

NOVEMBRE 2020

RAPPORT

# POUR UN DROIT EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE

Groupe de travail présidé par Bernard CAZENEUVE,  
Ancien Premier ministre, Avocat associé, August Debouzy

Rapporteur : Antoine GAUDEMET,  
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas





# POUR UN DROIT EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE

RAPPORT DU CLUB DES JURISTES

Commission ad hoc  
NOVEMBRE 2020



4, rue de la Planche 75007 Paris  
Tél.: 01 53 63 40 04  
[www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)

RETROUVEZ-NOUS SUR    



---

# TABLE DES MATIÈRES

---

<b>PRÉFACE</b>	<b>7</b>
<b>RELEVÉ DE CONCLUSIONS DE LA COMMISSION</b>	<b>9</b>
<b>PARTIE I : ACHEVER LE MODÈLE FRANÇAIS DE <i>COMPLIANCE</i> EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION</b>	<b>23</b>
<b>I. AMÉLIORER LE MODÈLE FRANÇAIS DE <i>COMPLIANCE</i> EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION</b>	<b>24</b>
<b>A. Faire évoluer le statut de l'Agence française anticorruption et clarifier la portée de ses recommandations</b>	<b>24</b>
1. Le statut de l'Agence française anticorruption	24
2. La portée des recommandations de l'Agence française anticorruption	31
3. Les recommandations de la commission	35
<b>B. Transposer à bref délai la directive européenne sur les lanceurs d'alerte</b>	<b>37</b>
1. La protection des lanceurs d'alerte issue de la loi Sapin 2	38
a) L'encadrement des lanceurs d'alerte avant la loi Sapin 2 : un ensemble lacunaire et fragmenté	38
b) La définition du lanceur d'alerte	41
c) La protection du lanceur d'alerte dans la loi Sapin 2	46
2. La directive 2019/1937 du 23 octobre 2019	48
3. Les recommandations de la commission	50
<b>C. Améliorer la lisibilité du registre des représentants d'intérêts</b>	<b>51</b>
1. L'encadrement des représentants d'intérêts par la loi Sapin 2	52
2. Les limites de la loi Sapin 2 et de son décret d'application	61
3. Les recommandations de la commission	67
<b>II. APPROFONDIR LE MODÈLE FRANÇAIS DE <i>COMPLIANCE</i> EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION</b>	<b>68</b>
<b>A. Accompagner la montée en puissance du responsable <i>compliance</i> dans l'entreprise</b>	<b>68</b>
1. L'absence d'encadrement de la fonction de responsable <i>compliance</i> dans la loi Sapin 2	69
2. Le Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise de l'Agence française anticorruption	70
a) La désignation du responsable conformité	70

b) Le positionnement du responsable conformité	71
c) Le profil du responsable conformité	73
d) La responsabilité du responsable conformité	74
3. Les recommandations de la commission	76
<b>B. Créer un référentiel <i>compliance</i> adapté aux collectivités locales</b>	<b>76</b>
1. Le dispositif issu de la loi Sapin 2	77
a) La formation d'une culture de <i>compliance</i> dans les collectivités locales avant la loi Sapin 2	77
b) Les apports de la loi Sapin 2	82
2. Les limites du dispositif prévu par la loi Sapin 2	90
3. Les recommandations de la commission	91
<b>C. Parfaire le dispositif de la convention judiciaire d'intérêt public</b>	<b>92</b>
1. Le dispositif actuel de la convention judiciaire d'intérêt public	95
a) Le domaine d'application de la CJIP	96
b) Le déroulement de la procédure de CJIP	100
c) Les conventions judiciaires d'intérêt public conclues	107
2. Les possibilités d'extension du domaine de la convention judiciaire d'intérêt public	110
a) L'extension du domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques	111
b) L'extension du domaine d'application de la CJIP à des infractions supplémentaires	112
3. L'institution d'une compétence exclusive du procureur de la République financier	113
4. Les recommandations de la commission	114

## **PARTIE II :**

### **BÂTIR UN MODÈLE EUROPÉEN DE *COMPLIANCE* EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

**116**

<b>I. COMPLÉTER L'ACQUIS EUROPÉEN EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION</b>	<b>117</b>
<b>A. Un ensemble juridique éclaté</b>	<b>119</b>
1. Le mouvement d'internationalisation de la lutte contre la corruption	119
2. La multiplication des initiatives régionales en matière de lutte contre la corruption	120
3. Le développement tardif du droit de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption	121
<b>B. Une mise en œuvre inégale par les États membres</b>	<b>130</b>
1. L'adoption tardive de mesures de suivi du dispositif anticorruption de l'Union européenne	130

2. L'absence de mise en œuvre des mesures de suivi du dispositif anticorruption de l'Union européenne	137
3. La persistance d'un sentiment de corruption au sein de l'Union européenne	139
4. Les recommandations de la commission	143
<b>II. HARMONISER LE DROIT EUROPÉEN EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION</b>	<b>145</b>
<b>A. Adopter un paquet anticorruption de droit européen composé de trois directives</b>	<b>146</b>
1. Imposer aux États membres de se conformer à l'acquis de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption	146
2. Imposer aux États membres d'incriminer la corruption de manière extraterritoriale	149
3. Imposer aux États membres de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption	152
a) L'acquis de l'OCDE en matière de prévention et de détection de la corruption	152
b) Les dispositifs de prévention et de détection de la corruption existant dans les États membres	155
c) L'autorité en charge de contrôler le respect des obligations de prévention et de détection de la corruption	158
4. Les recommandations de la Commission	159
<b>B. Insérer des clauses anticorruption dans les actes de droit européen dérivé</b>	<b>161</b>
1. Insérer des clauses anticorruption dans les directives sectorielles	161
2. Insérer des clauses anticorruption dans les accords commerciaux conclus par l'Union européenne	163
3. Les recommandations de la commission	165
<b>III. AMÉLIORER LA COOPÉRATION ENTRE LES ÉTATS MEMBRES EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION</b>	<b>166</b>
<b>A. À terme, étendre la compétence du Parquet européen</b>	<b>166</b>
1. Les limites à la compétence du Parquet européen	166
a) La limitation de la compétence du Parquet européen dans le temps	166
b) La limitation de la compétence du Parquet européen au sein de l'Union européenne	167
c) La limitation de la compétence du Parquet européen en dehors de l'Union européenne	170
d) La limitation de la compétence du Parquet européen quant aux infractions couvertes	170

2. Les moyens de surmonter les limites à la compétence du Parquet européen	175
3. Les recommandations de la Commission	178
<b>B. Dans l'immédiat, renforcer la coopération entre les États membres</b>	<b>179</b>
1. Les possibilités de coopération en matière répressive existant entre les États membres	179
2. Le renforcement de la lutte contre la corruption au sein d'Eurojust	182
3. Les recommandations de la Commission	185
<b>ANNEXES</b>	
<b>Annexe 1</b> : Liste des personnes auditionnées par la Commission	188
<b>Annexe 2</b> : Membres de la Commission « compliance » du Club des juristes	190



---

## PRÉFACE

---

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2, a doté notre pays d'un corpus de règles et d'institutions visant à assurer l'intégrité de la vie publique qui est probablement l'un des plus complets et robustes existant en Europe et dans le monde. C'est d'ailleurs ainsi que l'a qualifiée Transparency International, la principale ONG dédiée à la promotion de la transparence et à la lutte contre la corruption.

Le rapport de la commission du Club des juristes « Pour un droit européen de la *compliance* », présidée par Bernard Cazeneuve et pilotée par Antoine Gaudemet, souligne, à juste titre à mon sens, que le moment n'est pas venu, quatre ans seulement après le vote de la loi, de remettre le texte sur l'établi, c'est à dire de légiférer à nouveau ou de modifier le dispositif institutionnel. Il recommande avec sagesse de le laisser mûrir afin de donner aux acteurs, magistrats, décideurs publics, entreprises, le temps de se l'approprier et d'adapter leurs pratiques. Tout au plus suggère-t-il dans sa première partie (recommandations 1 à 13) quelques modifications à la marge visant en particulier à clarifier les missions et les modes d'action de l'Agence Française Anticorruption, à transposer dans le droit national la récente directive européenne sur les lanceurs d'alerte, à publier un référentiel anticorruption adapté aux collectivités locales. Deux autres recommandations mériteraient toutefois d'être mises en œuvre sans délai. La première, qui ne nécessite pas de modifier la loi, consisterait à rehausser le positionnement et le rôle du directeur conformité dans les entreprises d'une certaine taille en rattachant la fonction à la fois au chef de l'exécutif et au conseil d'administration, via son comité de la gouvernance et/ou de l'éthique. La seconde, de plus grande portée puisqu'elle concerne ce que je considère pour ma part comme la réforme majeure de la loi Sapin 2 en matière de procédures judiciaires, serait d'étendre le domaine d'application de la convention judiciaire d'intérêt public à d'autres infractions économiques que la corruption, en particulier aux atteintes à l'environnement et au droit de la consommation. Je pense, pour ma part, que l'on pourrait franchir une étape supplémentaire dans la voie de la justice transactionnelle en l'étendant aux personnes physiques, comme le font déjà plusieurs pays démocratiques, avec bien entendu toutes les garanties de l'État de droit (transparence de la procédure, respect des droits de la défense et des victimes, homologation de la convention par un magistrat indépendant).

C'est ainsi que serait enclenchée une dynamique qui changerait en profondeur les comportements des acteurs et qui contribuerait à accroître la rapidité et l'efficacité de l'investigation et de la sanction dans ces matières.

Mais c'est surtout la deuxième partie du rapport intitulée « *Bâtir un modèle européen de compliance en matière de lutte contre la corruption* » qui ouvre une perspective véritablement historique. Il s'agirait en effet de faire de l'Union européenne (et de ses États membres) un acteur pleinement souverain, cohérent et exemplaire en matière d'intégrité de l'action publique et de vie démocratique. Aux plans juridique et géostratégique, l'enjeu est de première importance puisqu'il s'agirait de faire disparaître un facteur de distorsion de concurrence et de conflits de juridictions entre les États membres mais aussi de rétablir l'égalité des armes avec les États-Unis qui ont su imposer la prééminence de leur législation (Foreign corrupt practices Act) et de leur autorité de poursuite et de répression (Department of Justice) à leurs partenaires de l'OCDE et aux entreprises du monde entier. Pour y parvenir, le rapport du Club des juristes recommande l'adoption par l'Union européenne d'un « paquet anticorruption » qui correspond pour l'essentiel au dispositif français : intégration dans le droit de chaque État des principes et recommandations de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, obligation de prévention et de détection pour toutes les entreprises de taille significative, incrimination des faits de corruption dans le secteur privé commis à l'étranger. La reconquête par l'Europe de sa souveraineté en la matière passerait également par l'introduction de clauses anti-corruption dans les réglementations européennes sectorielles (banque et services d'investissement par exemple), ainsi que dans les accords négociés avec des pays tiers.

Ce paquet européen anti-corruption pourrait être adopté rapidement par voie de directives et constituer un pilier additionnel de l'ambitieux Plan de relance avaisé par le Conseil européen en juillet 2020.

Vaste programme, aurait dit le général de Gaulle, mais magnifique avancée pour l'Europe !

**Daniel Lebègue,**  
ancien directeur du Trésor, Président d'honneur  
de Transparency International France

---

# RELEVÉ DE CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

---

## **PREMIERE PARTIE :**

### **ACHEVER LE MODELE FRANÇAIS DE *COMPLIANCE* EN MATIERE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

#### **I. Améliorer le modèle français de *compliance* en matière de lutte contre la corruption**

##### **A. FAIRE ÉVOLUER LE STATUT DE L'AGENCE FRANÇAIS ANTICORRUPTION ET CLARIFIER LA PORTÉE DE SES RECOMMANDATIONS**

La Commission a pris acte du statut de service à compétence nationale conféré par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « *loi Sapin 2* », à l'Agence française anticorruption (AFA) et constaté les inconvénients associés à ce statut :

- ▶ absence d'autonomie budgétaire et fonctionnelle ;
- ▶ concentration, au sein d'un même service, de missions de conseil, de contrôle et de sanction de nature à susciter la défiance des entités contrôlées ;
- ▶ faible lisibilité à l'étranger.

Sur la base de ce constat, **elle recommande qu'une fusion de l'AFA et de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) soit envisagée à terme (recommandation n° 1).**

Une telle fusion présenterait plusieurs avantages, en particulier :

- ▶ permettre une optimisation des ressources publiques allouées à la lutte contre la corruption et à la transparence de la vie publique dans un contexte de maîtrise des dépenses publiques et de limitation du nombre des autorités administratives indépendantes ;
- ▶ permettre à l'autorité qui résulterait de cette fusion, dotée du statut d'autorité administrative indépendante, de gérer le recrutement de ses agents affectés au conseil et au contrôle des entreprises assujetties à la mise en œuvre d'un programme de conformité plus souplesment que ne le peut actuellement l'AFA.

Elle ne serait en outre pas dépourvue de précédent, la loi n° 2019-828 du

6 août 2019 de transformation de la fonction publique ayant déjà opéré la fusion de la Commission de la déontologie de la fonction publique et de la HATVP, au motif que les deux autorités avaient « *des champs de compétence, des méthodes de travail et de fonctionnement qui sont proches sur de nombreux points* »<sup>1</sup>.

Dans l'immédiat, cependant, la Commission a estimé qu'une telle fusion pourrait être de nature à fragiliser l'AFA et la HATVP, dont la création est encore récente, et aurait peu de chances d'être décidée par la législation actuelle.

Elle a, en conséquence, voulu explorer les moyens d'améliorer la coopération entre ces deux autorités et, plus largement, entre les différentes autorités nationales associées à la lutte contre la corruption et à la promotion de la transparence de la vie publique.

De plus, la Commission a entendu les représentants des entreprises soumises au contrôle de l'AFA, qui lui ont indiqué travailler dans de bonnes conditions avec l'agence sous son statut actuel et rechercher surtout une clarification des recommandations émises par celle-ci.

A cet égard, la Commission a considéré que l'architecture normative mise en place par la loi Sapin 2 – obligation légale de mise en conformité et recommandations périodiquement mises à jour – devrait être maintenue dans un contexte de concurrence internationale avec certains droits étrangers, en particulier américain et anglais, en matière de lutte contre la corruption internationale.

Elle a constaté, par ailleurs, que la portée des recommandations émises par les autorités de régulation était une question connue du droit français, notamment du juge administratif, et que la commission des sanctions de l'AFA avait commencé à se saisir de cette question, s'agissant en particulier des recommandations de l'agence.

Consciente toutefois des incertitudes entourant encore la portée des recommandations de l'AFA et du risque de réputation encouru par les entreprises en matière de lutte contre la corruption, la Commission a souhaité que ces incertitudes puissent être rapidement dissipées, dans un souci de sécurité juridique.

A cet égard, **la Commission recommande que le législateur, d'une part, confirme expressément la compétence du Conseil d'Etat pour connaître en premier et dernier ressort des recours de pleine juridiction formés contre les décisions de la commission des sanctions de l'AFA et, d'autre part, enferme l'examen de ces recours dans un délai abrégé (recommandation n° 2).**

---

1. HATVP, « Le président de la Haute Autorité se félicite de la fusion en vue avec la Commission de déontologie de la fonction publique », communiqué de presse publié le 10 mai 2019.

