

## TABLES RONDES COMPLIANCE

Les deux tables-rondes de la matinée ont permis d'échanger d'abord sur les aspects règlementaires et législatifs, et notamment sur les textes émanant de l'OCDE, transposés au sein du droit français et du droit de l'UE, avant d'évoquer la dimension internationale à travers l'analyse, notamment, de la question de l'extraterritorialité et du rapport déposé la veille du colloque par Monsieur le député Raphaël Gauvin.

**La première table ronde a été consacrée aux sources internationales et internes de la compliance, de leur naissance à la relation avec les autres branches du droit, en passant par les nouvelles obligations en découlant et les enjeux pour l'avocat.**

Lors de la première intervention, Nicola Bonucci (OCDE) a distingué deux grandes périodes d'évolution de l'OCDE sur la question de la compliance : d'abord une approche classique intergouvernementale entre les entreprises, entre indifférence et prudence, dans laquelle l'entreprise était vue comme le problème, puis une prise de conscience que les entreprises peuvent jouer un rôle dans la mise en œuvre de la convention OCDE. Aujourd'hui, la compliance est une notion totalement acquise, en témoigne par exemple le manuel de la *World Bank* et l'OCDE, qui visent à regrouper tous les standards et à fournir des outils pratiques aux entreprises. La mise en œuvre, par l'OCDE, de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et la réalité du terrain a convaincu l'OCDE que les entreprises sont l'un des éléments de la solution. De plus, la coopération internationale dans ce domaine, à travers la mobilisation de toutes les parties prenantes, est essentielle. Cela étant, la convention n'a que 20 ans et changer une culture enracinée est un challenge même si il est évident que la compliance joue un rôle clé qui doit être vu par les entreprises comme une ressource et un investissement, et non comme une contrainte.

Marie-Emma Boursier (Université Paris-Saclay) a ensuite traité du couple droit pénal et compliance. Si le lien entre les deux notions est *a priori* étroit, les travaux internationaux en matière d'infraction pénale ont évolué vers des mécanismes de compliance motivés par le souhait de trouver un vecteur de lutte contre la corruption internationale. Cela a changé la vision de l'anticorruption, qui embrasse désormais un effet préventif tendant à prévenir la réalisation d'un risque, à travers sa détection d'abord, et la mise en place de réponses adaptées à cette détection ensuite, que l'on retrouve dans la cartographie des risques. Ces obligations changent l'aspect de la relation de l'entreprise avec le droit pénal : il faut désormais intégrer la conformité comme un risque pénal. Quoi qu'il en soit, la relation entre compliance et droit pénal sous l'impulsion des organisations internationales a pour effet la protection du pacte social, avec la prévention en amont et la répression en aval. L'entreprise devient partenaire des autorités publiques, ce qui change fondamentalement les choses dans un contexte de droit pénal des affaires internationales.

Ces nouvelles obligations, en plus de changer la relation de l'entreprise avec le droit pénal, font surtout de l'entreprise le gendarme de sa propre conformité. Comme l'a souligné Charles Duchaine (Agence Française Anticorruption), le dispositif français issu de la loi Sapin II est à la fois original, en ce qu'il instaure une obligation de conformité en dehors de toute répression, et ambitieux, en ce qu'il vise à améliorer les standards de la lutte anti-corruption et repose sur une relation de confiance entre les acteurs et les régulateurs. Il fait de la compliance un mode volontaire de régulation, mettant en œuvre gouvernance et contrôle interne pour écarter le risque systémique et l'impact d'un risque isolé. Néanmoins, si l'acteur est lui-même le gendarme de sa propre conformité, l'Etat conserve la charge de mener des contrôles ponctuels pour veiller au respect des obligations quant à l'existence et à l'efficacité des mesures mises en œuvre. Si le dialogue avec les entreprises, avec les avocats et avec les partenaires est constructif et ce même au niveau européen, on peut émettre des réserves sur l'engagement des dirigeants.

