

# Éthique, gouvernance et corruption



**BRIGITTE PEREIRA**

Professeur à l'Institut supérieur de gestion

*On assiste actuellement à un accroissement notable de la norme répressive en matière de corruption, suite aux ratifications des conventions internationales et européennes. Cependant, cet élargissement normatif conduit à poser la question de son efficacité en tant que moyen de lutte contre un tel fléau et en tant qu'outil de restauration de la loyauté des transactions commerciales. Il semblerait que même si la loi est une nécessité, son accroissement ne contribue qu'à rendre perfectible la lutte contre la corruption.*

1. À l'internationalisation de la délinquance d'affaires, on doit répondre par celle de sa lutte, tant l'entreprise constitue une cible directe. Qu'il s'agisse de contrefaçon représentant jusqu'à 9 % du commerce mondial<sup>1</sup>, de la cyber-délinquance procurant des revenus illicites jusqu'à 200 milliards de dollars par an<sup>2</sup>, ou encore du blanchiment d'argent d'origine frauduleuse<sup>3</sup>, la question de la répression de la délinquance d'affaires intègre les impératifs d'éthique et de gouvernance des entreprises. En matière de fraude, environ 40 % des entreprises occidentales déclarent avoir été victimes d'agissements frauduleux, le coût de la fraude étant estimé à 2,2 millions de dollars en moyenne par entreprise<sup>4</sup>.

Cette problématique s'impose particulièrement s'agissant du fléau de la corruption. Ce dernier a conduit à l'adoption de nouvelles normes, tant nationales qu'internationales s'imposant aux entreprises.

1. Soit entre 200 à 300 milliards de dollars par an, dont 6 milliards pour la France : V. not. Rapport de 2005, *Service Central de Prévention de la corruption* (SCPC), La Documentation Française, avril 2006, p. 120 s, spéc. p. 127 ; *Impacts de la contrefaçon et de la piraterie en Europe*, Rapport final du CEIPI, Centre d'Etudes internationales de la propriété industrielle, juill. 2004 ; OCDE, *Les incidences économiques de la contrefaçon*, 1998, 10 s.

2. *L'argent du crime*, La Documentation française, 2002, p. 43 ; C. de Brie, *Etats, mafias et transnationales comme larrons en foire*, *Le Monde Diplomatique*, avril 2000, p. 4 et 5.

3. *Paradis financiers, secret bancaire et blanchiment d'argent*, New York, Nations Unies, 1998, p.V-VI ; J. Jacky, "Les ambiguïtés des politiques conduites par les Etats pour lutter contre les activités financières illicites", *Revue Internationale et Stratégique*, Paris, Institut de relations internationales et stratégiques, n° 43 -2001, p. 86 et s.

4. Enquête réalisée par PricewaterhouseCoopers (2003) : 40 % des firmes françaises ; 41 % des américaines ; 43 % des asiatiques ; 34 % des entreprises européennes ont déclaré avoir été victime de fraude ; rapport 2005, SCPC, *op. cit.*, La complicité des cadres, p.193.

5. L'indice de perception de la corruption nous fournit des informations

2. En effet, la corruption représente l'une des principales menaces en matière de développement durable. Sapant le processus démocratique des pratiques commerciales<sup>5</sup>, la multiplication des pactes corrupteurs rompt l'égalité des acteurs commerciaux, de même qu'il fausse la libre concurrence. Les mécanismes, imposés ou volontaires, qui établissent les relations entre le monde des affaires et les milieux criminels sont de plus en plus protéiformes au point de soulever, aujourd'hui, le problème de la criminalité d'affaires organisée<sup>6</sup>. L'obtention des marchés par les transactions commerciales internationales, les dérogations administratives et fiscales, la prise de contrôle de société suite à l'acquisition d'informations, moyennant le versement de commissions occultes sont autant d'agissements profitant aux spéculateurs peu scrupuleux aux dépens des autres investisseurs. Les conséquences sont colossales. Elles concernent les effets néfastes sur des populations entières, le fonctionnement des entreprises et leur crédibilité.

précises sur la perception de la corruption à l'échelle nationale. C'est cet indice qui nous détermine sur les niveaux réels de la corruption. L'IPC résulte des enquêtes et évaluations d'experts nationaux selon 16 sources provenant de 10 organismes indépendants (Université de Colombia ; l'Economist Intelligence Unit ; Freedom House ; Information internationale basée à Beyrouth ; l'International Institute for Management Development (Lausanne) ; Merchant International Group Limited (Londres) ; Le Cabinet d'experts-conseils Political and Economic Risk Consultancy (Hong Kong) ; La Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique ; Le forum économique mondial et le Centre de recherche sur les marchés mondiaux (Londres). Le nombre de pays ayant fait l'objet de ces enquêtes est de 159 en 2005. Les notes vont de 10 (le moins corrompu) à 0 (très corrompu). Le pays ayant obtenu la meilleure note est l'Island avec 9,7 et la Finlande avec 9.6. La France obtient 7.5 ; les Etats-Unis 7.6 ; la Chine, 3.2 (niveau de corruption très élevé ; le Sri Lanka, 3.2 ; la Roumanie, 3 ; la Bosnie-Herzégovine, 2.9 ; le Nigeria, 1.9 ; Pour une étude complète, voir le Rapport mondial sur la corruption de 2006, Transparency International.

6. A Brossard, *la Corruption*, in *Problèmes politiques et sociaux, La criminalité organisée*, La Documentation française, (sous la Dir. D. Fontanaud), mai 2002, p. 39 s.

3. D'abord, s'agissant des effets sur les populations, et particulièrement sur les États connaissant des difficultés économiques, l'absence de transparence et de responsabilité des secteurs public et privé constitue le terrain fertile facilitant les versements de pots de vins : un versement d'une commission de un million d'euros peut conduire à une perte de cent fois plus dans un pays subissant alors un anéantissement des plans de développements projetés<sup>7</sup>. Ainsi, les travaux d'infrastructure peuvent être inachevés, les routes ne permettant plus aux PME-TPE d'exporter leurs produits, les écoles et systèmes de santé peuvent faire l'objet de lourdes paralysies du fait de versements réorientés sur des priorités à caractère personnel sous couvert de transactions commerciales. Par exemple, au Centrafrique, 72,5 % des entreprises déclarent avoir effectué un versement officieux au cours d'une année, soit pour l'obtention d'un service ou d'un permis de construire qu'elles auraient pu financer légalement à moindre frais ; soit pour éviter une menace sur le fonctionnement normal de ces entreprises<sup>8</sup> ; en Afrique du Sud, le procès Shaik<sup>9</sup> a mis en lumière la responsabilité de multinationales sur le versement de pots de vin dans les transactions relatives au marché de l'armement mettant en cause des entreprises françaises ; au Bangladesh, le versement de commissions au profit des autorités douanières par les sociétés commerciales a été chiffré à 130 millions de dollars<sup>10</sup>.

Aussi, la corruption ne concerne-t-elle pas que les États connaissant des difficultés économiques. Jusqu'à une période très récente, en Europe, une entreprise qui souhaitait gagner un marché, pouvait verser une commission à un acheteur public intermédiaire. Concrètement, l'entreprise concernée créditait un compte à numéros au bénéfice du décideur intermédiaire et obtenait du ministère de l'Économie et des Finances une autorisation pour ce versement et pour la déductibilité fiscale de celui-ci. Aujourd'hui, de tels agissements sont incriminés du chef de corruption en ce qu'ils conduisent à une rupture d'égalité entre les différents acteurs commerciaux<sup>11</sup>. Aux États-Unis, si le bilan de la loi Sarbanes-Oxley a permis une certaine rationalisation des activités et flux d'informations, la lutte contre la corruption a dû être renforcée, notamment sur l'attribution des marchés publics en Irak<sup>12</sup>. Au Japon, en dépit de la réforme de 2005 du Code de l'éthique relatif aux agents d'État, des fuites d'informations émanant de hauts fonctionnaires au profit de sociétés commerciales pour l'acquisition de marchés publics ont révélé le versement de sommes infondées aux détriments d'autres entreprises<sup>13</sup>. Néanmoins, on note une prise de conscience sur la lutte d'un tel fléau. Suite à la signature des conventions de l'OCDE et des Nations

Unies, de nombreux pays ont adapté leurs législations en matière de corruption, particulièrement depuis 2005<sup>14</sup>.