## **B. TRANSPOSER LA DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LES LANCEURS D'ALERTE À BREF DÉLAI**

La directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union prévoit que les auteurs de signalements auront la possibilité de saisir directement l'autorité judiciaire ou administrative puis, en cas d'inaction de celle-ci, de divulguer au public les informations dont ils disposent.

Du point de vue du droit français, cette directive présente le mérite de trancher le débat relatif à l'opportunité du « *premier palier* » interne dans le cadre du lancement de l'alerte.

Elle devra être transposée par les Etats membres au plus tard le 17 décembre 2021 et imposera en conséquence au législateur français de modifier le dispositif issu de la loi Sapin 2.

**A ce sujet, la Commission recommande que le législateur français transpose la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 dans les meilleurs délais, dans un souci de sécurité juridique pour les auteurs de signalements comme pour les entreprises, et modifie sans tarder le dispositif issu de la loi Sapin 2 (recommandation n° 3).**

Elle recommande également d'engager à cette occasion une réflexion sur l'application de la directive dans le contexte de l'activisme actionnarial, dans la mesure où celle-ci vise « *les actionnaires* » parmi les personnes susceptibles de signaler des violations du droit de l'Union (recommandation n° 4).

## **C. AMÉLIORER LA LISIBILITÉ DU RÉPERTOIRE DES REPRÉSENTANTS D'INTÉRÊTS**

Au cours de ses travaux, et connaissance prise des conclusions du rapport d'évaluation adopté par le Groupe d'Etats contre la corruption (Greco) en décembre 2019, la Commission a constaté que les notions de décision publique, de décideur public, ainsi que de représentation d'intérêts, avaient été conçues en termes trop étendus par la loi Sapin 2 et le décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts pris pour l'application de celle-ci.

Elle a considéré que cette situation était de nature à nuire à la clarté des déclarations des représentants d'intérêts et à la lisibilité par les citoyens du répertoire numérique.

La Commission s'est à cet égard associée aux critiques adressées par la HATVP elle-même au dispositif législatif et réglementaire existant.

Dans un souci de sécurité juridique pour les représentants d'intérêts comme de transparence pour les citoyens, **elle recommande qu'un nouveau décret d'application délimite le domaine du répertoire numérique des représentants d'intérêts en ce qui concerne les notions de décideur public et de décision publique.**

Ce décret devrait, d'une part, recentrer la notion de décideur public sur les membres du pouvoir exécutif et du Parlement, et, d'autre part, concentrer la notion de décision publique sur la loi et le règlement (recommandation n° 5).

Il permettrait ainsi au répertoire numérique des représentants d'intérêts de mieux rendre compte de l'empreinte portée par ces derniers sur l'élaboration de la loi et du règlement.

En outre, la Commission recommande que le répertoire précise la décision publique concernée, ainsi que l'identité du décideur public auprès duquel a porté l'activité de représentation d'intérêts, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle (recommandation n° 6).

Elle souhaite enfin que le gouvernement se saisisse de l'invitation qui lui est faite par l'article 18-5, 9° de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, dans sa rédaction issue de la loi Sapin 2, et adopte un code de déontologie des représentants d'intérêts par voie de décret en Conseil d'Etat (recommandation n° 7).

## **II. Approfondir le modèle français de *compliance* en matière de lutte contre la corruption**

### **A. ACCOMPAGNER LA MONTÉE EN PUISSANCE DES RESPONSABLES *COMPLIANCE* ANTICORRUPTION DANS LES ENTREPRISES**

La Commission a débattu l'opportunité de doter le responsable *compliance* anticorruption d'un encadrement réglementaire, à l'instar du délégué à la protection des données personnelles.

Elle a conclu qu'un tel encadrement ne serait pas opportun mais qu'une souplesse devrait être reconnue aux entreprises en ce qui concerne en particulier le positionnement du responsable *compliance* anticorruption au sein de celles-ci.

Selon la Commission, le *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, publié par l'AFA en janvier 2019 puis actualisé en décembre de la même année, pour n'être pas impératif, constitue néanmoins un référentiel satisfaisant en ce qui concerne la désignation, le positionnement, le profil et la responsabilité du responsable *compliance* anticorruption.

Aussi, la Commission recommande-t-elle uniquement que l'AFA

considère à l'avenir la possibilité :

- ▶ de substituer la dénomination de « *directeur conformité* » à celle de « *responsable conformité* », afin de mieux valoriser la fonction *compliance* anticorruption au sein des entreprises et, selon toute vraisemblance, d'améliorer son positionnement au sein de celles-ci ;
- ▶ d'ériger en bonne pratique le double rattachement du responsable *compliance* anticorruption au directeur général et au président du comité d'éthique du conseil d'administration, dans les entreprises dans lesquelles un tel comité existe (recommandation n° 8).

## **B. CRÉER UN RÉFÉRENTIEL *COMPLIANCE* ANTICORRUPTION ADAPTÉ AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES**

Au cours de ses travaux, la Commission a approuvé le lancement par le garde des sceaux et le ministre de l'action et des comptes publics en janvier 2020 du « *premier plan national pluriannuel de lutte contre la corruption* », élaboré autour de quatre priorités :

- ▶ mieux connaître et détecter la corruption ;
- ▶ former et sensibiliser l'ensemble des agents publics à la lutte contre les atteintes à la probité ;
- ▶ renforcer les dispositifs de prévention au sein des administrations publiques et améliorer l'effectivité des sanctions pénales ;
- ▶ améliorer la coopération internationale en matière de lutte contre la corruption.

La Commission a regretté à cet égard que la loi Sapin 2, axée surtout sur la lutte contre la corruption internationale, n'ait pas défini de référentiel *compliance* anticorruption spécifique adapté aux acteurs publics, en particulier aux collectivités territoriales.

En l'absence d'un tel référentiel, l'AFA contrôle actuellement les collectivités territoriales sur le fondement de l'article 17 de la loi Sapin 2, tout en adaptant bien entendu son contrôle aux particularités de celles-ci.

Or, la Commission a considéré que cet article, conçu surtout pour les entreprises de taille significative, n'était pas adapté aux collectivités territoriales.

Ces dernières font déjà l'objet d'un niveau élevé de contrôle constitué, d'une part, par le contrôle de légalité de l'administration préfectorale, et, d'autre part, par le contrôle comptable et financier des chambres régionales des comptes.

De plus, certaines obligations imposées par l'article 17 de la loi Sapin 2,

notamment l'obligation d'évaluer les tierces parties, entrent en conflit avec d'autres règles, issues en particulier du droit de la commande publique, auxquelles les collectivités territoriales sont également soumises.

Dans un but de clarification, la Commission recommande donc que le législateur crée un référentiel **compliance** anticorruption adapté aux collectivités territoriales qui tienne compte des spécificités de leur statut et de leurs dimensions (recommandation n° 9).

Une telle évolution serait cohérente, d'une part, avec l'obligation faite à l'AFA par l'article 3, 2° de la loi Sapin 2 d'adapter ses recommandations « à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés », et, d'autre part, avec la préoccupation exprimée par l'agence elle-même à l'issue de son Enquête sur la prévention de la corruption dans le service public local rendue publique en novembre 2018 dans les termes suivants : « L'AFA souligne que [les] outils anticorruption doivent être adaptés à la situation spécifique de chaque acteur en tenant compte de ses moyens et de sa taille. Cela implique que les petites collectivités ne peuvent rester inactives. Elles peuvent à tout le moins concentrer leurs efforts sur la prévention des atteintes à la probité dans les processus clés que sont : le recrutement, la commande publique, la gestion budgétaire et comptable, l'attribution de subventions ou encore les procédures conduisant à une autorisation ou à une décision d'attribution »<sup>2</sup>.

Selon la Commission, les manquements des collectivités territoriales à ce référentiel **compliance** anticorruption spécifique ne devraient pas faire l'objet de sanctions spécifiques, comme tel est déjà le cas, à l'heure actuelle, en application de l'article 17 de la loi Sapin 2.

### **C. PARFAIRE LE DISPOSITIF DE LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC**

En préambule de ses travaux, la Commission a voulu réaffirmer que l'objectif poursuivi par la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) n'est pas d'exonérer les entreprises de leur responsabilité pénale mais, au contraire, d'accélérer leur sanction et de rendre cette sanction plus certaine qu'elle ne le serait à l'issue d'un procès pénal, dans un but d'efficacité.

Elle a eu conscience cependant qu'un sentiment différent, voyant dans la CJIP une cause d'impunité des entreprises, existe dans l'opinion publique.

A l'issue d'une étude de détail, la Commission a conclu que la CJIP, quoiqu'étrangère à la tradition juridique française, avait été rapidement appropriée par le ministère public, en particulier le procureur de la République financier (PRF) et le procureur de la République de Nanterre, et que son dispositif actuel, utilement complété par la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018, la

---

2. Enquête sur la prévention de la corruption dans le service public local, Agence française anticorruption, novembre 2018, p. 38.



dépêche de la même direction du 21 mars 2019, ainsi que les lignes directrices publiées conjointement par le PRF et l'AFA le 26 juin 2019, donnait globalement satisfaction.

Elle a approuvé en particulier les CJIP conclues entre le PRF et la Société Générale le 24 mai 2018, puis entre le PRF et Airbus SE le 29 janvier 2020, comme constituant les premières conventions de ce genre conclues à raison de faits susceptibles de recevoir la qualification de corruption d'agent public étranger, au terme d'enquêtes conduites en parallèle avec des autorités de poursuite étrangères et concomitamment à des accords de transaction pénale passés avec les mêmes autorités.

La Commission a donc choisi de concentrer ses réflexions sur l'opportunité d'étendre le domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques ainsi qu'à des infractions supplémentaires.

A l'issue de ces réflexions, elle a conclu que la CJIP était un instrument de création récente, en forte rupture avec la tradition juridique française, qui devrait être consolidé et dont l'extension prématurée aux personnes physiques pourrait ne pas être comprise de l'opinion publique.

**La Commission recommande en conséquence de ne pas étendre aussitôt le domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques, mais de considérer cette éventualité sur le long terme (recommandation n° 10).**

Elle considère, en revanche, que le domaine de la CJIP a vocation à être étendu à la plupart des infractions relevant de la délinquance économique et financière des entreprises, de même qu'aux infractions portant atteinte à l'environnement, ainsi que le propose déjà le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée adopté par le Sénat en première lecture le 3 mars 2020 (recommandation n° 11)<sup>3</sup>.

La Commission observe à ce propos que la procédure de composition administrative existant devant l'Autorité des marchés financiers (AMF) a connu une évolution comparable : introduite d'abord par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière avec un domaine limité aux manquements aux règles professionnelles applicables aux prestataires de services d'investissement, cette procédure transactionnelle en matière répressive a été étendue ensuite par une loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché aux manquements aux obligations destinées à prévenir la survenance de tels abus et aux manquements en matière d'information financière.

**Enfin, la Commission ne recommande pas l'institution d'une compétence exclusive du PRF pour conclure une CJIP, de crainte de marginaliser**

---

3. <https://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/vers-des-conventions-judiciaires-dinteret-public-vertes>.

les parquets de province et d'accréditer les idées que la CJIP serait un instrument de justice réservé aux grandes entreprises et la corruption un sujet principalement « parisien » (recommandation n° 12).

Elle estime que le risque de divergences éventuelles à naître entre le PRF et les autres procureurs de la République en matière de CJIP est déjà en partie remédié par la circulaire du 31 janvier 2018 et la dépêche du 21 mars 2019 de la Direction des affaires criminelles et des grâces, indistinctement adressées à tous les procureurs de la République.

La Commission recommande toutefois que ces derniers textes soient revus par la Direction des affaires criminelles et des grâces, de manière à y intégrer les lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP publiées conjointement par le PRF et l'AFA le 26 juin 2019, afin de rendre celles-ci indistinctement applicables à tous les procureurs de la République (recommandation n° 13).

## **SECONDE PARTIE :**

### **BÂTIR UN MODÈLE EUROPÉEN DE COMPLIANCE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

#### **I. Compléter l'acquis européen en matière de lutte contre la corruption**

Après avoir examiné l'ensemble des instruments juridiques composant le droit de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption et constaté leurs insuffisances, la Commission a approuvé le choix de la nouvelle présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, d'inscrire le respect de l'Etat de droit et la défense des valeurs européennes parmi ses priorités, ainsi que son souhait d'ériger l'Union européenne en « gardienne du multilatéralisme »<sup>4</sup>.

Elle a estimé que, dans la poursuite de ces objectifs, la lutte contre la corruption devrait occuper une place essentielle sur l'agenda de la nouvelle Commission européenne et regretté qu'elle ne figure ni au nombre des priorités affichées par la présidente de la Commission européenne, ni dans les lettres de mission adressées par celle-ci aux nouveaux commissaires européens.

La Commission a relevé en outre le paradoxe consistant à ériger la lutte contre la corruption au premier rang des exigences imposées aux Etats candidats à l'adhésion à l'Union européenne, dans la communication de la Commission européenne du 6 février 2020 relative à l'élargissement de l'Union, sans donner à ce thème une importance équivalente en ce qui concerne les Etats membres eux-mêmes.

---

4. Commission européenne, « La Commission von der Leyen : pour une Union plus ambitieuse », communiqué de presse publié le 10 septembre 2019.

Elle a considéré que le moment était donc venu pour l'Union européenne de se doter d'une politique cohérente et ambitieuse en matière de lutte contre la corruption.

Selon la Commission, plusieurs raisons concourent à rendre cette politique nécessaire :

- ▶ la lutte contre la corruption est une condition de la confiance des citoyens dans le bon fonctionnement des institutions et du marché : elle constitue à ce titre une composante fondamentale de l'Etat de droit et la démocratie, menacés par la montée des populismes ;
- ▶ les disparités existant entre les Etats membres en matière de répression et, plus encore, de prévention de la corruption sont autant de distorsions de concurrence au sein du marché unique européen. Ces disparités sont importantes : l'indice de perception de la corruption mesuré par Transparency International, variable selon les Etats membres, en constitue un reflet ; seuls certains Etats membres imposent actuellement aux entreprises de taille significative des obligations légales en matière de prévention et de détection de la corruption ;
- ▶ dans ces conditions, la dimension de plus en plus souvent internationale des faits de corruption est la cause de conflits de juridictions : les tribunaux de plusieurs Etats membres sont potentiellement compétents pour connaître des mêmes faits ; ce qui constitue une atteinte supplémentaire au fonctionnement du marché unique européen ainsi qu'à la sécurité juridique des entreprises européennes ;
- ▶ cette situation a déjà produit des conséquences : l'absence à ce jour de politique affirmée de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption a pu contribuer à favoriser l'application extraterritoriale de législations étrangères à l'égard des entreprises européennes, du *Foreign corrupt practices Act* de droit américain en particulier ; au cours des dix dernières années, les sanctions les plus lourdes prononcées sur le fondement de ce dernier texte l'ont généralement été à l'encontre d'entreprises européennes ;
- ▶ en comparaison, les normes adoptées par l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption, pour n'être pas inexistantes, sont sans influence réelle dans le monde, à la différence des normes européennes de protection des données personnelles et de la concurrence qui constituent parmi les meilleurs standards internationaux dans leurs domaines respectifs.