L'aspect préventif de la compliance a été développé par Eliane Houlette (Parquet National Financier). La compliance est ainsi aussi claire, par son objectif visant à responsabiliser les acteurs économiques en les incitant

à l'autorégulation de leur activité, que sombre, en raison d'abord de l'incapacité des pouvoirs publics d'avoir un pouvoir de régulation à l'échelle mondiale et, ensuite, parce que le mode de régulation reste attaché à un type d'économie libéral et libéralisé (système juridique anglo-saxon). A l'issue de la loi Sapin II, quatre enjeux majeurs ont été identifiés sur le plan judiciaire : l'extraterritorialité, le principe *non bis in idem*, la mise en cause des personnes morales et le problème de la fraude fiscale et du blanchissement.

La problématique des enjeux fondamentaux pour la profession d'avocat a été soulevée par Pierre-Olivier Sur (FTMS), qui considère que le premier enjeu est né de l'intégration, par la loi Sapin II, de la notion de « vérité » pour l'avocat : le terme n'est évoqué en procédure pénale que pour le témoin (serment de ne dire que la vérité) et le juge d'instruction (participe à la manifestation de la vérité). N'ayant aucun devoir de participer à la manifestation de la vérité, l'avocat n'en connaissait pas. Si évidemment par son travail il contribue à son établissement, il va plutôt participer au silence jusqu'au mensonge lorsqu'il intervient *ex-post* dans la défense de son client. On peut considérer que la loi Sapin II intégrerait la notion de « vérité » à l'office de l'avocat en le faisant intervenir *ex-ante*, ce qui supposerait de modifier les règles de déontologie. Le deuxième stade est l'enquête interne, où il faut décliner le secret professionnel. On peut alors se demander si, au stade de l'enquête administrative, les avocats peuvent devenir lanceurs d'alerte – ceci étant contre les règles de la profession, la réponse serait alors négative.

**La seconde table ronde de la matinée, intitulée « Vers un droit de la compliance européen ? » s'intéresse à l'aspect international de la compliance et l'importance de penser ces sujets à l'échelle européenne.**

Raphaël Gauvain (LREM) a d'abord présenté trois recommandations issues du rapport, remis la veille au Premier Ministre, relatif aux mesures nécessaires à la protection des entreprises européennes. Celles-ci sont très confrontées aux procédures initiées par les autorités européennes et américaines : sur vingt-six entreprises concernées entre 2000 et 2008, on compte quatre européennes, cinq françaises et aucune russe ni chinoise. La première recommandation vise à renforcer l'efficacité de la loi de blocage et à rétablir la souveraineté judiciaire en obligeant les pouvoirs publics américains à passer par la voie de la coopération internationale, à travers (i) le signalement, par les entreprises, de toute demande et (ii) une aggravation des sanctions sur les entreprises. La deuxième proposition consiste à mettre en place des sanctions contre les hébergeurs de données numériques non personnelles des entreprises françaises, leur interdisant de les transmettre à des autorités étrangères sans passer par les canaux d'entraide administrative ou judiciaire. Cela pourrait se matérialiser par une extension du mécanisme applicable en matière de RGPD (sanction financière dissuasive de 4% du chiffre d'affaires mondial) afin de créer un conflit de loi favorable sur le *Cloud Act*. La troisième proposition tend à répondre à la problématique de la protection des avis juridiques internes, à travers la transposition du *legal privilege*, avec une définition stricte. Cette protection pourrait être conférée à tous les juristes - mais un tel *legal privilege* aurait peu de chance d'être reconnu par les américains - soit uniquement aux avocats, par la création du statut d'avocat d'entreprise.

