle inefficace, un autre plus contraignant pourra être adopté (Lewkowicz et Hennebel, 2007).

Cependant, la corégulation ne peut pas toujours être classée soit par les acteurs, soit par les outils. Elle peut être hybride (Sachet-Milliat et Igalens, 2019) et comprendre les deux, ce qui rend compte de sa dimension protéiforme (Seffar et Benyekhlef, 2006 ; Igalens, 2013). Toute la question est d'appréhender le degré d'engagement des acteurs publics et des acteurs privés, d'autant qu'il y a « autant de formes de corégulation que d'auteurs et d'institutions s'y intéressant » (Barraud, 2018, p. 93). Du côté des instruments, on cite trois types de sources : les sources privées indépendantes de l'autorité étatique ; les sources privées acceptées *a posteriori* par l'État et l'inspirant même dans l'élaboration de la loi ; les sources privées encouragées par l'État (Van De Kerchove, 2005).

Or, dans le domaine de la lutte préventive contre la corruption, la corégulation hybride comprend les acteurs publics comme l'Agence française anticorruption (AFA), les autorités de poursuite nationale et étrangères, et les entreprises ; elle comprend aussi les outils ou normes de *compliance* ou de conformité adoptés librement par les entreprises et contrôlés par les autorités.

Certes, le développement de la *compliance* est présenté comme essentiellement volontaire au sein des entreprises, celles-ci y trouvant un intérêt notamment dans le développement de leur image (Belcher, 1995 ; Schwartz, 2001 ; Frenkel et Duncan, 2002 ; Delmas et Keller, 2005 ; Morton, 2005 ; Bagley, 2006 ; Michaelson, 2006). Toutefois, les pressions externes, qu'elles émanent des autorités étatiques, des partenaires commerciaux ou de la population civile, conduisent les entreprises à adopter les normes de mise en conformité : l'intégration de ces normes est alors fortement incitée (Juvin, 2005). En réalité, l'État recherche une forme de relais en s'adressant aux entreprises d'une certaine taille pour étendre « une police des activités économiques » (Gaudemet, 2018, p. 8). Il peut aussi s'agir de « l'expression de la volonté des pouvoirs

publics d'imposer des règles dont ils n'ont pas la force d'assurer l'effectivité » compte tenu du développement transnational des entreprises (Frison-Roche, 2016, p. 1871). Nous sommes donc en présence d'une véritable corégulation entreprises-État, celle-ci étant destinée à enrayer le fléau de la corruption. Les entreprises sont à la fois sujets de la *compliance*, parce qu'elles y sont soumises, et également un acteur de celle-ci, parce qu'il leur est fait injonction d'organiser en leur sein un dispositif de transparence et de vigilance propre à réduire le risque de corruption.

Ainsi, la loi Sapin 2 enjoint les grandes entreprises concernées de mettre en place huit obligations importantes (article 17 de la loi Sapin 2). Le cadre légal est ici contraignant, parce que l'obligation de conformité anticorruption des entreprises est édictée sous peine de sanction pénale. Il s'agit d'adopter un code de conduite, celui-ci devant être intégré au règlement intérieur de l'entreprise pour lui conférer un caractère contraignant ; de mettre en œuvre un dispositif d'alerte interne ; d'établir une cartographie des risques afin de connaître les risques de sollicitations externes ; de mettre en œuvre une procédure d'évaluation de la situation des clients, des fournisseurs de premier rang et des intermédiaires (appelés les tiers) ; de réaliser des contrôles comptables internes ou externes ; de dispenser une formation aux cadres de la société ainsi qu'aux personnels les plus exposés au risque de corruption ; d'instaurer un système de sanctions disciplinaires et enfin de mettre en place un dispositif d'évaluation interne de l'ensemble des mesures prises. Si ces huit obligations s'imposent aux entreprises, elles disposent de la liberté de choix des moyens pour les mettre en œuvre.

Cette liberté est néanmoins très encadrée. En effet, par exemple, l'obligation faite aux grandes entreprises d'évaluer tous leurs partenaires revient à imposer les obligations de transparence à ces derniers quelle que soit leur taille. Dès lors, l'évaluation des sous-traitants, des fournisseurs et des intermédiaires avec lesquels l'entreprise est ou entre en relation a pour effet d'élargir le périmètre d'application de la loi Sapin 2 à ces partenaires évalués, même de moindre taille (rapport AFA, 2018). Ce périmètre est d'autant plus élargi que la loi Sapin 2 impose aussi la mise en place d'un système d'alerte interne aux entreprises comportant au moins 50 salariés (article 17-II-2° de la loi Sapin 2). Or, l'obligation de mettre en place un système d'alerte interne conduit nécessairement ces entreprises de moindre taille (sous-traitantes et fournisseurs) à consacrer un code de conduite.

