

---

# INTRODUCTION

---

1. Le projet de ce livre est né à l'occasion d'affaires lors desquelles j'ai pu voir des entreprises françaises parfois déstabilisées par le droit américain de la lutte contre la corruption transnationale, le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977, dont elles avaient mal anticipé les exigences. Il m'a ainsi semblé utile de mieux faire connaître cette législation au public français, pour permettre à chacun de mesurer les risques, et pour tenter de dissiper quelques malentendus franco-américains.

Ce travail, qui s'accompagne d'une nouvelle traduction française du FCPA, conduit à trois constats principaux.

Le *premier constat* est celui du caractère paradoxal de l'extraterritorialité du FCPA. L'extraterritorialité est indéniable en pratique, comme en témoignent les affaires retentissantes qui ont vu ces dernières années des entreprises françaises, mais aussi de très nombreux autres pays, transiger, pour des dizaines ou des centaines de millions de dollars, avec le Département de la Justice américain (DOJ) et la Securities and Exchange Commission (SEC). Pourtant, la lecture du texte du FCPA montre que ce texte n'a, en droit, qu'une portée extraterritoriale limitée. Les entreprises américaines ainsi que les entreprises étrangères cotées aux États-Unis sont certes soumises au FCPA pour les actes commis par leurs dirigeants ou employés en tout endroit de la planète. Mais la plupart des entreprises françaises ne sont pas cotées aux États-Unis : or dans ce cas précis, le texte du FCPA n'envisage pas d'application extraterritoriale. Il indique au contraire très clairement que les sociétés non américaines non cotées aux États-Unis ne relèvent du FCPA qu'à raison des actes de corruption commis *sur le territoire* des États-Unis. Est erronée à cet égard l'idée, souvent colportée, qu'une entreprise non américaine non cotée aux États-Unis peut être soumise au FCPA du seul fait de la réalisation d'une transaction en dollars ou de l'envoi d'un courriel transitant par un serveur américain<sup>1</sup>. Mais il est vrai qu'en la matière les procédures se concluent le plus souvent par une transaction et que la jurisprudence reste ainsi étonnamment rare, ce qui peut entretenir

---

1. V. p. ex. récemment *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, AN 5 octobre 2016, n° 4082, p. 47.

un flou sur l'étendue exacte de la compétence territoriale du droit et des autorités américaines.

La question de l'application extraterritoriale du FCPA se pose par ailleurs sur fond de faiblesse récurrente de la justice anti-corruption française. La Convention OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales a été vite ratifiée par la France et transposée dans le Code pénal. Mais près de vingt ans après les résultats judiciaires se font encore attendre. En poursuivant des entreprises françaises, les autorités américaines se saisissent donc en pratique d'une compétence laissée en jachère. Et il y a là pour la France un véritable enjeu de souveraineté.

Ce retard de la France n'est pas dû seulement aux caractéristiques de son système judiciaire. En effet, et c'est là le *second constat* de ce livre, la définition de l'infraction de corruption d'agent public étranger par le droit français n'est pas aussi efficace que celle du FCPA.

Le droit pénal français peut certes sembler à certains égards plus répressif que son homologue américain : ainsi en particulier de la pénalisation en droit français, de la corruption passive d'agent public étranger, que ne connaît pas le FCPA. Autrement dit, le droit français permet de poursuivre en France l'agent public étranger bénéficiaire de l'acte de corruption, tout autant que l'entreprise qui en est l'auteur, alors que le FCPA ne vise que l'entreprise.