4. Ensuite, les entreprises ont dû évoluer dans leurs modalités de fonctionnement.

De l'accommodement du pacte corrompateur, elles sont passées à l'ère de l'intégration d'une transparence plus importante quant à l'acquisition de marchés nouveaux. Au-delà des impératifs légaux, il y a fort à parier sur l'effet bénéfique de tels interdits : en effet, si toutes les entreprises pratiquaient des ententes et pactes corrompateurs, les intéressés ne pourraient gagner qu'un temps parce que les concurrents pourraient ultérieurement proposer des commissions plus importantes et acquérir le marché en dehors de toute concurrence. En d'autres termes, la répression de tels agissements ne pourrait qu'emporter l'adhésion des acteurs économiques parce ce qu'elle restaure une certaine effectivité de la libre concurrence.

5. Enfin, s'inscrivant dans le courant d'une gouvernance éthique plus grande, la pénalisation de ces comportements joue un rôle préventif en ce que la conduite des entreprises est induite dans le sens d'une crédibilité et notoriété protégées. En effet, plus que jamais la crédibilité des acteurs commerciaux est mise à l'ordre du jour. Les scandales financiers relatifs aux entreprises telles qu'Enron montrent à quel point les agissements déloyaux comportent des conséquences désastreuses pour les entreprises, les actionnaires et les salariés. L'intérêt des actionnaires, des investisseurs et des partenaires, celui des fournisseurs et des clients, de même que ceux des salariés et de l'environnement, le respect des lois sont les instruments mis en avant pour enrayer le phénomène de la corruption internationale.

6. L'objet de cette étude est donc d'effectuer une analyse critique et prospective sur l'évolution de la norme tant internationale que nationale comme moyen de lutte contre la corruption dans le sens de l'éthique des affaires.

On constate, en effet, une évolution générale des États et des entreprises suite à la signature de la Convention des Nations Unies contre la corruption en 2003. Ratifiée par la France en juillet 2005<sup>15</sup>, on assiste actuellement à une évolution notable de l'arsenal répressif en la matière. De nouvelles infractions de corruption ont été consacrées, produisant l'effet d'une extension du champ d'incrimination à tout le secteur privé. Sous l'influence concomitante du conseil européen<sup>16</sup> proposant une harmonisation de la définition de la corruption dans le secteur privé, on est conduit à s'interroger sur l'efficacité de cette

7. A. Gurrià, L'OCDE lutte contre la corruption, août 2006, p. 1 s.

8. *Rapport mondial sur la corruption*, Transparency International, 2006.

9. Gouvernement d'Afrique du Sud, Joint Investigation Report into the Strategic Defence Procurement Package ; rapport d'enquête conjointe sur le programme d'approvisionnement de défense stratégique, novembre 2001.

10. Selon la réglementation, si un conteneur chargé de marchandises importées n'est pas dédouané dans le délai de 45 jours, les marchandises doivent être vendues aux enchères. Les commissions versées par les entreprises intéressées ont pour finalité de retarder la procédure de vente aux enchères. Cela constitue un moyen de bénéficier de la fluctuation des prix sur le marché.

11. Convention de l'OCDE de 1997, sur la lutte contre la corruption.

12. Il a été établi que 14 marchés en Irak ont été acquis en dehors de

tout appel d'offres concurrentiel : V. not., Us General Accounting Office, Rebuilding Iraq : Fiscal Year 2003- Contract Award Procedures and Management Challenges ; Reconstruire l'Irak : procédures d'attribution des marchés et problèmes de gestion de l'exercice 2003, juin 2004 ; *Rapport mondial sur la corruption*, préc., p. 205 et 206.

13. *Rapport mondial sur la corruption*, préc., p. 245.

14. Convention de l'OCDE préc ; Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption, 23 octobre 2003, entrée en vigueur en France le 14 décembre 2005.

15. Loi n° 2005-743 du 4 juill. 2005.

16. Décision cadre de l'Union européenne 2003/568/ JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte de la corruption dans le secteur privé, JO L 192/31/07/2003.

lutte à travers l'instauration de lois pénales plus sévères, et en conséquence à travers l'extension de l'interdit éthique.

7. Si le constat de la corruption impose l'intervention du législateur afin de réprimer efficacement les agissements des corrompus et corrupteurs<sup>17</sup>, la question se pose de savoir si la lutte contre la corruption recouvre une efficacité réelle sur le seul plan du développement normatif, international et national. Certes, cette lutte est nécessaire, et même consacrée afin de maintenir une concurrence loyale (I). Mais, elle n'en demeure pas moins insuffisante au point de rendre délicats les impératifs d'éthique entrepreneuriale. Cette insuffisance tiendrait davantage au fait d'un timide développement de coopération et partenariats entre les États et entreprises qu'à la mise en place de normes répressives. En d'autres termes, la mise en œuvre de la lutte contre la corruption est perfectible (II).

## I. La consécration d'une lutte internationalisée : une éthique formalisée

8. La lutte contre la corruption recouvre, en effet, une nécessité sur le plan international tant le phénomène recouvre des éléments d'extranéité. Les agissements des acteurs sont rarement limités sur un seul territoire. C'est la raison pour laquelle l'impératif de lutte contre la corruption a été intégré par de nombreux États. On comprend d'autant plus cette consécration lorsqu'on envisage l'étendue des actes de corruption (A), mais aussi lorsqu'on appréhende le risque de corruption à travers les conflits d'intérêts (B).

### A. Quant à l'étendue des actes de corruption

9. La consécration d'une lutte internationale contre la corruption tient d'abord à la détermination précise de l'agissement infractionnel : le pacte corrupteur. Celui-ci, longtemps lié au secteur public (1) comprend aujourd'hui une extension considérable au secteur privé (2).

#### a. La corruption et le secteur public

10. La corruption consiste à rémunérer une personne pour qu'elle accomplisse ou n'accomplisse pas un acte relevant de sa fonction. La corruption passive est le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, de solliciter ou d'agréer sans droit, à tout moment, directement ou indi-

rectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction<sup>18</sup>. Le corrompu est donc celui qui accepte ou qui s'abstient d'accomplir l'acte moyennant une contrepartie, que ce pacte lui soit proposé, qu'il l'agrée ou qu'il le sollicite lui-même.

La corruption active est le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat public, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction<sup>19</sup>. Le corrupteur est alors celui qui confère la contrepartie à l'acte ou à l'abstention de la personne publique, que ce soit à son initiative ou en cédant à la proposition du corrompu. C'est, en conséquence, à travers la corruption active que les dirigeants des sociétés commerciales encourent des sanctions pénales<sup>20</sup>.

11. Par ailleurs, la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 relative à la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales a été transposée en France par la loi du 30 juin 2000<sup>21</sup>. Prenant en compte les éléments d'extranéité à travers le caractère international des opérations commerciales, le législateur incrimine le comportement consistant à rémunérer par commissions occultes et pots-de-vin les intermédiaires publics étrangers pour faciliter l'acquisition de nouveaux marchés. Cette démarche a été suivie par de nombreux États. En effet, 37 pays<sup>22</sup> ont ratifié et fait évoluer leurs législations dans le sens de l'harmonisation, celle-ci permettant d'intégrer le principe de l'équivalence des incriminations entre États. C'est ce principe de réciprocité ou d'équivalence des incriminations qui permet de poser les bases de la lutte internationale contre la corruption. Ainsi, par exemple, en Finlande une loi a été votée en 2005 condamnant toute entreprise ayant versé un pot-de-vin, que le bénéficiaire de cette contrepartie soit une personne dépositaire de l'autorité publique ou non<sup>23</sup> ; au Brésil, une nouvelle loi régissant les partenariats des secteurs public et privé a permis de développer une plus grande transparence sur le développement des infrastructures, attirant alors de nombreux acteurs commerciaux<sup>24</sup> ; de même, au Japon, des amendements ont été portés à la loi de prévention contre la concurrence déloyale, des révisions du Code éthique ont également été apportées dans le sens de la transparence des marchés publics et privés<sup>25</sup> ; en Nouvelle-Zélande, quatre lois de décembre 2004 ont visé à restaurer l'intégrité du secteur public<sup>26</sup>. En Pologne, une loi sur la liberté d'activité économique de 2004 vise à

17. Distinction corruption passive et active, voir infra Partie I- A-1.

18. Art. 432-11 alinéa 1<sup>er</sup> Code pénal.

19. Art. 433-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal.

20. De la Corruption active commise et du trafic d'influence commis par les particuliers : Art. 433-1 Code pénal : 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

21. Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 ; J. Bertrel, "Corruption dans les transactions commerciales internationales et nationales", Droit et patrimoine, 2000, n° 86, p. 24.