Pour l'ensemble de ces raisons, la Commission recommande que l'Union européenne se dote sans attendre d'une politique de lutte contre la corruption poursuivant les objectifs suivants :

- ▶ garantir le respect de l'Etat de droit et de la démocratie ;

- ▶ instaurer un niveau de jeu égal (*level playing field*) entre les entreprises européennes et prévenir les conflits de juridictions au niveau européen ;
- ▶ défendre les intérêts des entreprises européennes dans le monde, en rééquilibrant la relation de l'Union européenne avec les Etats-Unis d'Amérique et les autres puissances mondiales ;
- ▶ promouvoir dans le monde les normes et pratiques européennes en matière de lutte contre la corruption (recommandation n° 14).

## **II. Harmoniser le droit européen en matière de lutte contre la corruption**

Pour atteindre ces objectifs, la Commission recommande de décider, en parallèle l'une de l'autre :

- ▶ l'adoption d'un « *paquet anticorruption* » de droit européen, composé de trois textes nouveaux ;
- ▶ l'insertion de clauses anticorruption dans les actes de droit européen dérivé, présents et à venir.

### **A. ADOPTER UN PAQUET ANTICORRUPTION DE DROIT EUROPÉEN**

Le paquet anticorruption de droit européen devrait être composé de trois textes, adoptés en la forme de directives.

Une première directive devrait imposer aux Etats membres de se conformer aux principes et recommandations dégagés par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) en matière de lutte contre la corruption, sur le fondement en particulier de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée dans le cadre de cette organisation en 1997 (recommandation n° 15).

Cette directive réaliserait une première étape dans l'harmonisation des droits des Etats membres et augmenterait aussitôt la crédibilité de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption, tout en manifestant la confiance de celle-ci dans le fonctionnement des institutions multilatérales, en l'occurrence de l'OCDE.

Elle pourrait être adoptée sur le fondement de l'article 83.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) sans blocage prévisible, dans la mesure où la plupart des Etats membres ont d'ores et déjà ratifié la convention de l'OCDE de 1997.

Cette première directive devrait être accompagnée d'une deuxième mesure consistant à abroger la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil

du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, puis à reprendre le contenu de cette décision-cadre dans une directive, également adoptée sur le fondement de l'article 83.1 du TFUE, tout en le modernisant.

**La nouvelle directive adoptée devrait en particulier imposer aux Etats membres d'incriminer les faits de corruption active ou passive dans le secteur privé commis en dehors de leur territoire, mais présentant un lien de rattachement avec celui-ci, ainsi que le permet par exemple l'article 435-6-2 du Code pénal français depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2 (recommandation n° 16).**

Cette modification permettrait de mettre l'ensemble des juridictions des Etats membres à égalité d'armes avec les juridictions des Etats tiers les plus actives en matière de lutte contre la corruption internationale, en particulier américaines et anglaises.

Elle contribuerait ce faisant à rééquilibrer la relation de l'Union européenne avec les Etats-Unis et à mieux protéger les entreprises européennes.

**Une troisième directive, enfin, devrait imposer aux Etats membres de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption, tout en laissant ceux-ci libres du choix de l'autorité en charge de contrôler le respect de ces obligations et d'en sanctionner la violation, le cas échéant (recommandation n° 17).**

Le contenu de cette directive devrait être emprunté à l'acquis de l'OCDE en la matière, en particulier à la recommandation du Conseil de cette organisation du 26 novembre 2019, ainsi qu'à une revue des droits des Etats membres imposant déjà à leurs entreprises des obligations de prévention et de détection de la corruption.

Cette dernière directive concourrait à instaurer un niveau de jeu égal (*level playing field*) européen en matière de lutte contre la corruption, favorable au bon fonctionnement du marché unique européen.

A ce titre, elle pourrait être adoptée sur le fondement de l'article 114.1 du TFUE.

## **B. INTRODUIRE DES CLAUSES ANTICORRUPTION DANS LES ACTES DE DROIT EUROPÉEN DÉRIVÉ**

En parallèle de l'adoption d'un paquet anticorruption de droit européen, la Commission recommande d'introduire des clauses anticorruption dans les actes de droit européen dérivé, en particulier les directives sectorielles et les accords commerciaux conclus par l'Union européenne.

De telles clauses existent déjà, en ce qui concerne l'accès à la commande publique, dans les directives relatives aux marchés publics depuis que

celles-ci ont été refondues en 2014<sup>5</sup>.

**Des clauses analogues devraient être introduites dans les actes de droit européen dérivé sectoriels qui subordonnent à autorisation l'exercice de certaines activités réglementées, comme en matière de banque, de services d'investissement et d'assurance (recommandation n° 18).**

Ces clauses, en conditionnant l'accès des opérateurs économiques au marché unique européen à des exigences de probité, contribueraient à rétablir un rapport équilibré entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique, ainsi que les autres puissances mondiales, en matière de lutte contre la corruption.

Elles pourraient être introduites dans les actes de droit européen concernés sur le fondement de l'article 114.1 du TFUE.

Les accords d'association conclus entre l'Union européenne et les Etats tiers comportent usuellement une clause, parfois dite « *clause droits fondamentaux et Etat de droit* », permettant de déchoir des avantages qui leur sont accordés les Etats tiers qui ne respectent pas certains engagements pris en matière de droits fondamentaux.

Une clause de conditionnalité relative à la lutte contre la corruption devrait aussi être systématiquement imposée par l'Union européenne dans les accords de partenariat économique de nouvelle génération conclus par celle-ci avec des Etats tiers (recommandation n° 19).

A l'instar de la clause « *droits fondamentaux et Etat de droit* » devenue usuelle dans les accords d'association conclus par l'Union européenne, cette autre clause permettrait de déchoir des avantages qui leur sont accordés les Etats tiers qui ne respecteraient pas certains engagements fondamentaux pris en matière de lutte contre la corruption.

Elle contribuerait ainsi à asseoir la crédibilité internationale de l'Union européenne, de ses normes et de ses pratiques en matière de lutte contre la corruption.

### **III. Améliorer la coopération entre les Etats membres en matière de lutte contre la corruption**

#### **A. A TERME, ÉTENDRE LA COMPÉTENCE DU PARQUET EUROPÉEN**

La Commission recommande d'envisager à terme la possibilité d'étendre la compétence matérielle du Parquet européen à l'ensemble des actes de corruption internationale, indépendamment du fait de savoir si ceux-ci portent ou non atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne (recommandation n° 20).

---

5. Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Dans l'immédiat, cependant, la Commission mesure l'importance des obstacles qui s'opposent à une telle extension :

- ▶ sur le plan pratique, le Parquet européen, dont la création a été obtenue dans le cadre d'une coopération renforcée, n'a pas encore été installé et ne pourra donc gagner sa crédibilité que progressivement, au fur et à mesure de son action ;
- ▶ sur le plan politique, une telle extension concernerait la matière pénale qui reste, en dépit de la mise en place de l'Espace européen de liberté, de sécurité et de justice depuis le traité d'Amsterdam en 1997, un élément important de la souveraineté nationale reconnue aux Etats membres et risquerait, en conséquence, de susciter des réactions de blocage ;
- ▶ sur le plan juridique, enfin, l'extension de la compétence du Parquet européen à l'ensemble des actes de corruption internationale ne pourrait pas être réalisée par la voie d'une révision du règlement (UE) 2017/1939 dans le cadre d'une nouvelle coopération renforcée, mais devrait, en application de l'article 86.4 du TFUE, être adoptée par le Conseil européen à l'unanimité de ses membres, après approbation du Parlement et consultation de la Commission européenne.

## **B. DANS L'IMMÉDIAT, RENFORCER LA COOPÉRATION ENTRE LES ETATS MEMBRES**

Compte tenu des obstacles qui s'opposent à l'extension immédiate de la compétence du Parquet européen, la Commission recommande dans un premier temps de renforcer la coopération entre les Etats membres en matière de lutte contre la corruption internationale.

A cet égard, elle rappelle les possibilités de coopération en matière répressive existant entre les Etats membres au sein de l'Espace européen de liberté, de sécurité et de justice, en particulier l'existence d'Eurojust et de la décision-cadre 2009/948/JAI du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales.

En dépit de l'existence de ces instruments, la Commission a constaté néanmoins que les possibilités de coopération existant entre les Etats membres au sein de l'Espace européen de liberté, de sécurité et de justice restaient insuffisamment exploitées et demeureraient pour beaucoup des « *virtualités* » en ce qui concerne la lutte contre la corruption internationale.

Elle a observé en particulier que l'activité d'Eurojust restait concentrée sur certaines formes de criminalité organisée – la fraude, le blanchiment des capitaux et le trafic d'êtres humains, principalement –, davantage que sur la corruption, quoique cette dernière ait été désignée par le Conseil de l'Union européenne comme l'une des priorités d'Eurojust.

Sur la base de ces constatations, la Commission recommande de renforcer la coopération entre les Etats membres en matière de lutte contre la corruption internationale au sein d'Eurojust, qui constitue l'organisme naturel de résolution des conflits de juridictions en matière répressive en l'état actuel du droit européen et dans l'attente de la montée en puissance du Parquet européen.

Elle considère que la lutte contre la corruption devrait être affirmée derechef comme l'un des objectifs prioritaires d'Eurojust, et que les moyens humains et financiers nécessaires à la poursuite de ces objectifs devraient être alloués par les Etats membres à Eurojust (recommandation n° 21).

Enfin, la Commission rappelle que la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 est entrée à présent dans le domaine de compétences de la Commission européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) par l'effet de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

En conséquence, l'exécution par les Etats membres des obligations « *de prendre contact* » et « *d'engager des consultations directes* », qui leur incombent en présence de procédures pénales parallèles ouvertes à raison des mêmes faits, se trouve désormais placée sous le contrôle de la Commission européenne et de la CJUE par la voie du recours en manquement d'Etat.

En pratique, les Etats membres pourraient donc être condamnés par la CJUE pour ne pas s'être informés ou consultés afin d'éviter un conflit de juridictions en présence d'actes de corruption ou de tous autres actes qualifiables pénalement.



# PARTIE I



## ACHEVER LE MODÈLE FRANÇAIS DE *COMPLIANCE* EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION



# CHAPITRE I

---

## AMÉLIORER LE MODÈLE FRANÇAIS DE COMPLIANCE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

---

### A. FAIRE ÉVOLUER LE STATUT DE L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION ET CLARIFIER LA PORTÉE DE SES RECOMMANDATIONS

#### 1. Le statut de l'Agence française anticorruption

■ **1.** Au cours de ses travaux, la commission s'est interrogée sur la nécessité de faire évoluer le statut de l'Agence française anticorruption (AFA), afin de faciliter l'exercice par celle-ci de ses missions et de clarifier la portée de ses recommandations.

■ **2.** La loi Sapin 2 a créé, en remplacement du Service central de prévention de la corruption (SCPC) qui avait été mis en place par la loi « Sapin 1 » du 29 janvier 1993<sup>6</sup>, l'AFA, à laquelle elle a conféré le statut de service à compétence nationale :

« L'Agence française anticorruption est un service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la Justice et du ministre en charge du Budget, ayant pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme » (article 1<sup>er</sup> de la loi Sapin 2).

Le placement de l'AFA sous l'autorité conjointe de deux ministres établit que celle-ci n'a pas la nature d'une autorité administrative indépendante.

En effet, l'agence « participe à la coordination administrative, centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme » (art. 3, 1<sup>o</sup> de la loi Sapin 2).

■ **3.** Cependant, la création de l'AFA ayant été justifiée par la nécessité de respecter l'engagement pris par la France au titre de la convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003 de créer un organe indépendant chargé de prévenir la corruption<sup>7</sup>, on a fait valoir

---

6. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

7. Article 6 de la convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003, dite convention de Merida.

au cours des débats parlementaires qu'il convenait de donner à l'AFA l'indépendance requise par cette convention.

■ 4. Cette indépendance est assurée, d'une part, par le statut du directeur de l'AFA, qui est un magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire nommé par décret du président de la République pour une durée de six ans non renouvelable – supérieure à celle du mandat de l'autorité l'ayant nommé – et qui est inamovible, puisqu'il « ne peut être mis fin à ses fonctions que sur sa demande ou en cas d'empêchement ou en cas de manquement grave » (article 2 de la loi Sapin 2).

Elle est assurée, d'autre part, par l'interdiction faite au directeur de l'AFA de recevoir ou de solliciter d'instruction « d'aucune autorité administrative ou gouvernementale dans l'exercice des missions » de contrôle confiées à l'agence (article 2 de la loi Sapin 2).

En outre, les agents de l'AFA et, de manière plus générale, toute personne concourant à l'accomplissement des missions de contrôle de l'agence, sont expressément « astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont connaissance en raison de leurs fonctions », ce qui constitue là encore une garantie d'indépendance (article 4, alinéa 3, de la loi Sapin 2).

■ 5. Par ailleurs, si l'AFA dispose du pouvoir de prononcer des sanctions à l'encontre des entreprises et de leurs dirigeants convaincus de manquement à l'obligation de mettre en œuvre un programme de conformité (article 17, IV et V, de la loi Sapin 2), elle comprend en son sein, pour l'exercice de ce pouvoir, « une commission des sanctions chargée de prononcer les sanctions », indépendante du directeur de l'agence.

Cette commission est composée de six membres, nommés par décret pour un mandat de cinq ans et tenus au secret professionnel (article 2 de la loi Sapin 2).

Le directeur de l'AFA « ne peut être membre de la commission des sanctions ni assister à ses séances » (article 2 de la loi Sapin 2), lorsque celles-ci ont pour objet d'exercer les compétences de décision conférées par la loi à la commission, ainsi que cette dernière l'a précisé lors de la première décision qu'elle a rendue publique le 4 juillet 2019<sup>8</sup>.

#### **Sur la présence du directeur de l'agence lors de l'audience :**

« 15. Aux termes de l'article 2 de la loi du 9 décembre 2016, le directeur de l'agence "ne peut être membre de la commission des sanctions ni assister à ses séances". Il résulte de ces dispositions, éclairées par les travaux qui ont précédé l'adoption de la loi, que le directeur de l'agence ne peut assister aux séances lors desquelles la commission des sanctions

8. AFA, Commission des sanctions, décision n° 19-01, 4 juillet 2019, Société S. SAS et Mme C.

exerce les compétences de décision qui lui sont conférées, qu'il s'agisse de ses délibérés ou, notamment, de celles par lesquelles elle adopte ou modifie son règlement intérieur. En revanche, elles n'ont pas pour objet et ne sauraient, à la lumière des dispositions constitutionnelles et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au droit à un procès équitable, avoir pour effet d'interdire au directeur d'assister ou de se faire représenter ès qualités de partie aux audiences que la commission des sanctions tient, conformément aux dispositions de l'article 5 du décret du 14 mars 2017, en vue de statuer sur les affaires dont elle est saisie. Celle-ci a entendu au cours de l'audience publique tant, d'un côté, le directeur de l'agence et certains de ses collaborateurs, que, de l'autre côté, Mme C. personnellement, trois de ses proches collaborateurs de la société S. et trois avocats représentant la société, personne morale, et sa dirigeante mise en cause. Elle a délibéré hors la présence de toute personne autre que ses cinq membres dont les noms figurent plus haut. L'assistance du directeur de l'agence à l'audience publique n'a porté atteinte ni à l'indépendance de la commission des sanctions à l'égard de toutes les parties, ni à son impartialité, ni au caractère contradictoire de la procédure et aux droits de la défense. »

- **6.** Il reste que, si l'indépendance de l'AFA, de même que l'indépendance au sein de celle-ci de la commission des sanctions, sont assurées de manière satisfaisante, le statut de service à compétence nationale conféré par la loi à l'agence présente certains inconvénients.
- **7.** Trois inconvénients, en particulier, ont été soulignés au cours des travaux de la commission.
- **8.** D'abord, l'AFA, à la différence d'une autorité administrative indépendante, ne dispose pas d'une autonomie budgétaire et fonctionnelle.