Pour ce faire, l'Agence française anticorruption exerce une mission d'accompagnement dans la mise en place du programme de conformité anticorruption. Ainsi, l'AFA a émis des supports pédagogiques à l'attention des acteurs économiques ; a développé des actions de formation et répondu aux questions des entreprises ; a donné suite favorablement à des demandes d'accompagnement individuel pour une meilleure intégration des programmes de prévention de la corruption (rapport de l'AFA, 2018).

On relève que ce système de corégulation comporte plusieurs facettes : obligation de conformité d'ordre public ; extension de la conformité aux partenaires commerciaux de l'entreprise ; liberté de mise en œuvre ; accompagnement dans la mise en place du programme de conformité et surveillance de celui-ci. Cette corégulation est par ailleurs utile, parce qu'elle rend plus efficaces les moyens de lutte contre la corruption.

L'utilité de ce type de régulation par l'interférence des rapports AFA-entreprises est encore plus évidente sur le plan international, lorsque l'entreprise suspectée de corruption est à la fois visée par des enquêtes étrangère(s) et nationale(s).

La protection des informations stratégiques de l'entreprise

La multiplication des législations de lutte contre la corruption, qui imposent aux entreprises d'adopter des procédures de conformité, doit être regardée dans le contexte international. Il existe de nombreuses lois ayant une portée extraterritoriale. Cela signifie qu'une norme étatique peut concerner les entreprises qui ne sont pas nécessairement implantées dans l'État intéressé (Berger, 2016 ; rapport de l'OCDE, 2017). Les États ayant développé des lois à portée extraterritoriale sont notamment le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, la Chine, la Russie ou les États-Unis (Achon, Trottmann & Lieffroy, 2016). Mais c'est sur le modèle américain du "Foreign Corrupt Practices Act" (FCPA) que ces dernières législations ont été développées. Or, la conception extensive de l'extraterritorialité fait courir un risque majeur aux entreprises. Dès l'instant où l'entreprise utilise le dollar ou des moyens de communication transitant par les États-Unis, les poursuites judiciaires à l'encontre de l'entreprise sont possibles. Dans un tel contexte, les dérives sont susceptibles de se produire, parce qu'en menant des enquêtes les autorités américaines sollicitent la coopération de l'entreprise suspectée. Afin d'éviter le procès pénal et sa durée pouvant considérablement atteindre son image, l'entreprise est conduite à coopérer avec les autorités d'enquête en fournissant des informations sensibles et confidentielles (Gauvain, 2019). Il s'agit de la procédure de "discovery", qui contraint les entreprises à fournir d'importants documents, à coopérer sans réserve avec la justice américaine et à mettre en place des programmes de *compliance* (Breen, 2017 ; Flam, 2018).

Les enquêtes américaines ont ainsi été rendues possibles sur la base d'un appel téléphonique ou d'un message électronique envoyé depuis ou vers le territoire américain (Leblanc-Wohrer, 2018). Les exemples d'Alstom et d'Airbus montrent que les entreprises peuvent se retrouver affaiblies par l'ouverture d'enquêtes et par le paiement de fortes amendes (Quatrepoint, 2015 ; D'ambrosio, 2019). Outre le risque d'atteinte à la réputation, celui des poursuites pénales contre les dirigeants aboutit à la communication de documents confidentiels. En effet, les dossiers du Département de la Justice américaine (DoJ) sont

documentés à partir de la récolte d'informations recueillies par l'unité spéciale du FBI chargé de la corruption internationale et par des agences de renseignements (NSA et CIA). Il peut alors exister une volonté de « valoriser une puissance économique en faisant du droit une politique étrangère des intérêts économiques » (rapport de l'Assemblée nationale, 2016, p. 78).

On comprend alors pour quelle raison la loi Sapin 2 constitue une certaine réponse à la problématique de l'extraterritorialité des normes anticorruption. En créant un des standards internationaux de lutte contre la corruption, la loi Sapin 2 consacre aussi une compétence extraterritoriale. Cette démarche pourrait contribuer à améliorer la position de la France sur l'indice de corruption de Transparency International (23^e sur 180 ; classement 2019, IPC Transparency International). En effet, la norme française est compétente lorsque la victime ou l'auteur de la corruption est français (personne physique ou entreprise-personne morale) ; ou lorsque l'infraction a été commise partiellement en France quelle que soit la nationalité de l'entreprise. Il est alors possible pour l'entreprise de transiger avec l'AFA par le biais d'une transaction appelée : convention judiciaire d'intérêt public.