22. Allemagne ; Argentine ; Australie ; Autriche ; Belgique ; Brésil ; Bulgarie ; Canada ; Chili ; Corée ; Danemark ; Espagne, Estonie ; États-Unis ;

Finlande ; France ; Grèce ; Hongrie ; Irlande ; Island ; Italie ; Japon ; Luxembourg ; Mexique ; Norvège ; Nouvelle-Zélande ; Pays-Bas ; Pologne, Portugal ; République Slovaque ; République Tchèque ; Royaume-Uni ; Slovaquie ; Suède ; Suisse et Turquie

23. Helsingin Sanomat, 18 mai 2005 ; La convention de l'OCDE a été ratifiée en décembre 1998.

24. Ana Luiza Fleck Saibio, *Transparência Brasil, Rapport mondial sur la corruption*, 2006, p. 166.

25. Convention ratifiée en octobre 1998 ; amendements votés en janvier 2005.

26. Convention ratifiée en janvier 2001 ; Shane Cave (TI Nouvelle-Zélande), *Rapport mondial sur la corruption*, op. cit., p. 285.

limiter la possibilité pour les fonctionnaires d'abuser de leurs fonctions en matière de création d'entreprise<sup>27</sup>; de même encore, au Royaume-Uni, l'organisme public britannique d'assurance-crédit à l'exportation a renforcé les procédés de lutte contre les pots-de-vin et la corruption en 2004<sup>28</sup>. En outre, la Convention universelle des Nations Unies de 2003<sup>29</sup> vise à accélérer le processus d'harmonisation des législations des États. Ainsi, par exemple, la Bolivie, le Cameroun, la Croatie, la République de l'Équateur, États non-signataires de la convention de l'OCDE, ont signé celle des Nations Unies en 2004 et 2005. Leurs ratifications permettront de déterminer les comportements corrupteurs dans le sens de la réciprocité des incriminations, premier instrument d'internationalisation de la lutte contre la corruption. Il convient encore d'ajouter la Convention de l'Union africaine de prévention et de lutte contre la corruption et les crimes assimilés du 11 juillet 2003 renforçant encore la volonté d'enrayer les agissements corrupteurs.

L'Union européenne est allée plus loin en 2003, en proposant une harmonisation de la définition de la corruption en l'étendant au secteur privé. La France est allée en ce sens avec la récente loi du 4 juillet 2005<sup>30</sup>.

#### **b. Pénalisation et extension de l'incrimination au secteur privé: une loi pénale plus sévère**

12 Pour que l'ensemble du dispositif ne soit pas tourné essentiellement vers la corruption publique, les États membres de l'Union européenne ont soulevé que la corruption dans le secteur privé ne pouvait être ignorée. En effet, dans une décision-cadre<sup>31</sup>, la position de l'UE est très claire: *"L'Union européenne lutte contre la corruption dans le secteur privé. La définition des notions harmonisées est censée améliorer la lutte contre la corruption. La corruption détruit la base de la vie économique et constitue une distorsion de la compétitivité: l'union insiste sur la nécessité de prévenir ce crime qui profite à une minorité, mais est au détriment de toute la société"*<sup>32</sup>. Force est de relever que la volonté de combattre de tels agissements trouve son expression à travers l'extension de la définition du pacte corrupteur dans le secteur privé.

13. Aujourd'hui, les nouveaux articles 445-1 à 445-4 du Code pénal issus de la loi de 2005 traitent de la corruption dans le secteur privé et des peines applicables aux personnes physiques et personnes morales. Il s'agit d'une pénalisation supplémentaire du secteur des affaires matérialisant la lutte contre la corruption.

27. Convention ratifiée en septembre 2000; Programme de contrôle de l'adhésion à l'UE de l'Open Society Institute, Korupeja i polityka antykorupcyjna. Raporty krajowe.polska (Corruption et stratégie de lutte contre la corruption, Varsovie; Traduction in Rapport mondial sur la corruption, op. cit., p. 306.

28. Convention ratifiée en décembre 1998; Export Credits Guarantee Department ECGD.

29. signée par 133 pays au cours de la conférence de Mérida; J.-P. Laborde, Chronique des Nations-Unies, Rev. pénit. 2003, p. 588-593.

30. Loi n° 2005-750 du 4 juill. 2005, insérant dans le Code pénal un nouveau chapitre intitulé "De la corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique" dans le titre IV du livre IV.

31. Décision-cadre 2003/586/JAI du Conseil de l'Union européenne qui abroge l'action commune de l'Union européenne du 22 décembre

Est donc concernée toute personne *"qui sans être dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public exerce dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque"*.

Désormais, la répression de la corruption dans le secteur privé n'est plus exclusivement réservée aux salariés<sup>33</sup>. Autrement dit, le corrompu, celui qui reçoit une contrepartie, peut-être n'importe quelle personne de droit privé quel que soit son statut professionnel, dès lors qu'elle exerce une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou organisme quelconque. Plus concrètement, et par comparaison avec la corruption du secteur public, toute personne de droit privé selon les conditions ci-dessus peut être poursuivie aussi bien pour corruption passive que pour corruption active. Si dans le secteur public, les dirigeants de sociétés commerciales privées peuvent être poursuivis pour corruption active, dans le secteur privé, toute personne, soit le dirigeant d'entreprise, l'associé, l'actionnaire, le commissaire aux comptes, l'analyste financier, l'avocat, le notaire, l'expert-comptable, ou le salarié peuvent être poursuivis du chef de corruption active ou passive. Il en ressort une pénalisation croissante du domaine des affaires destinée à recouvrir toutes les formes de pactes illicites. Cette consécration de la décision cadre se fonde sur une logique économique et concurrentielle: elle élargit d'une certaine façon le domaine des ententes illicites<sup>34</sup>.

14. Cet élargissement de l'incrimination de corruption étend et formalise par voie de conséquence l'impératif d'éthique des investissements des entreprises. Les termes sont assez larges, ce qui rend le texte répressif. Ainsi, les moyens de la corruption peuvent être variés (rémunérations, sommes d'argent, tableaux, commissions, voyage d'agrément, prêts à taux réduits...)<sup>35</sup>. L'acte peut être un acte positif, mais aussi une abstention. Aussi, les nouveaux articles 445-1 et 445-2 du Code pénal ne font-ils pas référence au caractère occulte de la contrepartie procurée au corrompu, ce qui rend davantage compte de toutes les expressions du pacte corrupteur. La loi nouvelle va donc dans le sens de la jurisprudence<sup>36</sup>.

Les peines encourues par les personnes physiques sont de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende<sup>37</sup>. Par ailleurs, la responsabilité pénale des personnes morales est aussi consacrée en la matière: elle s'étend au quintuple de l'amende encourue par les personnes physiques<sup>38</sup>. Mais, les personnes morales encou-

1998 relative à la corruption dans le secteur privé, JO L 192 du 31/07/2003.

32. Décision-cadre 2003/586/JAI préc., JO L 192 du 31/07/2003

33. ancien art. L. 152-6 du Code du travail.

34. Toutefois, compte tenu des termes des nouveaux art.445-1 et suivants du Code pénal, toute personne morale vise également les associations.

35. Crim. 8 oct. 2003, Bull. crim. n° 185; D. 2004. 3023, note Segonds; Dr. penal 2004 . 16 obs. M. Veron; Gaz. Pal. 2004.1.1192, note Monnet.

36. Crim. 22 septembre 2004, Dr. pén. 2004. 178, obs. J.-H. Robert; Crim 8 oct. 2003, arrêt préc.

37. Ces peines constituent une aggravation pour la corruption du salarié. Jusqu'à présent, il encourait une peine de 2 ans d'emprisonnement et une amende de 30 000 euros.

rent également des peines telles que l'interdiction d'exercice, l'exclusion des marchés publics, la confiscation de la chose ayant servi à commettre l'infraction, de même que l'affichage et la diffusion de la décision de condamnation. Ces sanctions sont destinées à écarter les dirigeants et personnes morales ayant fait de la corruption une stratégie d'entreprise<sup>39</sup>.

15. C'est cette évolution que l'on doit souligner dans le sens d'une lutte à vocation internationale de la corruption. On sait que le domaine répressif fait partie intégrante du pouvoir régalién de l'État. C'est l'une des expressions de la souveraineté de l'État. À l'exception de la Cour pénale internationale<sup>40</sup> compétente pour juger des crimes contre l'humanité, les autorités de poursuites et de jugement ne peuvent agir en dehors de leurs territoires. C'est la raison pour laquelle la ratification des conventions internationales et l'intégration des décisions-cadres communautaires constituent le compromis de coopération pour lutter contre la corruption.

Ces instruments permettent, en effet, de faire évoluer les législations de chaque État dans le sens d'une mise en compatibilité ou dans le sens de l'harmonisation. Cette dernière permet alors à chaque autorité étatique d'appréhender et de réprimer les agissements corrupteurs internationalisés selon les lois nationales conformes aux conventions.

Ainsi, sur le plan international, le compromis attestant d'une consécration de la lutte anti-corruption trouve son expression à travers la localisation du pacte corrupteur, puis par le respect du principe *Non Bis in Idem*.