Au cours de son audition, le directeur de l'agence a indiqué que cette situation n'avait pas prêté à conséquence jusqu'à l'heure actuelle, compte tenu du soutien apporté par les ministres de la Justice et du Budget successifs aux missions de l'AFA.

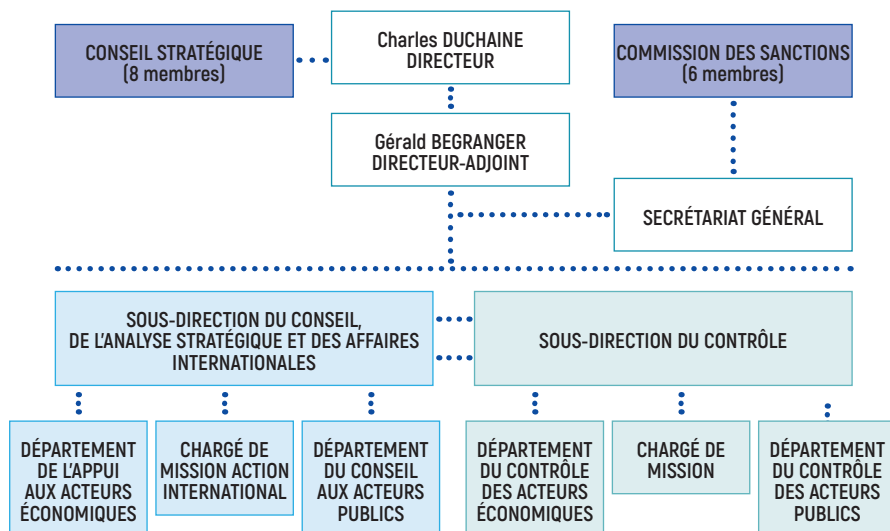
Il a ajouté, cependant, que l'agence se trouvait ainsi contrainte de procéder au recrutement de tous ses agents selon les règles du recrutement dans la fonction publique, sous l'autorité du ministre en charge du Budget.

Certains membres de la commission ont considéré que cette dernière contrainte était de nature à limiter la capacité de l'AFA à recruter des agents issus du secteur privé pour les besoins, en particulier, de ses missions de conseil et de contrôle des entreprises assujetties à la mise en œuvre d'un programme de conformité.

- **9.** Ensuite, il a été observé que la réunion, au sein d'un service à

compétence nationale, de missions de conseil, de contrôle et de sanction – ces missions seraient-elles distinguées sur le plan organique – était inhabituelle et de nature à susciter une défiance, en particulier de la part des entreprises soumises à la mise en œuvre d'un programme de conformité sous le contrôle de l'AFA.

### Agence française anticorruption



■ 10. Enfin, on a fait valoir que le statut de service à compétence nationale placé sous l'autorité conjointe du ministre de la Justice et du ministre en charge du Budget était probablement peu lisible à l'étranger, alors que l'un des objectifs premiers de la loi Sapin 2 était de restaurer la crédibilité de la France en matière de lutte contre la corruption, de manière à amener les autorités étrangères les plus actives en la matière, américaines en particulier, à décliner leur compétence à l'égard des entreprises françaises.

Lors de son audition par les membres de la commission, le directeur de l'AFA est, en effet, convenu que le statut de l'agence n'était pas toujours compris de ses interlocuteurs internationaux, sans que cela prêle à conséquence selon lui.

■ 11. À titre de comparaison, la Haute Autorité de transparence de la vie publique (HATVP), dont la mission principale – consistant à promouvoir la probité et l'exemplarité des responsables publics – est voisine de celle de l'AFA, a reçu de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique qui l'a instituée le statut d'autorité administrative indépendante (article 19, I, de la loi du 11 octobre 2013).

Elle dispose, à ce titre, d'une autonomie budgétaire et fonctionnelle, dans la limite d'un budget et d'un plafond d'emplois arrêtés chaque année par la loi de finances.

### **Les budgets et les ressources humaines de la HATVP en 2019**

Le budget de la Haute Autorité est fixé chaque année par la loi de finances.

Pour 2019, la Haute Autorité dispose d'un budget de 6 307 386 euros en crédits de paiement (CP), dont 4 268 189 euros affectés aux dépenses de personnels et 2 039 197 euros aux dépenses de fonctionnement.

La loi de finances détermine également chaque année le plafond d'emplois de la Haute Autorité, c'est-à-dire le nombre maximum d'emplois équivalents temps plein travaillé (ETPT) rémunérés.

Pour 2019, la loi de finances initiale fixe ce plafond à cinquante et un ETPT. Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, la Haute Autorité compte quarante-sept agents.

### **La politique de recrutement de la HATVP**

Elle se traduit par la recherche d'une meilleure adéquation entre les missions et les compétences. Les profils recherchés sont variés et recouvrent aussi bien des fonctions de chargés de contrôle, cœur de métier de la Haute Autorité, avec des compétences en matière d'expertise déontologique et patrimoniale, que des fonctions d'encadrement ou de soutien (informatique, etc.).

Le recrutement des agents de la Haute Autorité fait l'objet d'une publicité, conformément à l'article 61 de la loi du 11 janvier 1984, par le biais d'une publication sur la bourse interministérielle de l'emploi public (BIEP), le site internet de la Haute Autorité ainsi qu'auprès des ministères.

La procédure de recrutement s'appuie sur le principe de l'occupation des emplois par des fonctionnaires, sur le fondement de l'article 3 du statut des fonctionnaires. Les candidatures des fonctionnaires titulaires sont prioritairement examinées. Le recrutement d'agents contractuels intervient en cas de carence de candidats fonctionnaires ou lors d'un besoin de recrutement de profils plus spécifiques, sur le fondement de l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État et selon les dispositions énoncées par la loi du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

■ **12.** Afin d'éclairer les membres de la commission sur les raisons justifiant cette différence de statuts, le ministre de l'économie et le rapporteur du projet de loi Sapin 2 à l'Assemblée nationale ont indiqué de concert, au cours de leurs auditions, que le statut de service à compétence nationale

s'était imposé pour l'AFA, dans un contexte général de réduction du nombre des autorités administratives indépendantes et, plus largement, de maîtrise des finances publiques.

■ **13.** Ainsi éclairés, les membres de la commission se sont interrogés sur l'opportunité de faire bénéficier l'AFA du statut d'autorité administrative indépendante.

Cet objectif pourrait être atteint de deux manières :

- ▶ soit en opérant une fusion de l'AFA et de la HATVP, dans la mesure où l'autorité issue de cette fusion conserverait le statut d'autorité administrative indépendante ;
- ▶ soit en dotant l'AFA du statut d'autorité administrative indépendante, aux lieu et place de celui de service à compétence nationale.

■ **14.** La fusion de l'AFA et de la HATVP pourrait être justifiée par la complémentarité des missions imparties par la loi aux deux autorités.

De manière générale, la HATVP a reçu du législateur la mission de promouvoir la probité et l'exemplarité des responsables publics (articles 1<sup>er</sup> et 20, I, de la loi du 11 octobre 2013), tandis que l'AFA a reçu pour missions de prévenir et de détecter les faits constitutifs de manquements à la probité (corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêt, détournement de fonds publics et favoritisme) (article 1<sup>er</sup> de la loi Sapin 2).

Il apparaît évident, à cet égard, que les faits constitutifs de manquements à la probité s'exercent le plus souvent auprès de responsables publics, dans le but d'influencer la décision publique.

Ces faits sont susceptibles, en conséquence, de se traduire notamment dans la situation patrimoniale des responsables publics placée sous le contrôle de la HATVP.

Au demeurant, il semble que la HATVP et l'AFA ne soient pas toujours clairement distinguées dans l'opinion du public.

La complémentarité des missions de la HATVP et de l'AFA a d'ailleurs favorisé la signature d'un protocole de coopération le 26 novembre 2019, consacrant une collaboration et favorisant la coordination entre les deux entités, notamment dans leurs missions de prévention et de détection de la prise illégale d'intérêts.

Le protocole précise également les modalités par lesquelles le président de la Haute autorité peut saisir l'AFA d'une demande de contrôle<sup>9</sup>.

■ **15.** Au-delà de la réunion de missions complémentaires, la fusion de l'AFA dans la HATVP pourrait présenter certains autres avantages,

---

9. Agence française anticorruption, Rapport annuel d'activités pour l'année 2019, p. 28.

notamment :

- ▶ permettre une optimisation des ressources publiques allouées à la lutte contre la corruption et à la transparence de la vie publique, dans un contexte général de maîtrise des dépenses publiques et de limitation du nombre des autorités administratives indépendantes ;
- ▶ permettre à l'autorité qui résulterait de cette fusion, dotée du statut d'autorité administrative indépendante, de gérer le recrutement de ses agents affectés au conseil et au contrôle des entreprises assujetties à la mise en œuvre d'un programme de conformité plus souples que ne le peut actuellement l'AFA.

■ **16.** Une telle fusion ne serait, au demeurant, pas dépourvue de tout précédent.

Dans le cadre de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, le législateur a ainsi décidé d'opérer la fusion de la commission de déontologie de la fonction publique et de la HATVP, au motif en particulier que les deux autorités avaient « des champs de compétence, des méthodes de travail et de fonctionnement qui sont proches sur de nombreux points<sup>10</sup> ».

Depuis le 1<sup>er</sup> février 2020, la HATVP est, en conséquence, chargée d'apprécier « le respect des principes déontologiques inhérents à l'exercice d'une fonction publique », comme le faisait jusqu'alors la commission de déontologie de la fonction publique.

■ **17.** À l'issue de leurs échanges, les membres de la commission ont conclu qu'une fusion de l'AFA et de la HATVP devrait être encouragée à terme.

■ **18.** Dans l'immédiat, cependant, ils ont estimé qu'un tel rapprochement pourrait être de nature à fragiliser l'une et l'autre autorités, dont la création est encore récente, et aurait peu de chances d'être décidé par la législature en cours.

Les membres de la commission ont constaté, en outre, que le statut de service à compétence nationale de l'AFA, s'il constitue pour celle-ci une source éventuelle de contraintes, n'apparaissait pas problématique, en revanche, du point de vue des entités soumises au contrôle de l'agence.

À cet égard, les représentants des entreprises assujetties au contrôle de l'AFA, en particulier, ont indiqué, au cours de leurs auditions, travailler « dans de bonnes conditions » avec l'agence, sous son statut actuel, et rechercher surtout une clarification de la portée des recommandations émises par celles-ci.

---

10. HATVP, « Le président de la Haute Autorité se félicite de la fusion en vue avec la Commission de déontologie de la fonction publique », communiqué de presse publié le 10 mai 2019.



Aussi, les membres de la commission ont-ils fait le choix de concentrer leurs réflexions et propositions sur ces recommandations et, plus largement, la production normative de l'AFA.

## **2. La portée des recommandations de l'Agence française anticorruption**

■ **19.** Aux termes de l'article 3, 2° de la loi Sapin 2, l'AFA « élabore des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Ces recommandations sont adaptées à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés. Elles sont régulièrement mises à jour pour prendre en compte l'évolution des pratiques et font l'objet d'un avis publié au *Journal officiel*. »

■ **20.** De telles recommandations ont, en effet, été élaborées par l'agence à l'issue d'une procédure de consultation publique, puis publiées au *Journal officiel* du 22 décembre 2017 par voie d'avis<sup>11</sup>.

Elles y sont présentées dans les termes suivants :

« Inspirées des meilleurs standards internationaux, les recommandations de l'AFA complètent le dispositif mis en place par la loi du 9 décembre 2016 susmentionnée et constituent à ce titre le référentiel anticorruption français. Ces recommandations sont applicables sur tout le territoire de la République. Elles participent de la mise en œuvre des engagements internationaux de la France en matière de lutte contre la corruption<sup>12</sup>. »

Conformément à la loi Sapin 2, et ainsi que leur dénomination le suggère, ces recommandations sont, toutefois, dépourvues de caractère obligatoire.

Elles énoncent, à ce sujet, sous l'intitulé « Valeur juridique des recommandations de l'AFA » :

« Si, en application de la loi du 9 décembre 2016, les recommandations de l'AFA font l'objet d'un avis publié au *Journal officiel*, elles sont dépourvues de force obligatoire et ne créent pas d'obligation juridique.

En effet, par ses recommandations, l'AFA définit et met à disposition des organisations les éléments leur permettant de déterminer leur programme de conformité anticorruption, dans le cadre de leur stratégie

---

11. AFA, « Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme », version 12-2017, *JORF* du 22 n° 0298 du 22 décembre 2017, texte n° 176.

12. *Ibid.*, p. 3.

de gestion des risques, notamment d'atteinte à leur réputation ou à leur valeur économique<sup>13</sup>. »

■ **21.** La commission des sanctions de l'AFA, dans les premières décisions qu'elle a rendues publiques les 4 juillet 2019 et 18 février 2020, a, du reste, confirmé l'absence de caractère obligatoire des recommandations de l'agence, en énonçant à son tour que celles-ci « ne constituent qu'un référentiel dont l'usage n'est en rien obligatoire<sup>14</sup> ».

■ **22.** Pourtant, la portée réelle des recommandations de l'AFA a suscité des débats nourris au cours des travaux de la commission.

■ **23.** La majorité des représentants d'entreprise auditionnés ont indiqué avoir le sentiment que l'AFA exerçait ses contrôles sur les entreprises au regard notamment de ses recommandations, conférant de ce fait à ces dernières un caractère obligatoire que ne leur reconnaît pas en principe la loi.

Ils ont dit ressentir cette ambiguïté, au sujet en particulier :

- ▶ de la cartographie des risques, dont ils ne sauraient dire si elle doit être établie selon la méthodologie préconisée par les recommandations de l'agence ou si elle peut s'écarter de cette méthodologie afin d'épouser des spécificités propres à l'entreprise ;
- ▶ des modalités de mise en œuvre des procédures de contrôle comptable destinées à prévenir le risque de corruption.