La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) constitue une forme de transaction pénale entre l'entreprise et l'État (procureur national financier, PNF) lorsque celle-ci est suspectée de faits de corruption. Elle constitue une voie alternative au procès pénal long, coûteux et dommageable pour l'entreprise sur le plan de sa réputation. À l'image du *deferred prosecution agreement* américain, l'entreprise s'acquitte d'une amende en évitant le procès et des condamnations plus sévères. Cette transaction suppose une coopération de l'entreprise avec l'autorité pour l'obtention des preuves de la corruption (article 22 de la loi Sapin 2).

Concrètement, tant que l'action publique n'a pas été déclenchée par le procureur de la République (PNF), la CJIP peut être proposée par ce dernier à l'entreprise suspectée. Cette proposition peut donc être effectuée à l'issue d'une enquête préliminaire ou encore lors d'une information judiciaire pour corruption. Afin d'éviter le procès devant le tribunal judiciaire, la personne morale doit reconnaître les faits et accepter la qualification pénale retenue. Il peut s'agir de faits de corruption, mais également des infractions connexes comme le trafic d'influence, le blanchiment, et la fraude fiscale (depuis la loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude). Pour que cette transaction aboutisse, elle requiert la coopération de l'entreprise à ses frais avec les autorités de poursuite.

L'entreprise s'acquittera alors d'une amende d'intérêt public auprès du Trésor public. Le montant de l'amende est déterminé proportionnellement aux avantages tirés des atteintes à la probité. Toutefois, cette amende ne peut pas dépasser 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels. Cette CJIP comprend en outre l'obligation pour l'entreprise de se soumettre à un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA pour une durée de 3 ans. Si la victime de l'atteinte à la probité est identifiée, l'entreprise devra réparer les dommages

causés dans le délai d'un an. Enfin, si l'entreprise donne son accord sur l'ensemble des mesures proposées, la CJIP doit faire l'objet d'une validation par le président du tribunal judiciaire.

La validation de la CJIP comporte un avantage pour l'entreprise. S'agissant d'une transaction, aucune déclaration de culpabilité pour corruption ne sera prononcée. Il ne s'agit pas d'un jugement de condamnation impliquant une inscription au casier judiciaire (Breen, 2019). La CJIP fait en revanche l'objet d'un communiqué de presse et est publiée sur le site de l'AFA. Ce nouveau dispositif présente des avantages pour l'entreprise, parce que cette dernière échappe aux peines de confiscation du produit de la corruption, de même qu'à l'interdiction d'exercer certaines activités. Par ailleurs, elle peut poursuivre normalement ses activités sans être écartée des marchés publics nationaux et étrangers (Krouti et Dufourq, 2020).

En consacrant ce dispositif, les autorités nationales étrangères et françaises sont amenées à coopérer sur les enquêtes pour défaut de conformité des entreprises, ce qui constitue le moyen de protéger les informations stratégiques des entreprises. En effet, l'AFA joue le rôle de filtrage des informations à délivrer aux autorités étrangères (Dufourgle, 2020).

Ainsi, par exemple, dans l'affaire Airbus, trois enquêtes ont été ouvertes particulièrement pour corruption d'agents publics étrangers : étaient concernées les autorités américaines, britanniques et françaises. Les faits concernent des rémunérations d'intermédiaires commerciaux qui devaient assister l'entreprise Airbus dans ses négociations commerciales avec ses clients étatiques et privés. Cette gestion d'intermédiaires avait été confiée à un service "Strategy and Marketing Organization" (SMO) au sein de la société Airbus depuis 2008. En dépit d'une ligne directrice qui prévoyait qu'aucune rémunération supérieure à 15 millions de dollars ne pouvait être versée aux intermédiaires, les investigations ont montré que, dans plusieurs cas et dans plusieurs pays, des rémunérations bien plus importantes ont été promises à des intermédiaires et versées par plusieurs moyens détournés, sans qu'il soit possible de connaître avec exactitude la nature et le contenu des services que ces intermédiaires avaient réellement rendus à Airbus (Dufourgle, 2020).