En effet, selon le principe de la territorialité<sup>41</sup>, il suffit qu'un seul des éléments constitutifs de l'infraction ait été commis sur le territoire de la République pour rendre la loi pénale française applicable. S'il en est de même dans chacun des États, le compromis est ensuite matérialisé par le respect de la règle non bis in idem selon laquelle, "*Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays*"<sup>42</sup>. Ces principes permettent à la fois d'ouvrir les possibilités de poursuite et de répression de chaque État selon des lois harmonisées pour une infraction internationalisée, et de reconnaître les décisions de chaque autorité judiciaire.

Cette évolution, vers une reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires de chaque État, constitue le moyen de lutte contre la corruption internationale. En ce sens, on comprend mieux l'évolution et l'accroissement de la norme en tant qu'outil d'une coopération interétatique dans la lutte contre la corruption. Par voie de conséquence, c'est l'éthique d'entreprise qui comprend un contenu normatif évolutif puisque la loi interfère dans le mode de gouvernance des entreprises.

16. Mais, on doit aller plus loin dans l'analyse de la consécration de la lutte contre la corruption. Il semblerait

que l'instrument normatif permette de limiter le risque de corruption. En effet, en amont de toute répression, la loi édicte des obligations comme comportement éthique au sein de l'entreprise. Il s'agit d'éviter les conflits d'intérêts, véritables catalyseurs du pacte corrupteur, notamment en matière comptable et financière.

## B. Quant au risque de corruption : l'exemple des interprètes du chiffre

17. C'est à travers le rôle et les obligations des experts comptables, des commissaires aux comptes et des analystes financiers que l'on peut apprécier dans une certaine mesure, l'utilité consacrée de la loi comme moyen de lutte contre la corruption. Imposant de plus en plus d'obligations d'information et de transparence, la loi contribue à encadrer la stratégie de développement des entreprises dans la limite de la licéité. On ne citera que quelques exemples concernant le commissaire aux comptes et la particularité des analystes financiers. C'est par la comparaison de l'interférence de la loi dans les deux types de mission que l'on se rend compte du degré de la prévention du risque pénal. Dans le premier cas, l'encadrement légal de la mission du commissaire aux comptes est strict (1); dans le second cas, on oppose l'existence de règles déontologiques dépourvues de caractère contraignant, cependant à vocation préventive (2).

### a. L'encadrement strict de la mission du commissaire aux comptes : un moyen de prévenir le risque de corruption

18. À l'instar des conventions interdites destinées à prévenir le risque d'abus de biens sociaux<sup>43</sup> telles que les crédits abusivement consentis par les sociétés commerciales aux administrateurs et directeurs, le législateur a strictement encadré la mission du commissaire aux comptes afin d'empêcher les justifications mensongères de comptes et opérations frauduleuses. Cette série d'obligations, bien que non directement liée à l'infraction de corruption, doit être rapprochée de la nouvelle extension de l'incrimination de la corruption dans le secteur privé. En effet, les obligations incombant au commissaire aux comptes peuvent être appréciées aujourd'hui comme un des moyens destinés à favoriser l'information et la transparence empêchant les opérations destinées à occulter les pactes corrupteurs. Puisque l'incrimination vise le secteur privé, le rôle du commissaire aux comptes prend une dimension supplémentaire dans la prévention du risque de corruption. Il s'agit d'un des maillons fragiles de la chaîne de la transparence financière en ce qu'il intègre des conflits d'intérêts entre professionnels du chiffre et les acteurs dirigeants des sociétés<sup>44</sup>. En effet, celui qui est contrôlé est celui qui paie : les dirigeants de sociétés peuvent être tentés d'influer sur la mission des commissaires aux comptes.

38. On rappelle que la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a généralisé le principe de la responsabilité pénale des personnes morales.

39. Bulletin Officiel du ministère de la Justice n° 101 : Circulaire de présentation des nouvelles infractions de corruption active et passive dans le secteur privé issues de la loi n° 2005-750 du 04 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice- CRIM 2006- 04 G3/14-02-2006.

40. Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté le 17 juill. 1998 et entré en vigueur le 1er juill. 2000.

41. Art. 113-2 du Code pénal.

42. Art.14-7 du Pacte de l'ONU relatifs aux droits civils et politiques de 1966.

43. Art. L. 225-43 Code de commerce.

44. Rapport 2005, Service central de prévention de la corruption, La Documentation Française, op. cit., p. 101 s.

Néanmoins, sur les conflits d'intérêts, on doit rappeler que le droit n'en donne guère de définition précise. Cette notion transcende de nombreux contextes juridiques quels qu'en soient les domaines sans que pour autant, elle comprenne un régime qui lui est propre<sup>45</sup>. Mais, le conflit d'intérêts n'en demeure pas moins pris en compte par la loi à travers l'encadrement qu'elle impose, notamment dans la mission du commissaire aux comptes. Cette dernière est triple : une mission de contrôle, une mission d'information et une mission d'alerte.

19. En effet, on sait que le commissaire aux comptes est chargé de certifier les comptes annuels selon les critères de régularité et de sincérité afin de donner une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice. En cas de suspicion sur des faits constitutifs d'infractions, le commissaire doit en informer le procureur de la République du TGI territorialement compétent<sup>46</sup>. C'est cette obligation de révélation qui constitue à la fois l'outil éthique induisant la gouvernance de l'entreprise et le risque pénal selon les facultés de la transgresser. De la même manière, le commissaire aux comptes doit déclencher la procédure d'alerte auprès des dirigeants, mais aussi auprès du tribunal de commerce si la société s'oriente vers un état de cessation des paiements. Toutes ces obligations sont sanctionnées par des mesures disciplinaires, civiles et pénales en cas d'irrespect. Cet encadrement strict par la loi participe, en conséquence, aux impératifs de transparence et couvre le risque de corruption par la vigilance et le contrôle étroit des opérations comptables. Par ailleurs, les lois nouvelle régulation économique du 15 mai 2001, de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003 et l'ordonnance du 8 septembre 2005 ont davantage mis en évidence le rôle majeur de cette mission pour une transparence financière. C'est encore en ce sens qu'a été créé le Haut commissariat aux comptes, celui-ci étant destiné à veiller à la séparation des activités de conseil et d'audit. C'est dire que l'on assiste à l'accroissement d'un contrôle externe en ce que la mission du commissaire aux comptes est, en principe, davantage surveillée par l'Autorité publique : le Haut commissariat aux comptes soumet les commissaires aux comptes à des inspections et contrôles périodiques et même occasionnels<sup>47</sup>.

20. Cette évolution est une réponse aux propositions de directives du parlement européen et du Conseil de l'Europe relatives au contrôle légal des comptes annuels et comptes consolidés de mars 2004. Il s'agit aussi d'une évolution parallèle à celle des États-Unis pour une plus grande transparence avec la loi Sarbannes-Oxley<sup>48</sup>. Ainsi, sur une période de 10 ans, on a relevé jusqu'à 200 mises en cause de la responsabilité civile par an, et une trentaine de cas de responsabilité pénale par an des commissaires aux comptes<sup>49</sup>. Néanmoins, on doit préciser l'étendue de la responsabilité des commissaires aux comptes parce qu'ils sont tenus d'une obligation de moyen et non de résultat. En d'autres termes, les responsabilités ne sont relevées

que si le professionnel n'a pas employé les moyens dont il disposait normalement pour contrôler la comptabilité. Dès lors, la responsabilité ne peut être établie par le seul reproche de ne pas avoir découvert les infractions, mais parce qu'il n'a pas usé des moyens à sa disposition pour les découvrir. On le comprend aisément eu égard à la complexité sans cesse croissante de la mission des commissaires aux comptes, ce qui explique l'emploi des mentions dans les rapports comme : "sous réserve de..., certifie que les comptes de l'exercice sont réguliers et sincères". C'est la raison pour laquelle, l'arsenal législatif couvre également le souci de l'efficacité de la mission du commissaire aux comptes par l'instauration de sanctions pénales à l'encontre du dirigeant récalcitrant. Par exemple, les responsables d'entreprise encourent 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende pour obstacle aux contrôles ou refus de communication de toute pièce utile à l'exercice de la mission des commissaires aux comptes<sup>50</sup>. Cet encadrement rigoureux par la loi met en évidence la volonté d'une certaine moralité et qualité du fonctionnement des sociétés commerciales. Or, compte tenu de l'extension de l'incrimination de la corruption au secteur privé, ce dispositif participe à la limitation du risque de corruption, l'information comptable devant faire l'objet d'une transparence constante. C'est dire que la lutte contre la corruption est davantage consacrée par une nouvelle dimension des textes législatifs préexistants, combinés aux nouvelles normes internationales. Ce constat nous conduit à comparer l'outil juridique encadrant la mission, cette fois des analystes financiers. Ce dernier est beaucoup moins développé, ce qui nous permettra de s'interroger sur la nécessité d'accroître ou non la norme comme instrument de lutte contre la corruption.