■ **24.** Le directeur de l'AFA a répondu que les recommandations de l'agence, si elles n'ont pas en effet de caractère obligatoire, ajoutent néanmoins nécessairement à la lettre de la loi et constituent, de ce point de vue, un facteur de sécurité juridique pour les entreprises soucieuses d'être accompagnées dans la mise en œuvre concrète du programme de conformité qui leur est imposée par l'article 17 de la loi Sapin 2.

Il a ajouté que, selon lui, la notification à une entreprise contrôlée d'un grief qui reposerait sur la méconnaissance d'une recommandation de l'AFA relative, par exemple, à la cartographie des risques ne serait pas acceptable.

■ **25.** À l'issue de ces débats, les membres de la commission ont d'abord tenu à rappeler que l'architecture normative mise en place par la loi Sapin 2 – obligations légales et recommandations périodiquement mises à jour – s'inscrivait sur un fond de concurrence internationale avec certains droits étrangers, en particulier américain et anglais, en matière de lutte contre la corruption internationale.

Ces autres droits reposent, en règle générale, sur la même architecture normative :

---

13. *Ibid.*, p. 4.

14. AFA, Commission des sanctions, décision n° 19-01, 4 juillet 2019, Société S SAS et Mme C., §§ 18 et 26 ; AFA, Commission des sanctions, décision n° 19-02, 18 février 2020, Société I et M. C K.

- ▶ en droit américain, le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977, qui n'impose pas formellement aux entreprises de mettre en œuvre un programme de conformité, est complété par les Federal Sentencing Guidelines<sup>15</sup> et le FCPA Guide publié conjointement par le Department of Justice et la Securities and Exchange Commission<sup>16</sup> ;
- ▶ en droit anglais, le United Kingdom Bribery Act (UKBA) de 2010, qui érige l'existence de « procédures adéquates » (*adequate procedures*) en fait justificatif de l'infraction de défaut de prévention de la corruption (*failure of commercial organisations to prevent bribery*)<sup>17</sup>, est complété par une guidance publiée par le ministère de la Justice<sup>18</sup>.

Si le droit français venait à s'écarter de cette architecture normative combinant droit dur et droit souple périodiquement révisé, le message adressé aux autorités ainsi qu'aux entreprises étrangères se trouverait probablement brouillé.

■ **26.** Ensuite, les membres de la commission ont estimé, sur le plan interne cette fois, que cette architecture normative n'était pas inconnue du droit français et, de surcroît, pas excessivement problématique pour les entités destinataires des recommandations de l'AFA, dans le dernier état de la jurisprudence administrative.

Depuis son arrêt *Fairvesta* du 21 mars 2016, en particulier, le Conseil d'État décide :

« Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre I<sup>er</sup> du livre IX du Code de justice administrative<sup>19</sup>. »

---

15. United States Sentencing Commission, United States Federal Sentencing Guidelines.

16. United States Department of Justice and Securities and Exchange Commission, *FCPA: A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*.

17. UKBA 2010, Section 7 (2).

18. United Kingdom Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*.

19. CE, 21 mars 2016, *Fairvesta International GmbH*, n° 368082.

Il s'ensuit que les recommandations de l'AFA entrent dans le champ du contrôle de légalité du juge administratif et peuvent, à ce titre, être déferées au juge de l'excès de pouvoir à fin d'annulation, soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

Dans l'hypothèse en particulier où une entreprise contrôlée par l'AFA se verrait notifier un grief pour avoir méconnu une recommandation de l'agence, elle serait en mesure de contester la légalité de cette recommandation par voie d'exception.

■ **27.** Enfin, les membres de la commission ont constaté, au cours de leurs travaux, que la commission des sanctions de l'AFA avait entrepris d'éclairer la portée des recommandations de l'agence, en se déterminant par le motif suivant dans ses deux premières décisions rendues publiques les 4 juillet 2019 et 18 février 2020 :

« Dans l'hypothèse où la personne mise en cause a suivi à cet égard, en tout point, la méthode préconisée par l'agence elle-même dans ses recommandations mentionnées ci-dessus, elle doit être regardée comme apportant des éléments suffisants, sauf à l'agence à démontrer qu'elle n'a pas, en réalité, suivi les recommandations. Dans l'hypothèse où la personne mise en cause n'a pas suivi cette méthode, ou ne l'a suivie qu'en partie, comme elle en a le droit dès lors que les Recommandations ne constituant qu'un référentiel dont l'usage n'est en rien obligatoire, il lui incombe de démontrer la pertinence, la qualité et l'effectivité du dispositif de détection et de prévention de la corruption en justifiant de la validité de la méthode qu'elle a librement choisie et suivie<sup>20</sup>. »

De la sorte, le suivi ou non des recommandations de l'AFA aurait valeur de présomption :

- ▶ en cas de suivi des recommandations, il appartiendrait à l'agence de démontrer que l'entité contrôlée a manqué néanmoins à son obligation légale de mise en œuvre d'un programme de conformité ;
- ▶ en l'absence de suivi des recommandations, il incomberait à l'entité contrôlée de démontrer qu'elle s'est conformée néanmoins à son obligation légale de mise en œuvre d'un programme de conformité par d'autres voies et moyens.

■ **28.** Conscients toutefois des incertitudes entourant encore la portée des recommandations de l'AFA et du risque de réputation encouru par les entreprises, en particulier, en matière de lutte contre la corruption, les membres de la commission ont souhaité que ces incertitudes puissent être dissipées rapidement, dans un souci de sécurité juridique pour les entités mentionnées à l'article 17 de la loi Sapin 2.

■ **29.** À cet effet, ils ont voulu préciser le statut des recours formés contre les décisions de la commission des sanctions de l'agence et favoriser la

---

20. AFA, Commission des sanctions, décision n° 19-01, 4 juillet 2019, Société S SAS et Mme C., §18 ; AFA, Commission des sanctions, décision n° 19-02, 18 février 2020, Société I et M C K.

formation d'un « circuit court » pour le jugement de ces recours.

■ **30.** En l'état actuel, l'article 17, VII, de la loi Sapin 2 prévoit uniquement que « les recours formés contre les décisions de la commission des sanctions sont des recours de pleine juridiction », c'est-à-dire que le juge saisi dispose du pouvoir de réformer la décision qui lui est déférée, voire de lui substituer une autre décision.

En bonne logique, ce juge devrait être le Conseil d'État, statuant en premier et dernier ressort, s'agissant de statuer sur une décision de sanction d'une autorité indépendante, aurait-elle le statut de service à compétence nationale.

Il conviendrait toutefois que l'article 17, VII, précité de la loi Sapin 2, de même que l'article L. 311-4 du Code de justice administrative, confirment expressément la compétence directe du Conseil d'État pour connaître des recours de pleine juridiction formés contre les décisions de la commission des sanctions de l'AFA.

■ **31.** En outre, les membres de la commission ont exprimé le souhait que l'examen de ces recours soit enfermé dans un délai bref, toujours dans un souci de sécurité juridique.

Ils ont rappelé que les recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers (AMF) relatives aux offres publiques, en particulier, connaissent un tel délai.

Aux termes de l'article L. 621-30 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière<sup>21</sup>, la juridiction saisie de ces recours – qui est la cour d'appel de Paris – doit se prononcer dans un délai de cinq mois à compter de la déclaration de recours :

« Lorsque les recours mentionnés au premier alinéa du présent article visent une décision individuelle de l'Autorité des marchés financiers relative à une offre publique mentionnée aux sections 1 à 3 du chapitre III du titre III du livre IV, la juridiction saisie se prononce dans un délai de cinq mois à compter de la déclaration de recours. »

Cette solution pourrait être appliquée également aux recours formés contre les décisions de la commission des sanctions de l'AFA.

### **3. Les recommandations de la commission**

■ **32.** La Commission a pris acte du statut de service à compétence nationale conféré par le législateur à l'AFA et constaté les inconvénients

21. Loi n° 2014-1662.

liés à ce statut : absence d'autonomie budgétaire et fonctionnelle ; concentration au sein d'un même service administratif de missions de conseil, de contrôle et de sanction, de nature à susciter la défiance des entités contrôlées ; faible lisibilité à l'étranger.

■ **33.** Sur la base de ces constatations, elle a conclu qu'une fusion de l'AFA et de la HATVP devrait être encouragée à terme.

Une telle fusion aurait plusieurs avantages, en particulier :

- ▶ permettre une optimisation des ressources publiques allouées à la lutte contre la corruption et à la transparence de la vie publique, dans un contexte de maîtrise des dépenses publiques et de limitation du nombre des autorités administratives indépendantes ;
- ▶ permettre à l'autorité qui résulterait de cette fusion, dotée du statut d'autorité administrative indépendante, de gérer le recrutement de ses agents affectés au conseil et au contrôle des entreprises assujetties à la mise en œuvre d'un programme de conformité plus soûplement que ne le peut actuellement l'AFA.

Elle ne serait, en outre, pas dépourvue de précédent, la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique ayant déjà décidé d'opérer la fusion de la commission de déontologie de la fonction publique et de la HATVP, au motif que les deux autorités « avaient des champs de compétence, des méthodes de travail et de fonctionnement qui sont proches sur de nombreux points ».

■ **34.** Dans l'immédiat, cependant, la commission est convenue qu'une telle fusion pourrait être de nature à fragiliser la HATVP et l'AFA, dont la création est encore récente, et aurait peu de chances d'être adoptée par la législature en cours.

Elle a, en conséquence, voulu explorer également les moyens d'améliorer la coopération entre la HATVP et l'AFA et, plus largement, entre les différentes autorités nationales associées à la lutte contre la corruption et à la promotion de la transparence de la vie publique.

■ **35.** En outre, la commission a entendu les représentants des entreprises soumises au contrôle de l'AFA qui lui ont indiqué travailler « dans de bonnes conditions » avec l'agence, sous son statut actuel, et rechercher surtout une clarification des recommandations émises par celle-ci.

■ **36.** À cet égard, la commission a considéré que l'architecture normative mise en place par la loi Sapin 2 – obligation légale de mise en conformité et recommandations périodiquement mis à jour – devrait être maintenue, dans un contexte de concurrence internationale avec certains droits étrangers, en particulier américain et anglais, en matière de lutte contre la corruption internationale.

Elle a constaté, en outre, que la portée des recommandations émises par les autorités de régulation était une question connue déjà du droit

français, notamment du juge administratif, et que la commission des sanctions de l'AFA avait commencé à se saisir de cette question, s'agissant en particulier des recommandations de l'agence.

■ **37.** Consciente toutefois des incertitudes entourant encore la portée des recommandations de l'AFA et du risque de réputation encouru par les entreprises, en particulier, en matière de lutte contre la corruption, la commission a souhaité que ces incertitudes puissent être dissipées rapidement, dans un souci de sécurité juridique.

À cet égard, elle recommande que le législateur, d'une part, confirme expressément la compétence du Conseil d'État pour connaître, en premier et dernier ressort, des recours de pleine juridiction formés contre les décisions de la commission des sanctions de l'AFA, et, d'autre part, enferme l'examen de ces recours dans un délai abrégé.

## **B. TRANSPOSER À BREF DÉLAI LA DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LES LANCEURS D'ALERTE**

■ **38.** L'enquête réalisée par Transparency International, *Alternative to silence. Whistleblowing in 10 european countries*, montrait que, en 2009, 75 % à 99 % des salariés des pays de l'Union européenne ne disposant pas d'une législation spécifique sur les lanceurs d'alerte se taisaient par crainte des représailles, lorsqu'ils étaient témoins de faits illicites ou contraires à l'intérêt général.

Il aura fallu attendre dix ans pour que l'Union européenne – dont les pertes liées à l'absence de protection des lanceurs d'alerte sont estimées chaque année 5,8 à 9,6 milliards d'euros<sup>22</sup>, et dont seule une minorité d'États membres offre aujourd'hui encore une protection efficace pour les lanceurs d'alerte – adopte la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 « sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union ».

Parfois qualifiés de « héros des temps modernes<sup>23</sup> », les lanceurs d'alertes n'en restent pas moins une figure ancienne, incarnant la tension ayant toujours existé entre les lois auxquels l'individu se soumet, les actes auxquels il participe, et son éthique personnelle.

C'est ainsi que certains voient dans des personnages allant d'Antigone à Jean Moulin en passant par Gandhi, Martin Luther King ou le lieutenant-colonel Picquart, qui signala à sa hiérarchie l'attribution erronée du bordereau à Dreyfus<sup>24</sup>, les multiples manifestations de cet affrontement interne entre le devoir d'obéissance et l'illégitimité de l'ordre, qui a toujours émaillé l'histoire des sociétés humaines.

22. Estimating the Economic Benefits of Whistleblower protection in Public Procurement, Commission européenne, 2017.

23. BOURDON (W.), *Petit manuel de désobéissance citoyenne*, JC Lattès, 2015.

24. SAUVÉ (J.-M.), « La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique », *AJDA*, 2014, p. 2249.

Ce conflit transparaît de manière encore plus aiguë pour les fonctionnaires, souvent partagés entre plusieurs loyautés parfois contradictoires : la loyauté à l'égard des institutions, à l'égard des autorités politiques démocratiquement élues, ou à l'égard du supérieur hiérarchique<sup>25</sup> – cette dernière, pourtant légale, pouvant être abandonnée par les lanceurs d'alertes au profit des deux premières.

Aujourd'hui, si la mythologie de notre époque a très largement contribué à glorifier des noms tels que Bradley Manning, Édouard Snowden, Irène Frachon ou Antoine Deltour, les lanceurs d'alerte reflètent une réalité quotidienne qui va très au-delà de ces quelques figures emblématiques.

Partout dans le monde, et parfois très tôt, des pays se sont donc dotés de législations permettant de protéger ces individus des représailles dont ils pourraient être victimes.

En France, les lanceurs d'alerte ont longtemps fait l'objet d'une approche partielle et lacunaire de la part du législateur ; seules quelques lois sectorielles dédiées permettaient de leur assurer une protection, souvent insuffisante.

La loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 a eu pour ambition de créer un dispositif global, commun à tous les lanceurs d'alerte, inspirée des meilleurs standards internationaux.

## **1. La protection des lanceurs d'alerte issue de la loi Sapin 2**

### ***a) L'encadrement des lanceurs d'alerte avant la loi Sapin 2 : un ensemble lacunaire et fragmenté***

■ **39.** Dans le secteur privé, avant l'adoption de la loi Sapin 2, il existait plusieurs régimes légaux offrant une protection aux salariés ayant dénoncé des faits dont ils avaient eu connaissance dans le cadre de leurs fonctions.

■ **40.** Les articles L. 1152-2 et L. 1132-1 du Code du travail font, par ailleurs, interdiction aux employeurs de sanctionner un salarié ayant respectivement relaté ou dénoncé des agissements de harcèlement moral ou de discrimination.

■ **41.** L'article L. 823-12 du Code de commerce, créé par l'ordonnance n° 2005-1126 du 8 septembre 2005, permet aux commissaires aux comptes de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission, sans que leur responsabilité ne puisse être engagée par cette révélation.

■ **42.** La loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 prévoit la même interdiction de licenciement, s'agissant des personnes ayant relaté

---

25. VIGOUROUX (C.), *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2012, p. 359 et s.



ou témoigné de faits de corruption à son employeur ou aux autorités judiciaires ou administratives.