Reprenant les vulnérabilités mises en lumière par ce rapport (asymétrie des procédures juridiques dont disposent les autorités, incertitude des concepts juridiques utilisés par le droit américain, faiblesse des instruments de défense et de protection de blocage au niveau national et européen et déficit de prise de conscience de ces faiblesses et de volonté politique de les affronter au niveau national et européen), Pierre Sellal (August Debouzy) a évoqué en complément quatre axes d'actions mis en lumière par le rapport. En premier lieu, la stratégie de contestation des pratiques extraterritoriales nécessiterait de trouver une autorité capable de contrer la contrariété entre les droits, la dénonciation des accords et les procédures qui contraignent les entreprises européennes à se soumettre pour conserver un accès au marché américain. En second lieu, la stratégie de l'interdiction, qui est l'objectif des procédés de blocage et de la loi de 1968, présente aussi des inconvénients : elle expose les entreprises à un conflit de lois et suppose une volonté politique forte et une importante unité d'intérêts. Concernant, en troisième lieu, la stratégie consistant à empêcher les Etats-Unis de revendiquer leur compétence en développant un *Cloud* souverain qui relèverait du droit européen, le fait que tous les Etats membres n'aient pas la même discipline affecte la crédibilité de l'Europe : il faudrait donc (i) une directive

d'harmonisation pour que les Etats membres incorporent les principes de l'OCDE, (ii) une coordination entre les Etats membres, (iii) une extension de compétence du parquet européen et (iv) la négociation d'un accord bilatéral entre l'Europe et les Etats-Unis, fondé sur le principe *non bis in idem*. La quatrième stratégie, qui est celle de la coopération, fait la force de l'Europe depuis sa construction.

La question de la compliance au sein des entreprises a ensuite été évoquée par Gilles Briatta (Société Générale), qui a souligné que celle-ci était essentielle dans le secteur bancaire, étant considérée (avec raison) comme le principal risque opérationnel. Si le contrôle de son application dans le secteur relève des autorités américaines, la menace la plus importante reste la menace pénale. Le transfert de la supervision prudentielle à la Banque Centrale Européenne opéré fin 2014 a nécessairement donné une dimension européenne à la question. Or ce transfert reste inachevé : beaucoup de règles restent nationales, ce qui crée des confusions qui affaiblissent le pouvoir normalisateur européen et français. En revanche, les compétences européennes ne sont pas mises en œuvre de manière uniforme car les moyens d'exécution n'ont pas été transférés, entraînant des divergences entre autorités nationales (cf. RGPD, sanctions et embargo). Si la compétence européenne est une solution indispensable, il faut transférer les moyens nécessaires pour mettre fin aux incertitudes. Sur la question du respect de la confidentialité des avis juridiques, il est incompréhensible qu'en France on ne reconnaisse pas le droit à une personne sous enquête de les garder confidentiels. A ce titre, le pays le plus efficace dans les enquêtes (les Etats-Unis) reconnaît le *legal privilege*...

Pour conclure, Bernard Cazeneuve (August Debouzy) expose qu'il est inconcevable d'avoir un marché intérieur unique si les dispositifs en matière d'anti-corruption sont différents dans chaque Etat membre. Afin d'éviter ce facteur de distorsion de concurrence, il faut procéder à une homogénéisation des règles en matière d'anti-corruption, qui n'existe pas aujourd'hui. A ce titre, une directive européenne qui intégrerait les principes de l'OCDE permettrait de cadrer le marché intérieur et pourrait définir les conditions d'intervention du juge européen. Sur la question de l'efficacité de l'application de ces dispositions par les juridictions nationales et la coordination sur le plan européen, des actions doivent être conduites concernant les poursuites internationales et européennes : c'est l'exemple des normes prudentielles contenues dans la CRD4 ou du RGPD, qui montrent la capacité des régulateurs nationaux à parler entre eux. Enfin sur la loi de blocage, les entreprises sont dans un entre-deux, entre appliquer la loi française ou avoir affaire au *US Department of Justice*... La solution pourrait résider dans la mise en place d'amendes proportionnelles.