#### b. L'encadrement de la mission des analystes financiers

21. Parmi les analystes financiers, on cite les analystes indépendants, mais le plus souvent les analystes salariés. Leur mission consiste à intervenir sur les marchés financiers (banques et sociétés de bourses) ou dans le cadre d'un rachat d'entreprise pour le compte de sociétés d'investissement. Leur rôle est celui d'un conseil au profit des vendeurs dans les salles de marchés ou au profit des gestionnaires de portefeuilles. Les outils destinés au conseil et à l'analyse sont les comptes de synthèse établis deux fois par an pour les entreprises cotées, les rapports annuels et les informations communiquées en entreprise lors des réunions. À ce titre, les analystes disposent d'informations privilégiées afin d'effectuer leur mission. Mais, on sait qu'ils ne peuvent utiliser que les seules informations rendues publiques sous peine d'être poursuivis pour délit d'initié. C'est au regard de l'extension de l'incrimination de corruption dans le secteur privé, que ce domaine présente un réel risque de corruption. En effet, les analystes qui disposent d'informations privilégiées pourraient être enclins à les négocier à travers les pactes corrupteurs. Or, à la différence de la mission du commis-

45. Colloque, Deauville 1<sup>er</sup> et 2 avril 2006, "Les conflits d'intérêts, une question majeure pour le droit des affaires du XXI<sup>e</sup> siècle", propos introductifs du premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet ; B. Raynaud, "La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions", JCP E 2005-I-354 p. 404.

46. Dans le ressort duquel se trouve la société commerciale.

47. LSF, 1<sup>er</sup> août 2003 ; D. d'application du 25 novembre 2003.

48. Loi Sarbannes-Oxley (2002) renforce les mesures de contrôle des dirigeants et des auditeurs.

49. CNCC- Rapport 2005, Service Central de prévention de la corruption, op. cit., p. 108.

50. Art. L. 820-4 du Code de commerce.

saire aux comptes, il n'existe pas de texte contraignant sanctionnant le défaut de probité, en dehors du cas particulier du délit d'initié. Néanmoins, l'AMF représente l'autorité de surveillance.

De plus, la directive européenne sur la présentation équitable des recommandations d'investissement, démontre sa préférence pour les normes d'autorégulation. Ainsi, le rapport remis en mars 2005 par le Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières (CERVM) recommande le principe de l'autorégulation. On note encore une prévention des conflits d'intérêts et, par voie de conséquence, celle du risque de corruption par le développement de Codes déontologiques. Ces règles concernent la déontologie des analystes à travers l'utilisation des informations privilégiées. En France, on cite le code de déontologie de la SFAF modifié en 2002 et la Charte CLIFF-SFAF de 2003. Il est vrai que toutes ces dispositions ne sont pas accompagnées de sanctions dissuasives en cas de violation. En d'autres termes, l'outil juridique destiné à promouvoir la transparence des missions des analystes financiers n'est guère contraignant, mais seulement contractuel et incitatif. Néanmoins, même de cette manière, il s'agit d'une contractualisation de l'exigence d'éthique. Cette formalisation contractuelle rend compte de l'intention de prévenir les agissements corrupteurs. Certes, en l'absence de sanction, l'observation des lois ne pourrait être qu'une affaire de conscience. Certains soulèvent cette remarque comme un "triste constat", ce qui conduirait à dire que l'autorégulation est insuffisante et que la norme nationale et celle internationale constituent le seul moyen efficace de la lutte contre la corruption<sup>51</sup>.

22. Cette remarque doit être nuancée, surtout s'agissant de la lutte internationale contre la corruption. En effet, si l'on peut croire que ce n'est que l'existence de sanctions qui rend efficace le comportement éthique, il semblerait que cela ne peut être vrai que sous réserve de certaines limites, celles consistant à fragiliser les investissements par l'accroissement démesuré du risque pénal selon le développement de lois répressives. Certes, la loi est un moyen nécessaire, et sa consécration en tant que modalité de lutte contre la corruption emporte une utilité non négligeable. Toutefois, on note également une inflation législative et une multitude de textes traitant des mêmes domaines. C'est cet accroissement qui interroge sur le plan de l'efficacité de la lutte contre la corruption. Nous avons observé que la mise en compatibilité de la norme interne de chaque État constituait le préalable d'une lutte contre de telles infractions. Chaque État se dotant de l'arsenal législatif conformément à la ratification des conventions internationales et européennes, participe au mouvement destiné à limiter les comportements frauduleux. En cela la consécration d'une lutte internationalisée peut être affirmée. Néanmoins, même dotés de textes pénaux adéquats, le caractère international de la corruption impose un dépassement nécessaire de l'outil normatif ou légal comme moyen de lutte. Il semblerait même que le développement des textes

pourrait conduire à un amalgame alors que les remèdes se trouveraient davantage dans les moyens d'application des textes préexistants. En d'autres termes, la lutte contre la corruption est perfectible.

## II. La perfectibilité de la lutte contre la corruption

23. On soulève la perfectibilité de cette lutte par le seul développement de la norme pénale. Certes, cette dernière est une nécessité. Toutefois, si elle ne converge pas forcément vers la surpénalisation du domaine des affaires, l'extension de l'incrimination de corruption peut entraîner de nouvelles limites desservant la finalité même d'enrayer le phénomène de corruption. C'est la raison pour laquelle il est utile de relever les limites de l'instrument pénal (A), ce qui nous oriente vers la recherche de nouveaux instruments de lutte contre l'infraction (B).

### A. Quant aux limites de l'instrument pénal

24. Ces limites tiennent à la préexistence de textes incriminant des comportements voisins, voire similaires, d'où le problème de la surabondance de la norme répressive. Il en ressort un risque de concours de qualifications pénales pour un même comportement, notamment en matière d'ententes illicites (1). Par ailleurs, le développement des textes répressifs n'empêche pas les réserves étatiques en matière de coopération pénale internationale, ce qui conforte encore l'idée de la limite de l'instrument pénal, et en conséquence de la perfectibilité de la lutte contre la corruption (2).

#### a. Limitation par la surabondance de textes répressifs : l'exemple des ententes illicites

25. On pourrait se demander si les règles relatives aux pratiques anti-concurrentielles ne sont pas à elles seules suffisantes pour réprimer les ententes illicites<sup>52</sup>. En effet, on sait que la nouvelle loi du 4 juillet 2005 intègre une logique concurrentielle en étendant l'infraction de corruption au secteur privé. Or, on doit aujourd'hui rapprocher la corruption privée d'une série d'infractions relatives au droit de la concurrence. Ce rapprochement conduit à s'interroger sur les domaines des incriminations concernées, ces derniers étant communs. C'est sur cette idée de surabondance de la norme répressive que des limites existent en dépit du souhait de lutter contre un tel fléau.

Plus précisément, aux termes de l'article L. 420-1 du Code de commerce "*sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France*", les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, "*lorsqu'elles ont*

51. Le Conflit d'intérêts dans le domaine privé, Service central de prévention de la Corruption, La Documentation Française, op. cit., p. 115.

52. V. not. J. Tricot, "Les figures de l'internationalisation en droit pénal des affaires, La criminalisation imposée au droit interne par le droit international" ; La corruption internationale, Rev. sc. crim. 2005, p. 753

s, spéc. p. 764 ; Stefano Manacorda, "La région Europe : Bilan comparatif des conventions de l'OCDE, de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe", in *Les processus d'internationalisation*, Mireille Delmas-Marty (Dir) Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne humaine, 7 volumes, spécialement, n° 7, p. 105-118.

pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché", "notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou au libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises; faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse... répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement"<sup>53</sup>.

Ce texte issu de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>54</sup> concerne toutes les entreprises, personnes morales et personnes physiques. Parce qu'il existe une très grande variété de formes d'entente, le législateur a consacré une formule très large. Ainsi, les pratiques anti-concurrentielles peuvent être caractérisées par n'importe quel type de collusion, coalition, action concertée, convention, contrat, ententes expresses et même tacites. En d'autres termes, on soulève des textes préexistant et prenant déjà en compte la réalité économique et les divers pactes illicites possibles. Alors que pour la corruption, il s'agit d'incriminer un pacte illicite procurant une contrepartie, pour l'entente anti-concurrentielle, il s'agit d'incriminer un concours de volontés, susceptible d'entraver la concurrence, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une quelconque contrepartie. Dès lors, l'entente illicite découlant de pratiques anti-concurrentielles est une incrimination de type ouvert, recouvrant des hypothèses encore plus diverses et variées que celles afférentes à la corruption. Il en ressort que la loi actuelle recouvre toutes les hypothèses de pactes corrupteurs.