■ **43.** Le scandale du Mediator en 2010, du nom de l'affaire ayant permis de révéler la commercialisation d'un médicament présentant des risques pour la santé humaine, a également inspiré au législateur la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, qui protège les individus ayant eu connaissance, dans le cadre de leurs fonctions, de faits relatifs à la sécurité sanitaire des médicaments et les ayant signalés aux autorités.

■ **44.** En matière environnementale, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2013-316 sur l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte énonce :

« Toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement.

L'information qu'elle rend publique ou diffuse doit s'abstenir de toute imputation diffamatoire ou injurieuse. »

■ **45.** Dans le secteur public, le droit français prévoit, tout d'abord, une première forme de droit d'alerte à l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale, lequel énonce :

« Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

Ces dispositions, qui créent une obligation de dénonciation applicable aux agents publics, n'ont toutefois fait l'objet que d'une application limitée depuis leur introduction dans le Code de procédure pénale en 2004, comme le constatait le rapport présenté par Jean-Louis Nadal en janvier 2015, notamment en raison du fait qu'aucune sanction n'a été prévue par le législateur en cas de non-dénonciation d'une infraction<sup>26</sup>.

■ **46.** La loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique a donc créé un véritable droit d'alerte pour les fonctionnaires interdisant que ces derniers puissent être sanctionnés pour avoir témoigné à leur employeur, à l'autorité chargée de la déontologie au sein de leur organisme, ou à une association de lutte contre la corruption agréée une situation de conflit d'intérêts<sup>27</sup>.

---

26. NADAL (J.-L.), *Renouer la confiance publique*, rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, janvier 2015, p. 128.

27. Article 25, loi n° 2013-907.

■ **47.** La loi du 6 décembre 2013 sur la lutte contre la fraude fiscale a également introduit, dans la loi dite Le Pors créant le statut général des fonctionnaires<sup>28</sup>, un article 6 *ter* A protégeant les agents publics ayant dénoncé des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

À la faveur des lois du 11 octobre et du 6 décembre 2013, la protection des lanceurs d'alerte avait donc connu un renforcement, avant l'adoption de la loi Sapin 2.

Les progrès réalisés par ces deux dernières lois doivent, toutefois, être nuancés, dans la mesure où celles-ci n'envisagent pas de système d'alerte gradué par paliers, non plus qu'elles n'ouvrent la possibilité de transmettre des informations en dernier recours à la presse<sup>29</sup>.

C'est ainsi que, dans le rapport *Renouer la confiance publique*, Jean-Louis Nadal notait que les dispositifs prévus par ces lois ne semblaient pas « fonctionner de manière optimale, faute notamment de structures appropriées pour conseiller et guider les lanceurs d'alerte<sup>30</sup> ».

■ **48.** En l'absence d'un système clair et homogène en droit français, les critères élaborés par la Cour européenne des droits de l'homme, guidaient souvent les juridictions des ordres administratif et judiciaire avant l'adoption de la loi Sapin 2, lesquelles juridictions tenaient compte de la bonne foi du salarié, de l'authenticité des faits, ou à défaut de leur vraisemblance, et d'une forme de gradation implicitement admise des procédés de signalement<sup>31</sup>.

■ **49.** En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a progressivement défini les critères autorisant un individu à se prévaloir de la qualité de lanceur d'alerte sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui encadre la liberté d'expression, dont l'un des corollaires réside dans la faculté à diffuser des informations et à être informé.

La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi établi, par son arrêt fondateur *Guja contre Moldavie* (CEDH, Grande chambre, 12 février 2008, n° 14277/04), les critères qui permettent à un individu de se prévaloir de la qualité de lanceur d'alerte sur le fondement de l'article 10 :

- ▶ la personne doit avoir exercé les recours internes susceptibles de fonctionner ;
- ▶ l'information révélée doit présenter un intérêt public ;
- ▶ les informations divulguées doivent être authentiques ;

---

28. Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

29. FOEGLE (J.-P.), PRINGAULT (S.), « Les lanceurs d'alerte dans la fonction publique », *AJDA*, 2014, p. 2256.

30. NADAL (J.-L.), *Renouer la confiance publique*, rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, janvier 2015, p. 123.

31. LENOIR (N.), « Les lanceurs d'alerte, une innovation française venue d'outre-Atlantique », *La Semaine juridique : entreprise et affaires*, n° 42, 15 octobre 2015.

- ▶ le dommage causé par la révélation de l'information ne doit pas être disproportionné par rapport à l'intérêt de sa révélation pour le public ;
- ▶ la personne a lancé l'alerte de bonne foi ;
- ▶ la sanction de la personne a été sévère et disproportionnée.

■ **50.** La Cour européenne a, par la suite, étendu sa jurisprudence aux lanceurs d'alerte dans le secteur privé (Heinisch c. Allemagne, 21 juillet 2011, n° 28274/08), précisé que la dénonciation ne peut porter que sur des faits et non des jugements de valeur (Pinto Pinheiro Marques c. Portugal, 22 janvier 2015, n° 26671/09) et rappelé l'exigence de bonne foi dans le signalement (Soares c. Portugal, 21 juin 2016, n° 79972/12).

■ **51.** Tous ces critères ont offert un référentiel utile aux tribunaux français antérieurement à l'adoption de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016.

### ***b) La définition du lanceur d'alerte***

■ **52.** L'article 6 de la loi « Sapin 2 » donne du lanceur d'alerte la définition suivante :

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. »

Son deuxième alinéa précise, toutefois :

« Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre. »

■ **53.** En premier lieu, il convient de relever que la définition du lanceur d'alerte adoptée par la loi Sapin 2 exige que ce dernier soit une personne physique, excluant ainsi les personnes morales, telles que les associations de lutte contre la corruption.

■ **54.** En deuxième lieu, l'article 6 de la loi Sapin 2, dépassant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, impose au lanceur d'alerte d'être de bonne foi et désintéressé – ce dernier critère n'ayant pas fait l'objet de précisions particulières dans le décret n° 2017-564, en dépit de la nouveauté qu'il a introduite.

Il est, toutefois, permis de penser que le caractère désintéressé de l'alerte puisse constituer comme un indice de la bonne foi de la personne à l'origine du signalement<sup>32</sup>.

32. « Loi Sapin 2, le nouveau statut du lanceur d'alerte », *Revue de droit bancaire et financier*, Lexisnexis jurisclassseur, janvier-février 2017.

L'exigence de bonne foi, en revanche, ne surprend pas : il s'agit manifestement d'un parti pris du législateur français qui, à l'instar de son homologue britannique, aurait tout à fait pu décider de s'en passer.

Pour autant, l'application de la loi Sapin 2 par certains tribunaux laisse penser que leur appréciation pourrait conduire à assouplir ce dernier critère<sup>33</sup>.

■ **55.** En troisième lieu, enfin, le lanceur d'alerte doit avoir eu personnellement connaissance des faits qu'il dénonce – condition qui fait écho au critère d'authenticité des faits dégagé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et qui permet de s'assurer, a minima, de la fiabilité des informations signalées.

■ **56.** L'article 6 de la loi Sapin 2 retient une définition particulièrement large des informations susceptibles de faire l'objet d'une alerte.

S'il permet le signalement d'un crime ou d'un délit, déjà autorisé par de nombreux textes avant la loi Sapin 2, et qu'il lui ajoute la violation d'un engagement international, ou d'un acte unilatéral, les termes « menace ou préjudice grave pour l'intérêt général » paraissent plus difficiles à appréhender.

■ **57.** Il est intéressant de relever que, alors même que la loi Sapin 2 avait pour ambition de prévoir une définition commune du lanceur d'alerte, la loi n° 2018-670 relative à la protection du secret des affaires du 31 juillet 2018 a introduit un nouvel article L. 151-8 au Code de commerce, selon lequel :

« Art. L. 151-8. À l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue :

[...]

« 2° Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. »

Certes, il est permis de se réjouir du fait que ces dispositions se réfèrent explicitement au droit d'alerte, tel celui-ci est prévu par l'article 6 de la loi Sapin 2 – ce qui permettra donc aux personnes ayant agi dans ce cadre de ne pas se voir opposer le secret des affaires.

Pour autant, il est regrettable que le législateur ait, ajoutant de la confusion à un droit qui n'en manquait déjà pas, introduit une nouvelle

---

33. ALIBERT (J.) et FOEGLE (J.-P.), « Première victoire d'un lanceur d'alerte en référé sous l'empire de la loi Sapin 2 », *Revue des droits de l'homme*, 29 avril 2019.

définition de l'alerte, consistant ici à « révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible ».

Cette définition alternative des informations susceptibles de signalement porte en elle le germe de contradictions futures entre les différents régimes.

■ **58.** Enfin, il faut préciser que l'article 6 de la loi Sapin 2 introduit trois exceptions à son premier alinéa – à savoir les faits, informations, ou documents couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret professionnel de l'avocat –, ce dont il faut comprendre que le cadre de leur signalement relève du régime auxquels ces exceptions sont déjà soumises par ailleurs.

■ **59.** Quel que soit le cadre dans lequel elle évolue, l'alerte doit être traitée par des « procédures appropriées de recueil » que l'article 8, III, de la loi Sapin 2 impose aux personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, aux administrations de l'État, aux communes de plus de dix mille habitants, ainsi qu'aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, aux départements et aux régions.

■ **60.** Plus précisément, l'article 8 de la loi Sapin 2 organise deux procédures de signalement : une procédure ordinaire et une procédure dérogatoire.

■ **61.** Dans la procédure ordinaire, le premier stade du signalement consiste à porter celui-ci à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur, ou d'un référent désigné par celui-ci.

S'agissant du référent pouvant être destinataire de l'alerte, l'article 4 du décret n° 2017-564 mentionne qu'il est désigné par les autorités compétentes, qu'il peut être extérieur à cet organisme et qu'il doit disposer « par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de ses missions ».

■ **62.** Le deuxième stade du signalement prévoit l'intervention de l'autorité judiciaire ou administrative, en l'absence de diligences « dans un délai raisonnable ».

Cette notion est toutefois entendue de façon très différente par les tribunaux et offre de ce fait peu de sécurité juridique au lanceur d'alerte<sup>34</sup>, d'autant plus que le décret d'application n'a pas apporté de précisions sur ce point.

---

34. Dans un cadre différent, mais à titre d'exemple, l'Assemblée du Conseil d'État jugeait le 13 juillet 2016 (n° 387763) qu'une décision administrative individuelle notifiée mais n'ayant pas mentionné les voies et délais de recours ne pouvait être contestée au-delà d'un délai raisonnable, lequel ne saurait excéder un an.

- **63.** Enfin, en cas d'inaction de la part des autorités judiciaires dans un délai de trois mois, l'auteur du signalement peut le rendre public.

Les modalités de publicité de l'alerte ne sont pas précisées par la loi, non plus que par son décret d'application, mais il est permis de penser que les dispositions de l'article 8 peuvent s'entendre de façon libérale, de sorte que le lanceur d'alerte puisse, sans risquer d'être inquiété, communiquer les informations dont il dispose à la presse ou sur les réseaux sociaux, ainsi que l'indiquent les travaux parlementaires qui évoquent la « divulgation à l'opinion publique<sup>35</sup> ».

Par ailleurs, le délai de trois mois dans lequel l'autorité judiciaire est tenue de traiter l'alerte a également fait l'objet de critiques tenant à sa brièveté, ce d'autant plus que l'article 53, II, de la loi n° 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoit la possibilité d'allonger de trois mois supplémentaires le délai à l'issue duquel une victime peut se constituer partie civile.

Dans ces conditions, un procureur pourrait disposer d'un délai allant jusqu'à six mois dans le cadre du droit commun contre trois mois dans le cadre du traitement d'une alerte<sup>36</sup>.

- **64.** La question de l'opportunité du « premier palier » dans la procédure d'alerte de droit commun a permis de constater l'existence d'un clivage net parmi les personnes auditionnées par la commission.

De manière générale, certains représentants d'organisations non gouvernementales (ONG), entendus dans le cadre des travaux de la commission, ont fait valoir le fait que la procédure de droit commun prévue par la loi Sapin 2 réduisait leur rôle, dans la mesure où les lanceurs d'alerte sont tenus de signaler en premier lieu leur alerte auprès de l'employeur, puis des autorités judiciaires.

Les ONG ne peuvent, en conséquence, être sollicitées et aider le lanceur d'alerte que dans le cadre du dernier palier du signalement.

- **65.** L'article 8, II, de la loi Sapin 2 a également ouvert la possibilité de signaler une alerte dans un cadre dérogatoire distinct du précédent.

- **66.** Le recours à cette autre procédure est subordonné à l'existence d'un danger grave et imminent, ainsi qu'à la présence d'un risque de dommages irréversibles.

- **67.** Les dispositions de l'article 8, II, posent, toutefois, une certaine difficulté en ce qu'elles ne paraissent pas hiérarchiser la saisine des autorités administrative ou judiciaire et la publicité de l'alerte.

---

35. Assemblée nationale, commission des lois, 21 septembre 2016, séance de 10 heures.

36. LAGESSE (P), ARMILLEI (V), « Le statut du lanceur d'alerte – État des lieux et proposition de directive européenne », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* n° 2, avril 2019, étude 64.

Dans ces conditions, il est possible de considérer que la procédure dérogatoire vise principalement, pour des motifs tenant à l'urgence de la situation, à autoriser le lanceur d'alerte à passer outre le premier palier uniquement, et donc à débiter par la saisine des autorités judiciaires.

C'est en tout cas ce que l'intervention du rapporteur de la loi Sapin 2, au soutien de cet amendement qu'il a introduit, permet de comprendre, sans dissiper toutefois totalement les doutes qui entourent ces dispositions :

« Cependant, pour des raisons tout à fait fondées, le lanceur d'alerte peut parfois avoir besoin de passer outre la première étape pour s'adresser directement à une autorité judiciaire. [...] En cas d'urgence, le lanceur d'alerte pourra saisir directement les organismes de deuxième niveau, voire rendre publique l'alerte<sup>37</sup>. »

■ **68.** Un jugement récemment rendu par le tribunal administratif de Bordeaux (30 avril 2019, n° 1704873), ainsi qu'un arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy (16 juin 2019, n° 18NC01241), permettent toutefois de penser que les critères relatifs à l'imminence du danger, ainsi qu'au risque de dommages irréversibles, l'emportent sur tout autre, abolissant de fait, dans le cadre dérogatoire, la hiérarchie existant entre les paliers dans la procédure de droit commun.

■ **69.** Le décret n° 2017-564 organise encore l'encadrement des procédures de recueil des signalements.

D'une part, l'article 5, I, du décret impose aux procédures de recueil de signalement de préciser les modalités selon lesquelles l'auteur d'un signalement l'adresse au supérieur hiérarchique, direct ou indirect, à l'employeur ou au référent mentionné, fournit les « faits, informations, ou documents quel que soit leur forme ou leur support de nature à étayer son signalement lorsqu'il dispose de tels éléments », ainsi que les « éléments permettant le cas échéant un échange avec le destinataire du signalement ».