L'enquête pour corruption a été coordonnée par l'Agence française anticorruption, le Department of Justice américain (DoJ) et l'autorité britannique Serious Fraud Office (SFO). La pertinence des informations données par Airbus dans le cadre de cette enquête a été analysée par l'AFA. La coopération de la société Airbus SE à cette enquête a abouti à un accord en janvier 2020, soit une amende de plus de 3 milliards d'euros répartie entre les trois États, Royaume-Uni, États-Unis et France. Le fait d'avoir consacré les possibilités de contrôle des programmes de *compliance* en France par l'AFA permet de poursuivre les faits de corruption, en répondant aux impératifs internationaux, et en préservant les intérêts des entreprises susceptibles d'être condamnées par les autorités étrangères (CJIP, n°PNF 16 159 000 839 du 29 janvier 2020). Cette démarche doit aussi être

comprise à travers la loi dite de blocage du 26 juillet 1968 qui permet à l'État de ne communiquer que les informations économiques, industrielles et financières indispensables dans le cadre d'une coopération inter-étatique. Il s'agit en réalité de contrôler la transmission des données entre la France et les autres États. Or, les entreprises françaises ont sollicité son renforcement (Kaleski, 2018), en conférant à l'AFA le pouvoir de filtrer les informations à communiquer lors des enquêtes (Krouti et Dufourq, 2019).

Depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, dix CJIP ont été validées dont six concernent la corruption d'agents publics étrangers (voir Tableau page 34). Mais les cas de coopération entre plusieurs autorités étrangères et l'autorité nationale sont peu nombreux compte tenu de cette construction récente et progressive de la corégulation AFA-entreprises : on en cite deux. Outre le cas d'Airbus, on peut citer celui de la Société Générale (2018) qui a conclu une CJIP de 250 millions d'euros. Cette CJIP ayant été le résultat d'une coopération de l'entreprise avec l'AFA, mais également avec le département de justice américaine (DoJ). Les avantages pour l'entreprise consistent à éviter les procès pénaux dans plusieurs pays à la fois.

Cette évolution tend alors à renforcer la corégulation entreprises-États sur le plan mondial. Dès lors, la corégulation entreprises-AFA prend tout son sens, parce qu'elle permet aux entreprises de ne pas être soumises à une enquête menée par une seule autorité étatique, avec le risque de la captation d'informations stratégiques.

Les risques de la coopération entreprises-AFA

Avec la mise en place du dispositif de la loi Sapin 2, de nouveaux risques apparaissent à la fois pour l'entreprise et les salariés.

Pour les entreprises

La coopération entreprises-AFA destinée à éviter le procès pénal ne l'exclut pas pour autant.

Le niveau de coopération de l'entreprise avec l'autorité est alors une condition *sine qua non* pour recourir à la CJIP. Il est effectivement précisé que la qualité de la coopération détermine l'acceptation ou non de la CJIP. Or, cette coopération sollicitée auprès de l'entreprise consiste pour elle à procéder à une enquête interne. Il s'agit en réalité de la délégation de l'enquête judiciaire à l'entreprise, cette dernière procédant elle-même à la recherche des preuves en s'aidant de cabinets d'audit et de conseils (D'Ambrosio, 2019 ; Moreaux, 2019). Les résultats de cette enquête doivent être communiqués à l'autorité judiciaire : il s'agit des éléments destinés à prouver les faits de corruption et à identifier les responsables au sein de l'entreprise. Il en ressort que c'est à l'entreprise de concourir à la manifestation de la vérité, rôle en principe dévolu à l'autorité judiciaire.

Cette coopération dans la recherche des preuves des faits de corruption par l'entreprise elle-même correspond à une forme d'auto-incrimination : la corégulation