26. Il est vrai, cependant, que les peines encourues ne sont pas identiques : la corruption fait encourir 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, tandis que l'entente illicite fait encourir 4 ans d'emprisonnement et une amende de 75 000 euros.

Dans ce cas, le juge devra préférer la plus haute acception pénale, l'infraction la plus sévèrement réprimée, ou le texte spécial sur celui général. Mais en dehors de cette différence, il est à noter qu'en terme de lutte contre des agissements de collusions illicites, ce n'est pas la distinction d'un an d'emprisonnement qui rend celle-ci efficace. De plus, cette distinction en matière de gravité des sanctions doit être relativisée en ce que les juridictions répressives appliquent le principe de la personnalisation des peines selon les circonstances de la commission des infractions et selon la personnalité de l'auteur<sup>55</sup>. Dès lors, une juridiction pénale peut prononcer deux ans d'emprisonnement pour une entente illicite, ou un an d'emprisonnement pour une corruption privée, si les circonstances de la commission de ces infractions le justifient. C'est la raison pour laquelle, il convient de dire que les incriminations

relatives aux ententes anti-concurrentielles paraissent suffisantes, surtout au regard de la largesse des textes, recouvrant ainsi toutes les hypothèses de collusion, de coalitions ou de pactes entre personnes physiques ou morales<sup>56</sup>.

27. Certes, pour que l'entente prohibée soit incriminée, la jurisprudence exige un seuil de sensibilité au-dessous duquel l'infraction ne sera pas constituée. En effet, lorsque la menace anti-concurrentielle est trop faible, le juge l'appréciant in concreto, on ne pourra pas caractériser l'infraction d'entente illicite<sup>57</sup>. Néanmoins, on rappelle que la loi incrimine les ententes qui ont pour objet, ou qui peuvent avoir pour effet d'entraver le jeu de la concurrence. C'est donc le comportement inspiré par l'intention de porter atteinte au jeu normal de la concurrence qui est réprimé. Ainsi, l'absence d'effet anti-concurrentiels ne constitue pas un obstacle à l'incrimination : il suffit que l'entente soit susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Cette remarque permet de penser que les ententes entre corrompus et corrupteurs privés pourraient entrer dans le champ d'incrimination des ententes anti-concurrentielles sans qu'il soit, de surcroît impératif, de prouver l'existence d'une contrepartie au profit du corrompu. En définitive, les termes larges relatifs aux ententes illicites rendent les conditions d'incrimination plus souples, ce qui revient à prétendre que les ententes illicites intègrent une qualification plus sévère que la qualification de corruption supposant l'existence d'une contrepartie.

Cette constatation peut également être effectuée pour la corruption publique. En effet, on peut rapprocher la corruption publique<sup>58</sup> du délit de favoritisme, même si ces infractions ne peuvent être confondues. Selon l'article 432-14 du Code pénal, le favoritisme vise la violation des règles relatives à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, et l'octroi d'un avantage injustifié. Il est donc question de protéger les règles concurrentielles dans les procédures de passation des marchés publics<sup>59</sup>. L'intention de donner un avantage injustifié suffit à caractériser l'infraction. Autrement dit, le délit de favoritisme est plus large que celui de la corruption parce qu'il peut être constitué en l'absence de toute contrepartie<sup>60</sup>.

28. Certes encore, la ratification des conventions internationales impose une harmonisation des législations nationales. Ainsi, il est nécessaire de faire évoluer les législations de chaque État dans le sens d'une certaine équivalence des incriminations afin de rendre la lutte contre la corruption possible sur le plan international. Néanmoins, on assiste également à une profusion de textes internationaux sur le même domaine au point de soulever certaines discontinuités<sup>61</sup>.

53. Pour des exemples pratiques : Com. 12 janv. 1999, Contrats Conc. Consom. 1999, n° 57, obs. Malaurie-Vignal ; JCP E 1999, n° 48, p. 1909, obs. Arhel ; Paris, 9 janv. 2001, RTD com 2001.421, obs. Claudel ; 17 juin 2003, BOCC 29 sept. 2003 ; Voir aussi, CJCE 15 oct. 2002, Contrats Conc. Consom. 2003, n° 60, obs. Piollot-Peruzzetto ; Grynfogel, Le concours de volontés entre entreprises, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes, RJDA 2005. 551.

54. Ord. n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, ancien art. 7.

55. Art. 132-24 Code pénal.

56. Com. 12 janv. 1999, arrêt préc., JCP E 1999, n° 48, p. 1909, obs. Arhel ; Paris, 9 janv. 2001, arrêt préc., RTD com 2001.421, obs. Claudel.

57. Com. 4 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 172, JCP-1993-II-22111, note Boutard-Labarde.

58. Voir supra I-A-1.

59. Voir Circulaire n° 05-3 du 22 février 2005 relative au Code des marchés publics.

60. Cass. crim. 20 avril 2005, n° 04-83-017, D. 2005-IR-1377 ; 14 janv. 2004, Bull. crim. n° 11, D. 2004-IR-470, RTD com. 2004. p. 623, obs. B. Bouloc ; AJ pénal 2004, p. 113, obs. A. Pitoun ; V. not. F. Farouz-Chopin, *La lutte contre la corruption*, PU, Perpignan, 2003 ; Y. Serra, *Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme : panorama 2004-2005*, D. 2005. 2454 s.

61. J. Tricot, *chron. préc.*, La corruption internationale, Rev. sc. crim. 2005, p. 753 s, spéc. p. 764.

En effet, d'abord toutes les conventions internationales ne traitent pas à la fois de la corruption passive et active. C'est le cas, par exemple, de la convention de l'OCDE qui ne vise que la répression de la corruption active; ensuite, on note des divergences sur la qualité des auteurs de l'infraction: certains textes renvoient au droit national pour définir la qualité de l'agent public tels que la convention pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 et celle de l'Union européenne du 26 mai 1997; d'autres conventions comme celles de l'OCDE et des nations Unies donnent une définition large de la qualité de l'auteur<sup>62</sup>. Enfin et surtout, s'agissant de la corruption privée, cette dernière est exclue de la convention de l'OCDE, tandis qu'elle est expressément visée dans les textes européens<sup>63</sup>.

Toutes ces distinctions pourraient être expliquées par rapport à l'intérêt à protéger: celui économique visant à conserver le libre jeu de la concurrence et celui démocratique recouvrant la protection des droits de l'homme. Or, si ces intérêts à protéger sont complémentaires l'un de l'autre, ils n'en demeurent pas moins étendus au point de conduire à une extension des domaines d'application des textes nationaux alors harmonisés. Il en ressort une extension de la corruption au secteur privé qui chevauche l'existence de normes préétablies traitant de la concurrence. On pourrait, par exemple, citer le durcissement de la législation pénale suisse dans le même domaine. Ainsi, la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2006 a étendu l'incrimination de corruption au secteur privé conformément à la convention du Conseil de l'Europe. Cet élargissement a été intégré dans la loi sur la concurrence déloyale<sup>64</sup> visant essentiellement à garantir une saine concurrence dans le secteur de l'économie privée. Or, cette consécration, dans le même sens que celle de la législation française, démontre le souci de sanctionner des actes contraires aux obligations de loyauté. Cela revient à dire qu'il existe une pénalisation supplémentaire là où les textes répressifs actuels en matière de concurrence déloyale pourraient suffire. Il en ressort un constat mitigé sur l'effectivité prochaine de ces nouvelles lois, celles-ci correspondant à des hypothèses incriminées par d'autres normes.

29. On pourrait encore aller plus loin et soulever le problème des ententes illicites entre les initiés. Lorsqu'on envisage, notamment, le cas des analystes financiers<sup>65</sup>, on sait que l'extension de la corruption au secteur privé vise ces personnes en ce qu'elles sont susceptibles de négocier les informations privilégiées à travers des pactes corrupteurs. Or, de tels actes sont déjà incriminés à travers les opérations d'initiés. En effet, les atteintes à la transparence des marchés peuvent exister sous différentes formes, telles que l'utilisation des informations privilégiées<sup>66</sup>, les actions illicites sur le marché<sup>67</sup>, et la communication d'informations privilégiées<sup>68</sup>. Selon cette dernière infraction, le fait pour toute personne, disposant dans l'exercice de ses fonctions d'une information privilégiée sur les pers-

pectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions fait encourir une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 150 000 euros<sup>69</sup>. La communication d'une information privilégiée, peut comprendre, bien que le texte ne le mentionne pas expressément, un concours de volontés entre le communiquant et le récepteur. Cette incrimination n'impose pas non plus la caractérisation d'une contrepartie. Il en ressort l'existence d'incriminations pouvant intégrer des comportements de corruption privée sans que les exigences probatoires soient les mêmes.