## TABLES RONDES ARBITRAGE

Ainsi que l'a indiqué le Professeur Thomas Clay (Université Paris I Panthéon – Sorbonne), sous la direction de qui les tables rondes consacrées à l'arbitrage se sont déroulées, la relation entre l'arbitrage et la compliance est un sujet neuf ; la matière est inédite mais importante, car forte d'une récente actualité législative (à travers la loi Sapin II et la loi Pacte) et jurisprudentielle (à travers notamment la décision de la cour d'appel de Paris du 28 mai 2019 dans l'affaire Alstom Transport). Compte tenu de ce caractère inédit, les intervenants des tables rondes relatives à l'appréhension des questions de compliance par l'arbitrage ont été invités à poser des questions plutôt qu'à apporter des réponses.

**La première table ronde a été consacrée au contrôle de la compliance pendant l'arbitrage, à travers l'arbitrabilité des litiges de compliance d'abord, puis le contrôle de la compliance par les acteurs de l'arbitrage, à savoir l'entreprise, l'avocat et l'arbitre.**

Marie Danis (August Debouzy) a d'abord évoqué la question de l'arbitrabilité des litiges de compliance. L'arbitrabilité d'un litige s'apprécie selon les personnes considérées, ou selon la matière soumise à l'arbitrage ; la difficulté tient au fait que les règles de compliance sont de natures très différentes, certaines relevant du droit pénal domestique, d'autres de traités internationaux, ou encore constituent des règles de bonne conduite dénuées d'effet contraignant. La jurisprudence ne considère pas que les litiges de compliance soient par nature inarbitrables : l'arbitre a compétence pour décider s'il peut sanctionner les manquements à des règles relevant de l'ordre public international (arrêt Gantz de 1991, arrêt Labinal de 1993). En pratique, si l'arbitre ne peut imposer de sanctions pénales, il peut tirer les conséquences civiles d'un comportement illicite, par exemple en matière de concurrence et de contrôle des concentrations, matières dans lesquelles l'arbitre peut ordonner le paiement de dommages-intérêts en cas d'atteintes. Il en va de même en matière environnementale, qui connaît des arbitrages en particulier relatifs à des garanties de passif environnementales. Dans un arbitrage CCI de 2003 où les arbitres ont statué en équité, il a notamment été fait application du droit international coutumier pour ordonner la remise en état d'une plate-forme offshore alors qu'aucune obligation de dépollution n'était stipulée dans le contrat d'exploitation pétrolière. Les multiples textes qui constituent le droit de la compliance peuvent être appliqués par l'arbitre, qui s'ouvre ainsi un champ nouveau.

Karl Hennessee (Airbus) a ensuite évoqué la manière dont l'entreprise appréhendait les questions de compliance, depuis l'arrêt Metal-Tech de 2013 jusqu'à aujourd'hui avec les arrêts Alstom. Si les conseils doivent faire preuve de courage face aux pratiques de leurs clients, qui ne peuvent pas toujours être changées, et face au nombre relativement faible de sentences publiques qui peuvent éclairer sur les comportements qui doivent être sanctionnés, et si les arbitres sont également confrontés à des décisions difficiles à prendre seuls et qui ne ressortent pas seulement du droit, les juristes doivent, de leur côté, prendre des décisions systématiques et pas uniquement au cas par cas. Il est préférable de réfléchir à la question à l'avance pour établir un système adapté et qui permet de mettre en œuvre des réponses cohérentes, compatibles avec la politique de conformité de l'entreprise et avec l'état du droit. La jurisprudence arbitrale étant encore à ses débuts dans cette matière, les arbitres d'abord, et les juges ensuite, constitueront des guides pour mettre en place les pratiques à appliquer à l'avenir.