Tableau de synthèse

Entreprise, lieu et date de la validation de la CJIP	Faits reprochés - Les atteintes à la probité	Amende (Trésor public) et dommages et intérêts (victime)	Mesures complémentaires sous l'accompagnement et le contrôle de l'AFA
AIRBUS SE Paris 31 janvier 2020	Corruption d'agents publics étrangers et corruption privée commises à l'occasion des contrats de ventes d'avions civils et de satellites	3 592 766 766 euros dont : • 2 083 137 455 euros d'amende au Trésor public français ; • 983 974 311 euros à verser au Trésor britannique ; • 525 655 000 euros versés au Trésor américain	Évaluation par l'AFA pendant 3 ans de l'effectivité du programme de conformité ; Frais de contrôle et d'accompagnement à la charge de l'entreprise
EGIS AVIA Guyancourt-Paris 10 décembre 2019	Versements d'honoraires à un consultant <i>via</i> des sociétés domiciliées aux Îles Vierges britanniques ; Facturation de prestations fictives ; Corruption d'agent public étranger pour permettre l'octroi d'un contrat en Algérie	2 600 000 euros d'amende	
Société Générale Paris 4 juin 2018	Recours à un intermédiaire pour obtenir des autorités libyennes la souscription de produits financiers dérivés ; L'intermédiaire sur les produits financiers souscrits ; Corruption active d'agents publics étrangers	250 150 755 euros d'amende versés au Trésor public français 250 150 755 euros au Trésor américain	L'entreprise soumet à l'évaluation de l'AFA sa politique interne de lutte contre la fraude, la corruption et le blanchiment ; Les frais de contrôles et de l'accompagnement : 3 millions d'euros
POUJAUD Châteauneuf 25 mai 2018	Les faits sont similaires pour ces 3 CJIP : • Versement pendant plusieurs années de commissions à un directeur des achats EDF • Le directeur des achats sollicitait ces commissions pour l'obtention et le renouvellement de marchés publics	420 000 euros d'amende au Trésor public français 30 000 euros de dommages et intérêts pour EDF	Engagement de l'entreprise à soumettre un programme de conformité à l'AFA pendant 2 ans ; Évaluation de la politique interne anticorruption par l'AFA : 276 000 euros de frais pour ces contrôles ; Condamnation pénale des personnes physiques
KAEFFER WANNER Suresnes 23 février 2018	• Corruption active publique	2 710 000 euros d'amende au Trésor public français 30 000 euros de dommages et intérêts pour EDF	Engagement de l'entreprise à soumettre un programme de conformité à l'AFA en 18 mois ; Évaluation de la politique interne anticorruption par l'AFA : 290 000 euros de frais pour ces contrôles
SET ENVIRONNEMENT Wissous 23 février 2018		800 000 euros d'amende au Trésor public français 30 000 euros de dommages et intérêts pour EDF	Engagement de l'entreprise à soumettre un programme de conformité à l'AFA en deux ans ; Évaluation de la politique interne anticorruption par l'AFA : 200 000 euros de frais pour ces contrôles

Les six affaires de corruption ayant abouti à une CJIP (sources, tribunaux judiciaires de Paris et de Nanterre).



Photo © BRIDGEMAN IMAGES

Dante se purifiant avant d'entrer au Paradis de *La Divine Comédie*, Manuscrit italien du XIV^e siècle, Biblioteca Nazionale Marciana, Venise.

« La coopération dans la recherche des preuves des faits de corruption par l'entreprise elle-même correspond à une forme d'auto-incrimination : la corégulation prend alors la forme du "plaider coupable" auprès de l'autorité judiciaire. »

prend alors la forme du « plaider coupable » auprès de l'autorité judiciaire. En effet, l'entreprise doit, en amont, reconnaître les faits tout en s'interdisant la possibilité de revenir sur son aveu sous peine de procès pénal. Elle s'engage ensuite à faire appel à un cabinet d'avocats pour que celui-ci procède à une enquête interne. Cette enquête interne doit révéler les rouages historiques de la corruption (Gros, 2013 ; Daieff et Poissonnier, 2020). Or, dans la configuration classique, l'avocat défend son client pour mettre en évidence son innocence et atténuer la gravité des faits. Dans le cadre de la CJIP, l'avocat rétribué par l'entreprise (Mauro, Medas & Fournier, 2019) cherche à établir la culpabilité de celle-ci. L'entreprise s'engage même à aider l'avocat en faisant appel à ses salariés, managers et cadres-responsables pour des auditions afin d'établir les manquements. En d'autres termes, « la mise en avant des preuves accablantes sera considérée comme une démonstration de coopération vertueuse » (Gros, 2013, p. 180).

Or, dans le cas où la CJIP n'est pas validée, l'entreprise risque d'être poursuivie pour corruption.

Qu'en est-il des pièces et documents déjà fournis dans le cadre de la coopération ayant échoué ? L'entreprise risque en réalité d'être poursuivie sur les éléments de

preuve qu'elle a elle-même fournis. Ni les lignes directrices de la CJIP de 2019 (AFA-PNF, 2019), ni la loi Sapin 2 n'interdisent à l'autorité judiciaire d'utiliser les documents produits dans le cadre de l'enquête interne de l'entreprise. En d'autres termes, si la CJIP n'aboutit pas, l'enquête interne effectuée par l'entreprise peut se retourner contre elle dans le cadre d'un procès pénal.

Si la CJIP aboutit, la détermination du montant de l'amende est fonction non seulement du degré de coopération de l'entreprise suspectée, mais aussi de facteurs majorants. Les facteurs majorants concernent le fait que l'entreprise a déjà pu faire l'objet d'une condamnation pour corruption, et l'utilisation de ses propres ressources dans le cadre de l'enquête interne pour dissimuler les faits de corruption. Le système américain de justice négociée ne connaît pas les facteurs majorants, mais seulement ceux minorants (Artigas et Barbier, 2020).