Il est vrai que la spécificité des pactes corrupteurs impose une incrimination autonome conformément aux exigences internationales. Toutefois, on constate que la norme répressive préexiste et concerne les divers domaines d'incrimination de la corruption privée. La consécration d'un texte supplémentaire en ce sens ne peut que participer à la perfectibilité de la lutte contre la corruption, sans rendre celle-ci concrètement effective. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'on envisage la faculté pour les États de manifester des réserves en matière de coopération internationale. L'accroissement de la répression est alors limité par la volonté des États.

#### b. Les réserves étatiques

30. C'est en matière d'entraide pénale internationale que l'on relève encore des limites de l'instrument répressif confortant l'idée de perfectibilité de la lutte contre la corruption. L'entraide pénale recouvre les domaines de la procédure, l'information, les communications des preuves entre autorités judiciaires, les saisies, les mandats d'arrêt et l'extradition. Certes, les conventions d'entraides ont été améliorées et un progrès important a été réalisé avec la convention du 29 mai 2000<sup>70</sup>. Parmi ces progrès, on cite l'application de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales destinée à dépasser l'exigence de la double incrimination entre deux États. Cette application a pour objet de faciliter les échanges de décisions d'autorité judiciaire à autorité judiciaire afin de mieux appréhender les infractions internationalisées. De la poursuite, de la recherche des preuves de culpabilité jusqu'au jugement, ce principe constitue la base de la coopération interétatique en matière répressive. Les mécanismes de coopération mettent en relation un état requérant et un état requis, ce dernier étant sollicité pour faciliter la poursuite et la répression des auteurs d'infractions.

Toutefois, il existe de nombreux obstacles. L'un des plus importants comprend la marge d'appréciation laissée aux États quant à la réponse qu'ils décident de fournir aux requérants. Cette marge d'appréciation est constitutive de la réserve étatique. Cette dernière est fonction de l'interprétation que l'État fait du respect des intérêts politiques et des conditions de protection des droits de l'homme par

62. N. Dion, Travaux des organisations internationales, Droit du commerce international, RD aff. Int. 1997, n° 6.

63. Art. 7 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe; Décision-cadre n° 2003/568/JAI du Conseil du 22 juin 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, JOCE L 192, 31 juill. 2003 p. 54.

64. Art. 4a LCD.

65. Voir supra I-B-2.

66. Art. L. 465-1 Code monétaire et financier

67. Art. L. 465-1 Code monétaire et financier: diffusion d'informations fausses et trompeuses; art. L. 465-2 Code monétaire et financier: les manœuvres sur les cours.

68. Art. L. 465-1 Code monétaire et financier.

69. Art. L. 465-1 Code monétaire et financier.

70. JOCE C 197/1 du 17 juillet 2000.

l'État requérant. On relève alors un conditionnement important de l'entraide judiciaire pénale par rapport à la protection des droits de l'homme et à l'enjeu de lutte contre la corruption. C'est par référence à la protection des droits fondamentaux consacrés par les constitutions des États qu'il existe des limites à la coopération internationale. Dès lors, on assiste à une conciliation problématique entre l'adoption de conventions internationales et européennes destinées à enrayer un fléau tel que la corruption et les réticences étatiques fondées sur le respect des droits et libertés. Par exemple, en Allemagne, le mandat d'arrêt européen consacré par une décision-cadre de 2002, a été déclaré contraire aux dispositions constitutionnelles. Ainsi, par une décision du 18 juillet 2005, le Tribunal constitutionnel fédéral a annulé une loi allemande sur la base de la non-conformité avec la constitution au motif particulier que cette loi constitue "une ingérence disproportionnée au regard des ressortissants allemands..."<sup>71</sup>. Les conséquences relatives, notamment, à la commission de l'infraction de corruption, sont non négligeables. S'il est rendu difficile de poursuivre les auteurs pour les infractions concernées par les conventions internationales, il paraît peu probable de rendre la lutte efficace par la multiplication des textes définissant seulement l'interdit. Ce type de réserve est encore plus vrai en matière de preuves, de saisie, de perquisition, les réticences nationales n'ayant pas permis une consécration pleine et entière, notamment lorsqu'il s'agit du secret bancaire. Cela paraît regrettable en ce que ce sont les modalités de mise en œuvre des conventions internationales qui rendent la lutte contre la corruption efficace.

31. En définitive, si l'on relève un progrès notable sur la définition de l'incrimination par le biais des conventions internationales, celui-ci conduisant les États à harmoniser leurs législations, on relève aussi des freins quant aux moyens d'appréhender la corruption. L'accroissement des textes en matière de corruption comporte donc des limites non seulement parce qu'il suscite des chevauchements avec des textes nationaux préexistants et traitant de domaines communs, mais aussi parce que leur mise en œuvre souffre de nombreuses réserves nationales. Certes, l'acte de corruption commis pour partie sur le territoire français et pour partie sur un autre territoire conduira à l'applicabilité de la loi française sur la corruption privée, conforme aux exigences internationales et européennes. Mais, le contenu de la répression comprendra des limites quant aux moyens de l'entraide. Ne disposant pas de tous les éléments, les poursuites et jugements peuvent être ralentis. Par ailleurs, les produits financiers issus de la corruption peuvent faire l'objet de placements sur des places financières non soumises à l'entraide. L'absence de

collaboration d'autorités locales contribuera à favoriser le transit des commissions occultes et de pots de vins. Ce sont les réserves des autorités qui empêcheront alors de reconstituer les mécanismes destinés à remonter jusqu'aux comptes des détenteurs concernés.

Force est donc de relever que l'instrument pénal comporte des limites et ne peut constituer la seule réponse en matière de lutte contre la corruption. Cette perfectibilité, ainsi relevée, conduit alors à dire que l'étude reste ouverte et que tous les problèmes ne sont pas résolus, ce qui suscite la recherche de nouveaux instruments.

## B. Vers la recherche de nouveaux instruments

32. La corruption, affectant le développement économique et faussant les conditions internationales de la concurrence, conduit à rechercher des moyens complémentaires de la loi, afin de rendre l'application de celle-ci efficace. C'est d'abord, par la maîtrise des enjeux et de l'intérêt à protéger que de nouvelles propositions pourraient être faites. En effet, les enjeux sont à la fois divers et importants. Il s'agit de permettre la liberté et la fluidité des échanges, comme de promouvoir le développement durable dans le respect des valeurs démocratiques. Il est alors nécessaire d'intégrer au préalable une réglementation sociale ou un volet normatif et répressif. Mais, comme démontré précédemment, le constat de l'insuffisance de l'outil contraignant amène à s'interroger sur de nouveaux outils en dehors d'une logique verticale ou étatique. Ayant soulevé les limites de ces modalités de lutte, la question se pose de savoir s'il n'existe pas dans le contexte de la globalisation des moyens fondés sur un autre modèle que celui hiérarchique et étatique. Eu égard aux résistances nationales, surtout dans le domaine répressif, les instruments pour enrayer le fléau de la corruption pourraient comprendre une conception horizontale et moins contraignante. On pense à l'autorégulation, l'évaluation mutuelle et en conséquence au domaine contractuel. Il ne s'agirait nullement d'affecter la prévisibilité de la loi ou de reléguer le domaine législatif au rang optionnel, mais au contraire de l'accompagner par de nouveaux outils de prévention de la corruption. Les conséquences néfastes de la corruption, en dépit de lois multiples, conduisent à penser que l'État ne pourrait devenir qu'un instrument parmi d'autres en matière de régulation sociale. Certes, le contrat et le consensus ne se suffisent pas à eux-mêmes. Ces derniers ne produisent d'effets acceptables que parce qu'une réglementation minimale existe<sup>72</sup>. Or, celle-ci existe comme il a été démontré.

71. BVerfG 2 BvR 2236/04 du 18 juillet 2005 ; voir rev sc. crim. 2005, p. 948.

72. E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 1973, p. 193.

73. Par exemple : Accor (nov. 2004), Veolia (oct. 2002), European Aeronotic Defence and Space Company (EADS-avril 2003); Crédit mutuel (nov. 2005), Grande Distribution (juin 2003).

74. SCPC est placé sous l'autorité du Garde des Sceaux, ministre de la Justice. Il jouit d'une indépendance et dispose d'un budget annuel autonome.