Le rôle de l'avocat dans le contrôle de la compliance pendant l'arbitrage a été évoqué par Matthias Fekl (KGA), qui a d'abord rappelé la multiplicité des enjeux : nécessité de lutter contre la corruption, opposition des grands ensembles régionaux sur la scène internationale, extraterritorialité des règles face auxquelles il faut assurer la place des règles françaises et européenne et attractivité de la place de Paris, à travers la pleine mise en œuvre des règles de compliance. A ces enjeux, il faut répondre de manière proactive et sans naïveté, d'abord en permettant à l'avocat d'être présent en amont de l'arbitrage, pour s'assurer du respect, par son client, des normes en vigueur : l'avocat accompagne la démarche de transparence et de sécurisation des situations ; il doit pouvoir échanger avec les autorités compétentes et alerter son client sur les risques. Avant le déclenchement de

l'arbitrage, il doit conseiller sur le choix d'un siège sérieux avec des règles robustes, pour éviter de faire naître des interrogations chez les autorités. Pendant l'arbitrage, l'avocat peut potentiellement gérer plusieurs procédures, en l'absence de coordination internationale et si aucun sursis à statuer n'a été ordonné. Il devra également être capable de répondre aux éventuelles inversions de charges de la preuve, conseiller son client sur la proportionnalité des informations transmises, tout en conciliant cette exigence de transparence et de confiance avec le secret professionnel, afin d'éviter de se transformer en lanceur d'alerte.

La question du rôle de l'arbitre a, enfin, été évoquée par Bernard Hanotiau (Hanotiau & van den Berg) à travers l'étude, d'abord, de son attitude face à des faits de corruption tant en arbitrage commercial que d'investissement. Dans ce cas, l'arbitre doit déterminer si la corruption existe et doit en tirer les conséquences, en refusant par exemple la protection du traité bilatéral d'investissement en cas d'investissement illégal. En matière commerciale, la corruption, qui prend des formes diverses, relève de l'ordre public international : l'arbitre doit effectuer des investigations approfondies, non seulement quand des allégations de corruption sont formées devant lui, mais également d'office, en s'aidant de certains « *red flags* ». Quand de telles allégations existent, l'enjeu est essentiellement probatoire, mais la question est plus délicate quand il n'y a pas de telles allégations : l'arbitre doit être particulièrement vigilant, également pour s'assurer que la procédure n'est pas instrumentalisée par les parties. Il en va de même en matière de blanchiment : dans l'affaire Belokon, les arbitres n'avaient pas ignoré les allégations faites devant eux par les parties mais avaient considéré qu'elles ne permettaient pas de prouver le blanchiment allégué, contrairement à ce que le juge du recours français a retenu. On peut donc s'interroger sur l'étendue du contrôle et de l'analyse que peut faire le tribunal arbitral face à une suspicion de blanchiment, en l'absence ou non d'allégation par les parties. Concernant les autres règles de compliance, les décisions sont rares à ce stade, ce qui rend nécessaire de soulever ces questions.

**La seconde table ronde a été consacrée au contrôle de la compliance après l'arbitrage, à travers le contrôle exercé par le juge pénal, le juge du recours, l'institution d'arbitrage et, en dernier lieu, le contrôle de l'arbitre lui-même.**

Concernant le contrôle de la compliance par le juge pénal, le Professeur David Chilstein (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) a rappelé que le juge pénal n'avait pas vocation à être le juge de la conformité, dont le respect est assuré par d'autres instances. En revanche, le juge pénal peut intervenir dans un second temps, dans l'hypothèse où les programmes de conformité n'auraient pas été mis en place, dans les cas les plus graves où une telle violation des normes de compliance pourrait constituer un indice de commission d'infractions graves, telles que la corruption ou le blanchiment. En définitive, le juge pénal reste relativement en retrait du contrôle de la compliance.