En revanche, à l'inverse, le droit pénal français est mal équipé, par comparaison avec ses homologues américain et britannique, pour réprimer des faits de corruption commis par le truchement d'agents commerciaux, de consultants ou de tout autre type d'intermédiaires. Or il s'agit là, et de loin, du schéma le plus courant en pratique. Cette question est donc déterminante pour l'efficacité du dispositif de lutte contre la corruption transnationale. À cet égard, le droit français reste fortement marqué par des principes de responsabilité individuelle et d'intentionnalité qui compliquent sérieusement la tâche du parquet : comment prouvera-t-il que l'entreprise mise en cause connaissait la destination des sommes qu'elle versait à ses intermédiaires ? Le FCPA, et plus encore le UK Bribery Act (UKBA) de 2010, tendent à renverser la charge de la preuve et posent à des degrés divers un principe de présomption de connaissance d'où découle une forme de responsabilité du fait d'autrui. C'est ainsi à une véritable révolution de comportement que sont invités les dirigeants d'entreprises françaises, dès lors que leur activité internationale les expose aux législations américaine et britannique : non plus tâcher de « ne pas savoir » ce que font leurs intermédiaires mais, au contraire, se mettre en position de pouvoir démontrer qu'ils ont fait tout ce qui était raisonnablement possible pour lever les doutes.

Mais serait-il possible pour une entreprise française de se tenir prudemment à l'écart des États-Unis et du Royaume-Uni pour se dispenser de ce renversement de perspective ?

Je ne le crois pas. Le dispositif américain de lutte contre la corruption transnationale a en effet aujourd'hui acquis véritablement la stature d'un standard mondial : *troisième constat* auquel conduit ce livre.

L'influence des États-Unis a été déterminante dans la rédaction de la Convention OCDE de 1997 comme sur celle de bon nombre de législations nationales d'application. Et aujourd'hui les pays de l'OCDE sont engagés dans une forme de concurrence vertueuse qui les pousse à s'aligner progressivement sur le dispositif anti-corruption le plus sévère. C'était bien là l'intention des promoteurs de la Convention et le succès semble être aujourd'hui au rendez-vous. Le problème de demain, pour la France, ne sera donc plus simplement celui des procédures américaines, mais celui des procédures britanniques, néerlandaises, allemandes, etc. En témoigne l'ouverture, en août 2016, d'une enquête du Serious Fraud Office britannique sur Airbus pour des faits de corruption allégués en Arabie Saoudite. Par ailleurs, les pays émergents, de la Chine au Brésil, hésitent de moins en moins à poursuivre des entreprises ou individus étrangers pour des faits de corruption commis sur leur territoire.

La justice anti-corruption française se trouve donc dans une situation véritablement contrainte : sauf à se spécialiser dans l'anecdotique, elle doit s'adapter sous la pression internationale pour reconquérir du terrain et mettre son parquet en position de jouer à armes égales avec ses homologues étrangers. Cette mise à niveau est l'un des objets de la loi Sapin 2 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique<sup>2</sup>.

Cette loi, qui poursuit un mouvement engagé depuis 2013, introduit en effet en droit français des règles fortement inspirées par le modèle américain : programmes de conformité désormais obligatoires pour les plus grandes entreprises, possibilité de transaction sans reconnaissance de culpabilité, techniques d'enquête étendues pour certains délits d'atteinte à la probité ou statut général des lanceurs d'alerte... D'autres traits caractéristiques du système pénal américain, qui en font l'efficacité, restent à la porte de cette réforme : c'est le cas en particulier de la prime à la coopération lors de l'enquête<sup>3</sup>. Mais il ne s'agit sans doute que d'une partie remise.

2. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « Sapin 2 »).
3. V. cependant déjà l'esquisse d'un « statut des repentis » introduite par la loi du 6 décembre 2013 (C. pén., art. 435-6-1 et 435-11-1).

Les entreprises françaises sont déjà en mouvement sur ces sujets et commencent à mettre en place leurs programmes de conformité anti-corruption : cartographie des risques juridiques, due diligence des parties tierces, dispositifs de formation interne, renforcement des fonctions d'audit et d'enquête internes... Institutions financières et investisseurs ne s'y trompent pas non plus et conditionnent de plus en plus souvent leur engagement à la réalisation d'un audit d'intégrité.

On lira donc ce livre à la fois comme une description du droit positif américain et comme un éclairage sur les (r)évolutions actuelles de la lutte contre la corruption transnationale en France.