Pour les salariés

La CJIP ne s'adresse qu'à l'entreprise en sa qualité de personne morale, et non aux personnes physiques. Le système américain, lui, s'adresse aux entreprises et aux personnes physiques. Cela signifie que, dans le système français, l'accord transactionnel avec une

personne morale n'empêchera pas le procès pénal du dirigeant, ou des cadres-salariés ou salariés identifiés comme responsables (fonctions achats, comptabilité, finance). À travers la coopération de l'entreprise par l'enquête interne, les personnes physiques salariées de celle-ci, les témoins, les clients, mais aussi les salariés des entreprises partenaires, peuvent être visés. En effet, les éléments destinés à prouver les faits de corruption conduisent à identifier les responsables au sein de l'entreprise et dans l'ensemble de la chaîne de valeur. Les entreprises sont alors incitées à identifier les salariés et les témoins afin de déterminer l'étendue de leurs responsabilités (Dufourq et Lanta de Berard, 2019).

Cela signifie que, même si la CJIP est validée, la poursuite des personnes physiques dans le cadre d'un procès pénal peut avoir lieu. Dès lors, l'identification des personnes physiques conduit à « établir des responsabilités individuelles » (Krouti et Dufourq, 2019, p. 3). Ces personnes physiques peuvent concerner le dirigeant, le directeur des achats, du département communication, du marketing. C'est dire que la démarche de la corégulation pour éviter le procès pénal en matière de corruption intègre désormais l'organisation managériale et organisationnelle de l'entreprise. Ainsi, dans l'affaire Poujaud, la CJIP a été validée le 25 mai 2018, mais le salarié d'EDF, directeur des achats, a été mis en examen pour corruption active publique (rapport AFA, 2018). En effet, le jugement rendu le 18 septembre 2019 a déclaré le directeur des achats d'EDF coupable de corruption passive. Dans cette affaire, 38 personnes physiques ont été condamnées, notamment pour abus de biens sociaux (Poissonnier, 2019).

Le système de la transaction n'est donc pas sans risque pour l'ensemble des salariés. De plus, le coût des investigations anticorruption est à la charge des entreprises : qu'il s'agisse de l'enquête interne ou des frais d'accompagnement et de contrôle de l'AFA, le coût est important. Il en ressort que cette corégulation conduit à transférer l'office de l'autorité judiciaire au sein des entreprises. Or, le déroulé des enquêtes internes au sein des entreprises suppose non seulement le respect de la protection des droits de la défense des salariés, mais encore la garantie d'impartialité qu'offre le juge. Il existe donc un risque important en matière de management des enquêtes internes, les salariés pouvant devenir des cibles à travers l'identification des coupables (Dufourq et Lanta de Berard, 2019).

Conclusion

Cette étude montre la dimension protéiforme de la corégulation qui existe dans la lutte préventive de la corruption. La lutte contre la corruption comprend pour les entreprises l'obligation de mettre en place des programmes de conformité. La mise en place de ces programmes de conformité est désormais accompagnée, en France, par l'Agence française anticorruption.

Le rôle de cette agence publique n'est toutefois pas réduit à celui de l'accompagnement. Elle contrôle et sanctionne le défaut de conformité des entreprises qui ont un lien direct, et même indirect, avec la France.

Cette évolution constitue une des réponses aux normes extraterritoriales des États qui contraignent les entreprises à verser de lourdes amendes pour suspicion de corruption. Ainsi, l'AFA offre aux entreprises suspectées la possibilité de plaider coupable et de coopérer en fournissant les informations utiles. Ces entreprises peuvent alors négocier une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) avec l'État français et verser une amende qui leur évite une condamnation pénale. Ce procédé permet aux entreprises de ne plus être soumises aux enquêtes menées par les autorités étrangères (en particulier aux États-Unis). Les autorités nationales et étrangères sont conduites à coopérer aussi entre elles. Dans cette coopération, l'AFA joue un rôle important : elle contribue à protéger les informations stratégiques des entreprises. Ces dernières ne sont plus automatiquement fragilisées dans les enquêtes pour corruption.

Il en ressort que l'évolution de la lutte contre la corruption sur le plan préventif rend compte d'avancées majeures. Toutefois, le mécanisme de cette corégulation met en évidence de nouveaux risques pour les entreprises et leurs parties prenantes. En effet, la coopération de l'entreprise avec l'AFA est déterminante : si la coopération de l'entreprise n'a pas été jugée suffisante, la transaction (CJIP) échoue.