D'autre part, le II de l'article 5 du décret apporte des précisions utiles quant aux obligations pesant sur le destinataire de l'alerte, de sorte à permettre à l'auteur du signalement de mieux se figurer le moment auquel il pourra décider d'évoluer vers la deuxième étape de la procédure :

« II. – La procédure précise les dispositions prises par l'organisme :  
1° Pour informer sans délai l'auteur du signalement de la réception de son signalement, ainsi que du délai raisonnable et prévisible nécessaire à l'examen de sa recevabilité et des modalités suivant lesquelles il est informé des suites données à son signalement ;

---

37. Assemblée nationale, commission des lois, 21 septembre 2016, Séance de 10 heures

2° Pour garantir la stricte confidentialité de l'auteur du signalement, des faits objets du signalement et des personnes visées, y compris en cas de communication à des tiers dès lors que celle-ci est nécessaire pour les seuls besoins de la vérification ou du traitement du signalement ;

3° Pour détruire les éléments du dossier de signalement de nature à permettre l'identification de l'auteur du signalement et celle des personnes visées par celui-ci lorsqu'aucune suite n'y a été donnée, ainsi que le délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la clôture de l'ensemble des opérations de recevabilité ou de vérification. L'auteur du signalement et les personnes visées par celui-ci sont informés de cette clôture. »

■ **70.** L'article 8, IV, de la loi Sapin 2 donne enfin au Défenseur des droits, autorité administrative indépendante constitutionnelle, une compétence d'orientation du lanceur d'alerte.

Cette disposition a d'ailleurs justifié que soit également promulguée, le 9 décembre 2016, la loi organique n° 2016-1690, qui a modifié la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, en ajoutant notamment la disposition selon laquelle celui-ci est chargé « d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi, et de veiller aux droits et libertés de cette personne ».

À cet égard, le Défenseur des droits a publié en juillet 2017 un Guide intitulé « Orientation et protection des lanceurs d'alerte », disponible en ligne sur son site internet<sup>38</sup>.

Les travaux de la commission ont cependant permis de comprendre que le Défenseur des droits ne dispose pas de moyens humains et financiers suffisants pour assurer cette mission, ce qui préjudicie aux lanceurs d'alerte.

### ***c) La protection du lanceur d'alerte dans la loi Sapin 2***

■ **71.** L'article 7 de la loi Sapin 2 a introduit, par ailleurs, à l'article 122-9 du Code pénal, une disposition selon laquelle le lanceur d'alerte qui intervient dans le cadre fixé par la loi Sapin 2 ne peut pas être pénalement responsable de l'atteinte à un secret protégé par la loi.

Il faut comprendre que cette disposition ne s'applique pas aux lanceurs d'alerte ayant violé des secrets protégés par la loi – prévus par le deuxième alinéa de l'article 6, à savoir le secret médical, le secret professionnel de l'avocat, et le secret de la défense nationale –, lesquels sont encadrés par des régimes qui leur sont propres.

■ **72.** Les procédures instituées au sein des personnes morales visées

---

38. <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-lanceuralerte-num-20.06.18.pdf>



par les dispositions de l'article 8, III, de la loi Sapin 2 doivent également permettre une stricte confidentialité quant à « l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement », précise l'article 9, I, de la loi Sapin 2.

Les éléments permettant d'identifier l'alerte ne peuvent être divulgués qu'avec l'accord du lanceur d'alerte, tandis que ceux de nature à identifier la personne mise en cause par le signalement ne peuvent l'être qu'une fois le caractère fondé de l'alerte établi<sup>39</sup>.

L'article 9, II, de la loi Sapin 2 sanctionne enfin l'inobservation de ces dispositions d'une peine d'emprisonnement de deux ans et de 30 000 euros d'amende.

Cette confidentialité constitue « la condition indépassable d'un traitement serein de l'alerte, et de la protection des agents signalant comme des agents signalés<sup>40</sup> ».

Les travaux de la commission ont mis en évidence le fait que la confidentialité de l'auteur d'un signalement devait souvent faire l'objet d'une « pédagogie » particulière au sein des entreprises, certains salariés étant parfois saisis du réflexe de connaître l'identité du lanceur d'alerte, avant de s'intéresser au contenu de l'alerte.

■ **73.** Les dispositions de l'article 10 de la loi Sapin 2 interdisent enfin qu'un lanceur d'alerte puisse faire l'objet d'une sanction professionnelle, comme le prévoient déjà les multiples dispositifs existants jusqu'alors.

Toujours dans la souci de mettre le lanceur d'alerte à l'abri de représailles, l'article 11 de la loi Sapin 2 permet à la juridiction administrative, saisie de conclusions en ce sens, d'ordonner la réintégration de l'agent public ou du salarié.

L'article 12 de la loi ouvre également la possibilité au lanceur d'alerte licencié consécutivement à son signalement de saisir le Conseil des prud'hommes.

Enfin, la loi Sapin 2 prévoit un délit d'entrave à l'alerte, qu'elle punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, et autorise un juge d'instruction ou la chambre de l'instruction saisi d'une plainte en diffamation contre un lanceur d'alerte à prononcer une amende civile d'un montant maximal de 30 000 euros pour constitution de partie civile abusive ou dilatoire<sup>41</sup>.

---

39. Article 9, I, alinéas 2 et 3 de la loi Sapin 2.

40. DYENS (S.), « Le lanceur d'alerte dans la loi Sapin 2 : un renforcement en trompe-l'œil », *AJCT*, n° 127, 2017.

41. Article 13, I, II de la loi Sapin 2.

■ **74.** La loi Sapin 2 déferée à l'examen du Conseil constitutionnel prévoyait encore, en son article 14, que le Défenseur des droits pût accorder au lanceur d'alerte ayant fait l'objet d'une mesure défavorable une aide financière sous la forme d'une avance sur les frais de procédure exposés, ainsi qu'un secours financier temporaire, si le Défenseur des droits estimait que le lanceur d'alerte connaît des difficultés financières « présentant un caractère de gravité et compromettant ses conditions d'existence ».

Ces dispositions se référaient à la loi organique n° 2016-1690, laquelle a été soumise à la censure du Conseil constitutionnel, qui a décidé que la possibilité d'apporter un soutien financier aux personnes qui saisissent le Défenseur des droits ne faisait pas partie des attributions que la Constitution a souhaité conférer à ce dernier <sup>42</sup>.

■ **75.** Cette dernière question a fait l'objet d'un clivage net parmi les personnes entendues lors des travaux de la commission.

Les auditions de la commission ont aussi permis de rendre compte du rôle des ONG, en l'absence d'indemnisation prévue par la loi, et notamment de la « Maison des lanceurs d'alerte », association mise en place en novembre 2018 par dix-sept ONG et visant à accorder une aide financière et psychologique aux lanceurs d'alerte.

Toutefois, cette dernière initiative, en l'absence de soutien des pouvoirs publics, a été jugée largement insuffisante par ces ONG.

## **2. La directive 2019/1937 du 23 octobre 2019**

■ **76.** Au cours des travaux de la Commission, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté, le 23 octobre 2019, la directive 2019/1937 « sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union ».

Il s'agit du premier texte européen général sur le statut des lanceurs d'alerte.

■ **77.** Le domaine d'application *ratione personae* de la directive, prévu par son article 4, est large, puisqu'il inclut les personnes ayant le statut de travailleur ou de travailleur indépendant, au sens de l'article 45 du TFUE, mais aussi les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise, ainsi que les membres non exécutifs, bénévoles ou stagiaires, et, enfin, toute personne travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs.

La directive ajoute qu'elle s'applique également aux facilitateurs de l'alerte, aux tiers en lien avec les auteurs de signalements et qui risquent

---

42. Décision n° 2016-740 du 8 décembre 2016, considérants 5 et 6.

de faire l'objet de représailles, ainsi qu'aux entités juridiques appartenant aux auteurs de signalement ou pour lesquelles ceux-ci travaillent, ou avec lesquelles ceux-ci sont en lien dans un contexte professionnel.

■ **78.** Sur le plan de la procédure de signalement, la directive 2019/1937 organise une procédure à « deux paliers externes », tout en encourageant le recours aux canaux et procédures de signalement interne.

L'article 7 énonce, en effet :

« 1. En règle générale, et sans préjudice des articles 10 et 15, les informations sur des violations peuvent être signalées par le biais des canaux et procédures de signalement interne prévus dans le présent chapitre.

2. Les États membres encouragent le signalement par le biais de canaux de signalement interne avant un signalement par le biais de canaux de signalement externe, lorsqu'il est possible de remédier efficacement à la violation en interne et que l'auteur de signalement estime qu'il n'y a pas de risque de représailles. »

Aux termes des dispositions de l'article 10 de la directive, les lanceurs d'alerte ont la possibilité de signaler directement les informations dont ils auraient connaissance aux autorités compétentes :

« Sans préjudice de l'article 15, paragraphe 1, point b), les auteurs de signalement signalent des informations sur des violations en utilisant les canaux et procédures visés aux articles 11 et 12, après avoir effectué un signalement par le biais de canaux de signalement interne ou en effectuant un signalement directement par le biais de canaux de signalement externe. »

Enfin, l'article 15 de la directive encadre la possibilité, pour les lanceurs d'alerte, de divulguer les informations dont ils disposent :

« 1. Une personne qui fait une divulgation publique bénéficie de la protection prévue par la présente directive si l'une ou l'autre des conditions suivantes est remplie :

a) la personne a d'abord effectué un signalement interne et externe, ou a effectué directement un signalement externe conformément aux chapitres II et III, mais aucune mesure appropriée n'a été prise en réponse au signalement dans le délai visé à l'article 9, paragraphe 1, point f), ou à l'article 11, paragraphe 2, point d) ;

b) ou la personne a des motifs raisonnables de croire que :

i) la violation peut représenter un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public, comme lorsqu'il existe une situation d'urgence ou un risque de préjudice irréversible ; ii) ou en cas de signalement externe, il existe un risque de représailles ou il y a peu de chances qu'il soit véritablement remédié à la violation, en raison des

circonstances particulières de l'affaire, comme lorsque des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou lorsqu'une autorité peut être en collusion avec l'auteur de la violation ou impliquée dans la violation. »

En d'autres termes, la directive 2019/1937 supprime le recours obligatoire au « premier palier » interne : les lanceurs d'alerte auront à l'avenir la possibilité de saisir directement l'autorité judiciaire ou administrative puis, en cas d'inaction de celle-ci dans un délai raisonnable, de divulguer au public les informations dont ils disposent.

Ils pourront également communiquer directement au public les informations dont ils disposent, dans les cas d'urgence définis par l'article 15, 1, b) de la directive.

■ **79.** La directive exige, enfin, des États membres qu'ils prévoient des mesures d'indemnisation des préjudices découlant du lancement d'une alerte, « conformément au droit national <sup>43</sup> ».

### **3. Les recommandations de la commission**

■ **80.** La directive 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 « sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union » prévoit que les lanceurs d'alerte auront à l'avenir la possibilité de saisir directement l'autorité judiciaire ou administrative puis, en cas d'inaction de celle-ci, de divulguer au public les informations dont ils disposent.

■ **81.** Du point de vue du droit français, cette directive présente l'avantage de trancher le débat relatif à l'opportunité du « premier palier » interne, dans le cadre du lancement de l'alerte.

Elle devra être transposée par les États membres, au plus tard le 17 décembre 2021, et imposera, en conséquence, au législateur français de modifier le dispositif actuel issu de la loi Sapin 2.

■ **82.** À ce propos, la Commission recommande que le législateur français transpose la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 dans les meilleurs délais, dans un souci de sécurité juridique pour les lanceurs d'alerte comme pour les entreprises, et modifie sans tarder le dispositif issu de la loi Sapin.

Elle recommande également d'engager, à cette occasion, une réflexion sur l'application de la directive dans le contexte de l'activisme actionnarial, dans la mesure où celle-ci vise les actionnaires parmi les personnes susceptibles de signaler des violations du droit de l'Union.

---

43. Article 23 de la directive de l'Union européenne.

## C. AMÉLIORER LA LISIBILITÉ DU REGISTRE DES REPRÉSENTANTS D'INTÉRÊTS

■ **83.** La méfiance des Français à l'égard des représentants d'intérêts n'est pas nouvelle. Isaac Le Chapelier déclarait déjà le 14 juin 1791, à la tribune de l'Assemblée nationale, pour défendre la loi qui devait porter son nom et qui a, pendant près d'un siècle, justifié l'interdiction des corporations : « Il n'y a plus de corporations dans l'État ; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un intérêt de corporation <sup>44</sup>. »

■ **84.** Cette conception tranche avec celle à l'œuvre au sein des pays de culture anglo-saxonne, à l'instar des États-Unis, où Alexis de Tocqueville observait dès 1835 que « les Américains de tous les âges, de toutes les conditions, de tous les esprits, s'unissent sans cesse <sup>45</sup> », et où les associations d'intérêts ont toujours occupé une place essentielle dans le processus d'élaboration des décisions publiques.

■ **85.** En France, la crainte vis-à-vis de l'influence que pourraient avoir les représentants d'intérêts auprès des pouvoirs publics trouve son origine dans la conception de la souveraineté populaire, qui, nourrie par la pensée de Jean-Jacques Rousseau I, ne voit dans la loi que « l'expression de la volonté générale », par nature transcendante aux intérêts particuliers et à laquelle ces derniers ne sauraient faire obstacle.

■ **86.** La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, imprégnée des idéaux du siècle des Lumières, exprime cette idée dans ses articles 3 – « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » – et 6 – « La loi est l'expression de la volonté générale ».

■ **87.** L'interdiction des corps intermédiaires organisée par le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier fut, en définitive, levée par la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels, puis par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 autorisant la création des associations.

■ **88.** Pour autant, ces évolutions législatives importantes n'ont pas suffi à dissiper la méfiance française à l'égard des organisations intermédiaires, dont il est possible de trouver encore la trace à l'article 27 de la constitution du 4 octobre 1958, aux termes duquel il est énoncé que « tout mandat impératif est nul » – principe qui interdit aux députés « d'adhérer à une association ou à un groupement de défense d'intérêts

---

44. Séance de l'Assemblée nationale du 14 juin 1791, in Archives parlementaires de 1787 à 1860, 1<sup>re</sup> série, t. XXVII, Paul Dupont, 1887, p. 210.

45. TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, II, 2<sup>e</sup> partie, chap. V, in Œuvres, t. II, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1992, p. 621.

particuliers, locaux ou professionnels ou de souscrire à l'égard de ceux-ci des engagements concernant sa propre activité parlementaire, lorsque cette adhésion ou ces engagements impliquent l'acceptation d'un mandat impératif », ainsi que le prévoit l'article 79 du règlement de l'Assemblée nationale.

Ces dispositions rejoignent l'idée que les intérêts particuliers ou catégoriels n'ont pas droit de cité dans les assemblées parlementaires, où doit seul régner l'intérêt général.

■ **89.** Aujourd'hui, sous la pression de l'intégration européenne et de la mutation de l'État – en particulier, la décentralisation qui a démultiplié les lieux de pouvoirs et les possibilités d'accès aux processus décisionnels <sup>46</sup> – l'activité de représentation d'intérêts s'est installée dans le paysage institutionnel français ; de sorte qu'il n'est plus possible de maintenir l'élaboration de la norme dans son cadre historique, c'est-à-dire celui d'une relation binaire entre les pouvoirs exécutif et législatif <sup>47</sup>.