75. Rapport, Les Lois anticorruption peu suivies d'effet (par X. Harel), LaTribune, 24 oct. 2006, p. 6.

76. France-Etats-Unis-Chine-Brésil-Pays-Bas-Grande-Bretagne-Allemagne ; rapport préc, p. 8.

77. Control Risks, Simmons et Simmons, International Business Attitudes to corruption, Survey 2006, p. 21 s.

78. J. Pradel, Une consécration du "plea bargaining" à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, D. 1999-chron. 379 s, spéc. p. 381 ; J. Leblois-Happe, De la transaction à la composition pénale, loi n° 99-515 du 23 juin 1999, JCP 2000-1-198 ; B. Bouloc, "La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité", Rev. sc. crim. 2005, p. 116 s ; B. Pereira, "Justice négociée, Efficacité répressive et droits de la défense ?", D. 2005. 2044.

33. Toutefois, parce qu'il s'agit des acteurs économiques, il convient d'aller dans le sens des partenariats entre les acteurs privés et public. Ce sont ces partenariats qui pourraient davantage prévenir le risque de corruption et développer un mode de gouvernance des entreprises dans un sens plus éthique.

On peut citer l'exemple des conventions de partenariat entre des entreprises<sup>73</sup> et le Service central de prévention de la corruption<sup>74</sup>. En effet, depuis 1998, le Service central de prévention de la corruption a développé une politique de sensibilisation à la prévention de la corruption par le biais de contrats conçus à titre gratuit. L'intérêt de ces partenariats réside dans l'existence d'actions de formation des contrôleurs internes et des personnels les plus exposés dans les échanges internationaux. Par ailleurs, ces conventions permettent un échange d'informations entre les autorités publiques et les entreprises afin de développer des codes éthiques des entreprises. Ces derniers comprennent dans leur articulation, la prise en compte des risques de corruption dans les transactions commerciales internationales. Même si la démarche consensuelle et contractuelle est moins contraignante que la loi, elle n'en demeure pas moins inutile.

En effet, d'abord concernant le domaine spécifique de la criminalité d'affaires, la loi ne permet pas toujours de rendre compte de la diversité des actes commis par les délinquants en col blanc. Ces derniers sont des citoyens bien socialisés et disposent des facultés pour contourner les règles en donnant à leurs décisions une apparence légale. La norme pénale ne condamne que les actes qui sont caractérisés, lorsque la contrepartie est manifestement évidente. Il est donc difficile de caractériser les contreparties sous forme d'échange de faveurs subtiles (acquiescement d'une dette, embauche..., offre de contrat). Ensuite, en dépit du renforcement de la législation contre les dessous-de-table, près de trois entreprises sur quatre considèrent que cela n'aura aucune incidence sur les pratiques en vigueur<sup>75</sup>. Pour autant, le coût de la corruption est exponentiel : près de la moitié des 350 responsables d'entreprise de sept pays interrogés par Global Risks ont perdu un contrat en raison du versement d'un pot-de-vin par un concurrent<sup>76</sup>. Mais, on doit également ajouter que plus de 35 % des entreprises se sont détournées d'un pays en raison de sa mauvaise réputation, en dépit des conditions d'investissement avantageuses<sup>77</sup>. C'est la raison pour laquelle le contexte contractuel peut constituer un des moyens de participer à des échanges éthiques, et en conséquence à l'enrayement du fléau de la corruption. En effet, les stipulations contractuelles au sein des échanges internationaux englobent les obligations de loyauté et d'échanges transparents. Les violations de tels engagements contractuels peuvent constituer des motifs de rupture de la relation contractuelle. Par exemple, sur le comportement des analystes financiers, leur contrat comprend des clauses de confidentialité et de loyauté très développées, toute transgression pouvant entraîner la résiliation du contrat de collaboration ou le licenciement de l'analyste salarié.

34. Par ailleurs, même sans confondre les deux domaines, on doit noter que le domaine répressif intègre de plus en plus l'outil de contractualisation<sup>78</sup> par la médiation, la transaction, la composition et la négociation sur

les charges. Bien qu'il ne s'agisse pas du même secteur, il est intéressant de relever que pour les infractions faisant encourir jusqu'à 5 ans d'emprisonnement, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable des charges est envisageable. En d'autres termes, l'auteur d'une corruption privée, peut négocier avec l'organe de poursuite une peine allégée en contribuant à démontrer sa culpabilité.

La procédure dite "de négociation" sur la peine à travers la reconnaissance de sa culpabilité est devenue un des moyens de régulation sociale. Plus précisément, la logique contractuelle et du consensus, en cas de poursuite et après la commission de l'infraction, a été intégrée dans le domaine répressif. On peut alors envisager, en amont de toute commission d'infraction, et davantage en matière de rapports entre les acteurs commerciaux, une régulation contractuelle sur le comportement éthique. Au sein des négociations, comme au sein des transactions, les obligations de loyauté et de transparence font l'objet d'engagements entre les acteurs commerciaux. Ce sont donc par ces moyens que le risque de corruption pourrait être contourné à l'heure où la notoriété des entreprises est constamment sollicitée. De plus, le moyen d'éthique contractualisé s'inscrit davantage dans une logique préventive, et non de réparation ou de sanction suite à la commission de l'acte prohibé. En d'autres termes, la contractualisation peut être présentée comme l'un des instruments complémentaires de la loi, jouant un rôle d'incitation du comportement éthique.

En ce sens, on pourrait citer l'exemple de la Banque mondiale ayant conditionné l'octroi des aides en instaurant un système de contrôle et d'enquête anti-corruption avant l'autorisation d'un quelconque prêt. En effet, la Banque mondiale participe aux investigations sur les suspicions de fraude et de corruption par le biais de son département de l'Intégrité institutionnelle. S'attachant à la qualité de la gouvernance conformément aux exigences de la convention de l'OCDE et des Nations Unies, les prêts et aides alléguées aux pays souhaitant obtenir un crédit, ne sont accordés que si une déclaration certifiant l'existence d'une lutte anti-corruption est effectuée. Une enquête est alors diligentée pour vérifier l'exactitude de la déclaration. De la même manière, le groupe de la Banque mondiale participe au développement des modes de gouvernance plus transparents des entreprises privées. Ces enquêtes, ayant été développées depuis 2001, ont pu mettre en évidence de nombreux cas de fraude et de corruption. Pour l'ensemble de ces cas, la Banque mondiale a sanctionné plus de 300 sociétés et particuliers. Il ressort de ces exemples que ce sont les conditions sur la qualité de l'engagement contractuel qui déterminent la conduite des acteurs commerciaux. Cette voie, non encore explorée aujourd'hui, semble constituer un des instruments nouveaux et complémentaires, contribuant à rendre la lutte contre la corruption internationale efficace.

35. C'est dire que la lutte contre le fléau de la corruption suscite encore des questions. Néanmoins, on relève une prise de conscience internationale importante. Cette dernière a permis de matérialiser la vocation d'enrayer un tel phénomène sur le plan normatif. Les conventions internationales et européennes ont conduit les États à consacrer des textes répressifs harmonisés, comprenant les actes de corruption privée. On ne saurait nier leur utilité en ce

qu'ils contribuent à produire des comportements responsables et éthiques. La loi pénale joue alors un rôle incitatif en fixant les limites à ne pas franchir selon la définition de l'interdit. La conscience du risque pénal pose ainsi le cadre des transactions commerciales selon le respect du principe d'une concurrence libre, mais également loyale.

Toutefois, le développement légal répressif comporte des limites en matière d'efficacité. Si la régulation sociale demeure une nécessité, son accroissement pourrait conduire à dévoyer la finalité propre de la loi, celle de sauvegarder l'ordre public. Dans le domaine des affaires, la sur pénalisation ne contribue pas nécessairement à la sécurisation des investissements, mais, au contraire, pourrait les fragiliser. C'est ainsi que l'on a noté la préexistence de lois pénales traitant d'hypothèses similaires relatives aux pactes et ententes illicites. Ce constat fait penser que la consécration de nouveaux outils répressifs s'oriente vers

la confusion et le chevauchement de textes applicables dans les mêmes domaines. Plus encore, le développement de la répression n'empêche pas les réserves des États, ces dernières constituant le conditionnement de la mise en œuvre des poursuites et jugements des corrompus et corrupteurs sur le plan international. En définitive, les moyens de lutte pourraient être recherchés dans de nouvelles directions, celles que la justice et le procès ont déjà intégrées et qui correspondent à une voie médiane :

la contractualisation. Cette dernière, peut être conçue comme le compromis consensuel incitant les acteurs commerciaux à édicter les impératifs comportementaux conformément aux exigences internationales et européennes. La formalisation de l'éthique par l'outil contractuel constituerait l'encadrement des transactions commerciales prévenant le risque de corruption. ■