Dans ce cas, l'entreprise peut être poursuivie. Les informations fournies à l'AFA par l'entreprise peuvent se retourner contre cette dernière. L'entreprise se trouve alors prise au piège de ses efforts de transparence. De plus, la CJIP ne concerne que l'entreprise en tant que personne morale. Elle ne protège pas les salariés soumis à des pressions de résultat dans l'exercice de leurs missions. Ces derniers peuvent donc être poursuivis en justice et condamnés sur la base des preuves que l'entreprise a fournies.

Enfin, du point de vue de l'État, cette corégulation présente l'avantage de faire supporter aux grandes entreprises l'essentiel du coût des enquêtes anticorruption. Cette délégation du pouvoir d'enquête judiciaire à l'entreprise conduit nécessairement à des incidences managériales importantes pour l'avenir : quelles seront les modalités d'enquête ? Comment intégrer une recherche des preuves de corruption garantie par une certaine indépendance et impartialité ?

Cette étude ouvre alors la voie à de nouvelles recherches sur l'articulation des normes anticorruption et la délégation des enquêtes judiciaires relevant de l'État aux entreprises. Le problème de l'identification des personnes physiques responsables de faits de corruption au sein des entreprises met en évidence que les procédés des enquêtes internes sont en cours de construction.

Bibliographie

- ALBAREDA L. (2008), "Corporate responsibility, governance and accountability: From self-regulation to co-regulation", *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, 8(4), pp. 430-439.
- ACHON E. (d'), TROTTMANN C. & LIEFFROY A. (2016), « L'application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », rapport de l'inspection générale des finances, n°2016-M-051, juin.
- AMBROSIO L. (d') (2019), « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, n°1, pp. 1-24.
- ARTIGAS A. & BARBIER P. (2020), « Les conventions judiciaires d'intérêt public », *Cahier de droit de l'entreprise*, n°1, janvier-février, pp. 27-31.
- BAGLEY C. E. (2006), *Winning legally: How to use the law to create value, marshal resources, and manage risk*, Cambridge, MA, Harvard Business School Press.
- BALLEISEN E. J. & EISNER M. A. (2009), "The promise and pitfalls of co-regulation: how governments can draw on private governance for public purpose", *News perspectives on regulation*, Cambridge, Mass., pp. 129-151.
- BARRAUD B. (2018), « La corégulation d'Internet ou comment répondre à la plurinormativité par l'internormativité : une contribution française », *Les cahiers de Droit*, 59(1), mars, pp. 85-116.
- BELCHER A. (1995), "Regulation by the market: The case of the Cadbury code and compliance statement", *Journal of Business Law*, pp. 321-342.
- BERGER K. (2016), « L'extraterritorialité de la législation américaine », rapport d'information n°4082, Assemblée nationale.
- BREEN E. (2019), « La compliance, une privatisation de la régulation », *Revue Science criminelle*, n°2, avril-juin, pp. 327-331.
- DAIEFF G. & POISSONNIER G. (2020), « CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévéléation des faits levés », *Gazette du Palais*, n°376, 24 mars, pp. 24-31.
- DEBAT O. (2014), « Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », *Actes pratiques et ingénierie sociétariaire*, n°137.
- DELMAS M. & KELLER A. (2005), "Strategic free riding in voluntary programs: The case of the US EPA Wastewise Program", *Policy Sciences*, 38(1), pp. 91-106.
- DUFOUR N. (2020), « Gérer l'inflation normative : le cas de la lutte contre le blanchiment dans une banque patrimoniale », *Gérer et Comprendre*, n°139, mars, pp. 46-57.
- DUFOURCQ P. & LANTA de BERARD C. (2019), « Justice négociée : quel sort pour les personnes physiques ? », *Dalloz Actualité*, 9 septembre, pp. 1-5.
- DUFOURGLE P. (2020), « Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus », *Dalloz Affaires*, 29 janvier, pp. 1-7.
- DURANT-BARTHEZ P. (2016), « Le principe "appliquer ou expliquer" », *Cahier de Droit de l'entreprise*, n°2, pp. 11-19.
- EDWARDS J. & WOLFE S. (2006), "A compliance competence partnership approach model", *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 14(2), pp. 140-150.
- FLAM G. (2018), « La loi Sapin II, Un progrès dans la lutte contre la corruption, de nouveaux risques pour les entreprises », *Revue Défis*, n°9, pp. 119-123.