Le second aspect relatif au contrôle de la compliance par le juge du recours, évoqué par Marie Valentini (August Debouzy) pose d'abord la question de l'identification de la règle de compliance au regard de laquelle le juge contrôle la sentence. Reprenant le critère retenu par la jurisprudence pour caractériser une violation de l'ordre public international, la norme de compliance est prise en compte si elle matérialise un consensus international. C'est le cas de certaines lois de police et notamment des normes relatives à la corruption ou au blanchiment, qui sont sanctionnées par la Convention de Mérida de 2003. Il en va autrement des normes de compliance purement étatiques, dont le contrôle a été exclu par le juge du recours dans l'arrêt Belokon (21 février 2017) et des normes de compliance purement contractuelles, également écartées dans l'arrêt Alstom Transport (10 avril 2018). Quant à la manière dont le juge du recours contrôle le respect, par la sentence, de ces normes de compliance qui relèvent de l'ordre public international, ses prérogatives se renforcent pour lui permettre d'analyser, en droit et en fait et indépendamment des constatations réalisées par les arbitres, si des indices graves, précis et concordants révèlent l'existence de faits répréhensibles au titre de normes de compliance relevant de l'ordre public international. C'est ce contrôle que le juge du recours a opéré dans les arrêts Belokon et Alstom Transport, en procédant même dans ce dernier cas à la réouverture des débats, lui permettant ainsi de réaliser un contrôle effectif de la sentence, malgré le caractère limitatif des cas d'ouverture.

Le troisième aspect du sujet, développé par Matthieu de Boissésou, était relatif au contrôle opéré par le centre d'arbitrage. Celui-ci peut s'opérer d'une part sur la procédure d'arbitrage elle-même et d'autre part sur la sentence, lorsque des risques sur l'exécution sont identifiés ou lorsque la résolution de certaines questions contractuelles peut soulever des questions de conformité. Le Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (« CCI ») met ainsi en place, à son article 34, un système de revue du projet de sentence par la Cour de l'institution, qui peut « *en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige* ». Ce contrôle peut également s'exercer sur le centre d'arbitrage lui-même, qui est aussi soumis au respect de certaines normes de compliance dans l'exercice de sa mission : la CCI a notamment édicté, en septembre 2017, une note à l'attention des parties et des tribunaux arbitraux sur la conformité et qui rappelle les réglementations en matière de sanctions susceptibles de s'appliquer aux activités de résolution des différends, ainsi que les mesures administratives qui peuvent être prises afin d'assurer la conformité à ces régimes de sanctions. La CCI ayant son siège en France, elle est soumise à certaines réglementations nationales, mais également à d'autres règles relatives à la réception des paiements, qui soulèvent des questions pratiques avec les banques.

Le dernier aspect, développé par Smahane Akhouad (Université Paris – Saclay) était relatif au contrôle exercé sur l'arbitre, qui est soumis à un devoir de *due diligence* pour éviter l'annulation de sa sentence ou éviter de se rendre complice de violations de normes de compliance. Ce contrôle est d'abord judiciaire et passe en premier lieu par sa responsabilité civile : l'arbitre, qui jouit d'une immunité de juridiction, doit néanmoins s'acquitter de sa mission contractuelle en assumant les responsabilités qui l'accompagnent en cas de faute personnelle équipollente au dol ou faute lourde, fraude ou déni de justice (arrêt Raoul Duval de 1995, arrêt Banque Delubac du 31 mars 2015). Si la responsabilité civile de l'arbitre est engagée, seules les conséquences directes de sa faute peuvent être indemnisées. Ce n'est que dans des circonstances extrêmes que son immunité peut être levée et jamais si sa faute ressort du fond de la décision – mais on peut se demander si cela serait encore le cas si l'arbitre ne tenait pas compte de la violation, par les parties, de règles de compliance. L'arbitre peut également voir sa responsabilité pénale engagée (faits de faux et usage de faux, de corruption ou de trafic d'influence ou encore de blanchiment, en tant qu'auteur principal ou complice). L'existence de ces sanctions pénales est dissuasive et garantit une certaine moralité et éthique de l'arbitre et, par extension, de l'arbitrage. Le dernier aspect est le contrôle extra-judiciaire, à travers la responsabilité institutionnelle de l'arbitre vis-à-vis du centre d'arbitrage qui peut le retirer de ses listes ou prendre des sanctions disciplinaires. Le meilleur contrôle restant celui de l'arbitre par lui-même, pour préserver sa réputation.