- FOEGLE J.-P. (2017), « Les Paradise Papers ou les paradoxes d'une transparence ubérisée », *La Revue des droits de l'homme, Actualité Droits-Libertés*, 10 novembre, <http://journals.openedition.org/revdh/3475>, DOI :10.4000/revdh.3475
- FREEMAN J. (1997), "Collaborative governance in the administrative state", *Law Review*, 45(1), pp. 1-98.
- FRENKEL S. J. & DUNCAN S. (2002), "Compliance, collaboration, and codes of labor practice: The Adidas connection", *California Management Review*, 45(1), pp. 29-49.
- FRISON-ROCHE M.-A. (2016), « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, n°32, p. 1871.
- FRYDMAN B. (1999), *Les transformations du droit moderne*, Story-Scientia.
- GAUDEMET A. (2018), « La compliance, en quête de définition », *Revue Défis*, n°9, pp. 6-8.
- GAUVAIN E. (2019), « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », rapport de l'Assemblée nationale, 26 juin.
- GROS F. (2013), « Coopérer contre soi-même », in GARAPON A. & SERVAN-SCHREIBER P. (éd.), *Deals de justice*, Presses universitaires de France, pp. 173-186.
- HARNAY S. & SACHS T. (2018), « La régulation de la gouvernance d'entreprise : de l'autorégulation à la corégulation », *Revue d'Économie financière*, 2(130), pp. 41-53.
- HENNEBEL L. & LEWKOWICZ G. (2007), « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in BERNIS T., DOCQUIR P.-F., FRYDMAN B., HENNEBEL L. & LEWKOWICZ G. (éd.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, pp. 147-226.
- HUNAUT M. (2017), *La lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale : l'exigence d'éthique dans les mouvements financiers*, Sciences Po-Les Presses, novembre.
- GUNNINGHAM N. & SINCLAIR D. (1999), "Regulatory pluralism: Designing policy mixes for environmental protection", *Law and Policy*, 21(1), pp. 49-76.
- IGALENS J. (2013), « Corégulation, l'expérience européenne », in GENDRON C. & GIRARD B. (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, Armand Colin, pp. 167-174.
- KALESKI N. (2018), *Les entreprises face au défi de l'anticorruption*, Institut Friedland, décembre.
- KROUTI M. & DUFOURQ P. (2019), « Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », *Revue Dalloz*, 12 juillet, pp. 1-5.
- LE GALES P. (2004), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques.
- LEBLANC-WOHRER M. (2018), « L'arsenal juridique américain », *Revue Défis*, n°9, pp. 9-11.
- LEWKOWICZ G. & HENNEBEL L. (2007), « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in BERNIS T., DOCQUIR P.-F., FRYDMAN B., HENNEBEL L. & LEWKOWITZ G. (dir.), *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, pp. 147-226.
- MAURO P., MEDAS P. & FOURNIER J.-M. (2019), « Le coût de la corruption », *Finances et Développement*, septembre, pp. 26-29.
- MICHAELSON Ch. (2006), "Compliance and the illusion of ethical progress", *Journal of Business Ethics*, 66(2-3), p. 241.
- MOREAUX A. (2019), « La compliance, un outil contre la corruption », *Affiches parisiennes*, 15 novembre.
- MORTON J. C. (2005), "The development of a compliance culture", *Journal of Investment Compliance*, 6(4), pp. 59-66.
- PEREIRA B. (2008), « Éthique, gouvernance et corruption », *Revue française de gestion*, n°186, pp. 53-77.
- POISSONNIER G. (2019), « Procès au fond et convention judiciaire d'intérêt public : quelle coexistence possible ? », jugement rendu par le tribunal de grande instance de Nanterre, *Dalloz*, pp. 2137-2139.
- QUATREPOINT J.-M. (2015), *Alstom, scandale d'État*, Fayard.
- RODGER B. J. 2005, "Competition law compliance programmes: A study of motivations and practice", *World Competition Law and Economics Review*, 28(3), pp. 349-376.
- SACHET-MILLIAT A. & IGALENS J. (2019), « Le lobbying en France : une approche par le concept de corégulation », *Management international*, 23(3), pp. 158-171.
- SCHWARTZ M. S. (2001), "The nature of the relationship between corporate codes of ethics and behaviour", 32(3), *Journal of Business Ethics*, p. 247.
- SEFFAR K. & BENYKHELF K. (2006), « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal*, pp. 353-368.
- VAN de KERCHOVE M. (2005), « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in Bergel J. L. (dir.), *Le plurijuridisme. Actes du VIII^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003)*, pp. 37-56.