Le développement de l'activité de représentation d'intérêts, dont le ministre d'Etat Nicolas Hulot a dénoncé au moment de sa démission le 28 août 2018 l'influence excessive en matière environnementale, justifiait que cette activité fasse l'objet d'une réglementation spécifique visant à en limiter les abus.

## **1. L'encadrement des représentants d'intérêts par la loi Sapin 2**

■ **90.** En octobre 2014, l'Organisation non gouvernementale Transparency International avait attribué à la France la note de 2,7 sur 10 pour sa capacité à permettre une représentation d'intérêts intègre et transparente, relevant une « quasi-absence de règles » dans les lieux de la décision publique autres que l'Assemblée nationale et le Sénat <sup>48</sup>. »

■ **91.** En effet, avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, l'activité de représentation d'intérêts faisait l'objet d'un encadrement limité à l'Assemblée nationale et au Sénat uniquement.

■ **92.** L'Assemblée nationale a adopté un premier corps de règles organisant les rapports entre députés et représentants d'intérêts le 8 juillet 2009, dans le but de faire respecter une obligation de transparence et de publicité, et de définir une charte des devoirs des parlementaires.

■ **93.** Il était prévu, aux termes de cette réglementation, que « tout représentant d'intérêts publics ou privés [...] figurant sur une liste fixée par le bureau [de l'Assemblée nationale pût] bénéficier d'un badge ouvrant des droits d'accès au palais Bourbon », en contrepartie de la remise d'un

---

46. ESCURIAT (A.), *Le Lobbying : outil démocratique*, Fondation pour l'innovation politique, février 2016, p. 18.

47. Rapport au nom du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée nationale, présenté par M. Christophe Sirugue, 27 février 2013.

48. Transparence et intégrité du lobbying, un enjeu de démocratie, 2014, Transparency International.

formulaire donnant des informations sur leurs activités et les intérêts défendus <sup>49</sup>.

■ **94.** Ce dispositif a connu une première évolution avec deux décisions du bureau de l'Assemblée nationale, les 27 février et 26 juin 2013, lesquelles décisions ont renforcé les obligations de déclaration des représentants d'intérêts, imposé aux députés de mentionner dans leurs rapports d'information la liste des personnes entendues, et permis l'adoption d'un code de conduite spécifique aux représentants d'intérêts <sup>50</sup>.

Le contenu de ces obligations déclaratives est, par ailleurs, contrôlé par le déontologue de l'Assemblée nationale, fonction créée par la décision du Bureau de l'Assemblée nationale du 6 avril 2011 relative au respect du code de déontologie des députés <sup>51</sup>.

L'actuelle déontologue de l'Assemblée nationale, Madame Agnès Roblot-Troizier, a recommandé dans son rapport annuel au président de la République, publié en janvier 2019, d'actualiser et de compléter le code de conduite applicable aux représentants d'intérêts <sup>52</sup>.

Le 4 juin 2019, l'Assemblée nationale a pris acte de sa recommandation et modifié son règlement intérieur <sup>53</sup>.

Le déontologue peut, depuis cette dernière réforme, être saisi par un certain nombre de personnes précisées à l'article 80-5 modifié du règlement intérieur de l'Assemblée nationale et se faire communiquer toute information ou document nécessaire à l'exercice de sa mission.

En outre, les députés n'ayant pas respecté le code de déontologie peuvent désormais faire l'objet d'une mise en demeure pouvant être rendue publique.

■ **95.** Le Sénat a adopté une réglementation similaire à celle mise en œuvre par l'Assemblée nationale le 31 mars 2010 <sup>54</sup>, aux termes de laquelle il est prévu notamment que « le droit d'accès au Sénat est accordé, dans les conditions déterminées par les questeurs, aux représentants des groupes d'intérêts inscrits sur un registre public et qui s'engagent à respecter un code de conduite défini par le bureau ».

■ **96.** Ce dispositif a été assorti d'une sanction en cas d'infraction au code de conduite, pouvant conduire au retrait de la carte d'accès aux locaux du Sénat.

---

49. Rapport au nom du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée nationale, *op. cit.*

50. NADAL (J.-L.), *Renouer la confiance publique*, rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, janvier 2015, p. 65.

51. <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/textes-de-reference/decision-du-bureau-du-6-avril-2011-relative-au-respect-du-code-de-deontologie-des-deputes>

52. <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/194000114.pdf>.

53. <http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/tap02B1.pdf>

54. Arrêté n° 2010-82 du bureau du 31 mars 2010 et arrêté n° 2010-1258 de Questure du 1<sup>er</sup> décembre 2010.

■ **97.** Le bureau du Sénat a adapté ce dispositif, afin d’y intégrer les obligations issues de la loi Sapin 2, en fixant, par deux arrêtés du 31 mai 2017, les règles déontologiques applicables aux représentants d’intérêts au Sénat et en précisant les modalités selon lesquelles le Comité de déontologie parlementaire et, le cas échéant, le président du Sénat s’assurent du respect de ces règles <sup>55, 56</sup>.

Les manquements aux règles déontologiques du code de conduite peuvent également faire l’objet d’une mise en demeure pouvant être rendue publique.

■ **98.** Ces deux dispositifs – qui ont certes été récemment modifiés et dont il est difficile en conséquence de mesurer l’efficacité – ne semblent pas avoir rencontré le succès espéré : en 2014, seuls 185 et 114 représentants d’intérêts étaient inscrits sur les registres de l’Assemblée nationale et du Sénat <sup>57</sup>.

■ **99.** Conscient déjà des lacunes du dispositif français, le président de la République déclarait devant les bureaux des assemblées parlementaires le 20 janvier 2015 :

« Pour rendre encore plus claire la confection des lois et des règlements, il faudra un meilleur encadrement des groupes de pression. C’est un chantier qui sera ouvert cette année. Les citoyens sauront qui est intervenu, à quel niveau, auprès des décideurs publics, pour améliorer, corriger, modifier une réforme, et quels ont été les arguments utilisés. »

■ **100.** Les articles 25 à 33 de la loi Sapin 2 ont ainsi ajouté dix articles supplémentaires à la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

■ **101.** La réforme entreprise par la loi Sapin 2 poursuivait trois objectifs, exposés dans son étude d’impact <sup>58</sup> :

- ▶ identifier les personnes pouvant être regardées comme des représentants d’intérêts, de manière à pouvoir réguler leurs conditions d’intervention ;
- ▶ les soumettre à des obligations déontologiques déterminées par le législateur et sanctionner la violation de ces obligations, le cas échéant ;
- ▶ rendre le processus de décision publique – « la fabrique de la norme » – plus transparent, plus lisible, pour les citoyens.

---

55. Arrêté n° 2017-106 fixant le code de conduite applicable aux représentants d’intérêts au Sénat.

56. Arrêté n° 2017-105 modifiant le chapitre XXII bis de l’Instruction générale du bureau.

57. NADAL (J.-L.), *Renouer la confiance publique*, rapport au président de la République sur l’exemplarité des responsables publics, janvier 2015, p. 68.

58. Étude d’impact, projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 30 mars 2016, p. 47.



■ **102.** Le répertoire des représentants d'intérêts créé par la loi Sapin 2 est obligatoire pour les représentants d'intérêts, à la différence de ceux prévus jusqu'alors par les assemblées parlementaires.

■ **103.** Le dispositif institué présente également la nouveauté de créer un répertoire commun au pouvoir exécutif et au Parlement, de manière à simplifier les obligations déclaratives applicables aux représentants d'intérêts – contrairement à la volonté du Sénat qui souhaitait que chaque chambre disposât de son propre registre <sup>59</sup>.

■ **104.** Enfin, conformément à l'ambition affichée d'assurer une meilleure transparence dans l'élaboration des décisions publiques, le répertoire créé par la loi Sapin 2 est librement accessible en ligne, sur le site de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) <sup>60</sup>.

■ **105.** Le dispositif organisé par la loi Sapin 2 présente également le mérite d'introduire une définition légale du représentant d'intérêts, dont le droit français était jusqu'alors orphelin.

Le législateur a retenu à dessein une définition particulièrement large du représentant d'intérêts.

■ **106.** L'article 18-2 de la loi relative à la transparence de la vie publique énonce :

« Sont des représentants d'intérêts, au sens de la présente section, les personnes morales de droit privé, les établissements publics ou groupements publics exerçant une activité industrielle et commerciale, les organismes mentionnés au chapitre I<sup>er</sup> du titre I<sup>er</sup> du livre VII du Code de commerce et au titre II du Code de l'artisanat, dont un dirigeant, un employé ou un membre a pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire [...]. »

Les députés et sénateurs ayant saisi le Conseil constitutionnel reprochaient à ces dispositions de méconnaître, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, en ce que les termes « activité principale ou régulière » seraient insuffisamment précis, et, d'autre part, le principe de l'égalité devant la loi, en excluant de la définition du représentant d'intérêts les personnes n'intervenant que ponctuellement auprès des pouvoirs publics.

Sur le premier point, le Conseil constitutionnel a décidé, dans sa décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, que les termes « activité principale ou régulière » étaient suffisamment précis, puisqu'ils permettaient d'exclure de cette définition les personnes exerçant une activité d'influence à titre seulement accessoire et de manière peu fréquente.

---

59. MONTECLER (M.-C. de), « Le volet droit public du projet de loi Sapin 2 », *Dalloz Actualité*, 10 novembre 2016.

60. Article 18-1 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

Sur le second point, le Conseil constitutionnel a constaté que le législateur avait, en limitant le domaine des obligations prévues aux personnes exerçant l'activité de représentant d'intérêts à titre principal ou régulier, traité différemment des personnes placées dans des situations distinctes, de sorte qu'il n'avait pas méconnu le principe de l'égalité devant la loi.

■ **107.** L'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2017-867 définit le représentant d'intérêts comme :

« un dirigeant, un employé ou un membre [qui] consacre plus de la moitié de son temps à une activité qui consiste à procéder à des interventions à son initiative auprès des personnes désignées aux 1° à 7° du même article en vue d'influer sur une ou plusieurs décisions publiques, notamment une ou plusieurs mesures législatives ou réglementaires. »

Le deuxième alinéa du même article décret ajoute :

« Ces dispositions sont également applicables à toute personne mentionnée au premier alinéa de l'article 18-2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 susvisée, dont un dirigeant, un employé ou un membre entre en communication, à son initiative, au moins dix fois au cours des douze derniers mois avec des personnes désignées aux 1° à 7° du même article en vue d'influer sur une ou plusieurs décisions publiques, notamment une ou plusieurs mesures législatives ou réglementaires. »

L'annexe au décret n° 2017-867 ajoute enfin que, parmi les actions visant à influencer une décision publique figurent « notamment » l'organisation de discussions informelles, l'organisation d'événements, d'auditions, de débats publics, l'invitation à un événement, l'envoi de pétitions, de lettres ouvertes ou l'établissement d'une correspondance régulière.

Afin d'évaluer le temps consacré à la réalisation d'actions de représentation d'intérêts, la HATVP recommande de s'attacher à la durée des communications elles-mêmes, mais aussi au temps consacré à leur préparation, à leur organisation et à leur suivi <sup>61</sup>.

■ **108.** Les dispositions de l'article 18-2 de la loi relative à la transparence de la vie publique énumèrent, ensuite, la liste des décideurs publics, au sens des dispositions précitées :

- « 1° Un membre du Gouvernement, ou un membre de cabinet ministériel ;
- 2° Un député, un sénateur, un collaborateur du président de l'Assemblée nationale ou du président du Sénat, d'un député, d'un sénateur ou d'un groupe parlementaire, ainsi qu'avec les agents des services des assemblées parlementaires ;
- 3° Un collaborateur du président de la République ;

---

61. Répertoire des représentants d'intérêts : lignes directrices, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, octobre 2018, p. 23.

4° Le directeur général, le secrétaire général, ou leur adjoint, ou un membre du collège ou d'une commission investie d'un pouvoir de sanction d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante mentionnée au 6° du I de l'article 11 de la présente loi ;

5° Une personne titulaire d'un emploi ou d'une fonction mentionné au 7° du même I ;

6° Une personne titulaire d'une fonction ou d'un mandat mentionné aux 2°, 3° ou 8° dudit I ;

7° Un agent public occupant un emploi mentionné par le décret en Conseil d'État prévu au I de l'article 25 *quinquies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. »

■ **109.** L'annexe au décret du 9 mai 2017 relatif au répertoire indique, en outre, la liste des membres du Gouvernement ou des cabinets ministériels, des autorités administratives indépendantes et des responsables locaux visés par l'article 18-2.

■ **110.** La loi écarte enfin de la définition du représentant d'intérêts : les élus dans l'exercice de leur mandat, les partis et groupements politiques, les organisations syndicales de fonctionnaires, les associations à objet culturel et les associations représentatives d'élus.

■ **111.** S'agissant de la définition de la décision publique, l'emploi de l'adverbe « notamment » permet de comprendre que le législateur a voulu que celle-ci soit large, ce que confirme par ailleurs l'annexe au décret du 9 mai 2017 :

#### **« Annexe relative aux types de décisions publiques (10 de l'article 3)**

- ▶ Lois, y compris constitutionnelles ;
- ▶ ordonnances de l'article 38 de la Constitution ;
- ▶ actes réglementaires ;
- ▶ décisions mentionnées à l'article L. 221-7 du code des relations entre le public et l'administration ;
- ▶ contrats entrant dans le champ d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au *Journal officiel* de la République française ;
- ▶ contrats entrant dans le champ de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au *Journal officiel* de la République française ;
- ▶ contrats mentionnés aux articles L. 2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques et L. 1311-5 du Code général des collectivités territoriales ;
- ▶ contrats mentionnés aux articles L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales et L. 6148-2 du code de la santé publique ;
- ▶ contrats mentionnés aux articles L. 3211-1, L. 3211-2, L. 3211-13 et L. 3211-14 du Code général de la propriété des personnes publiques ;

- ▶ délibérations approuvant la constitution d'une société d'économie mixte à opération unique prévue à l'article L. 1541-1 du Code général des collectivités territoriales ;
- ▶ autres décisions publiques. »

■ **112.** Les représentants d'intérêts sont, tout d'abord, tenus à des obligations déontologiques, aux termes de l'article 18-5 de la loi relative à la transparence de la vie publique.

■ **113.** De manière générale, ils doivent « exercer leur activité avec probité et intégrité ».

■ **114.** La loi fait en particulier peser sur eux l'obligation de s'abstenir :

- ▶ de proposer ou de remettre aux responsables publics prévus par la loi des présents, dons ou avantages quelconques d'une valeur significative ;
- ▶ de toute démarche auprès de ces personnes en vue d'obtenir des informations ou des décisions par des moyens frauduleux ;
- ▶ d'organiser des colloques, manifestations ou réunions, dans lesquels les modalités de prise de parole par des responsables locaux sont liées au versement d'une rémunération, quelle qu'en soit la forme ;
- ▶ d'utiliser à des fins commerciales les informations obtenues ;
- ▶ de vendre à des tiers des copies de documents provenant du Gouvernement ou d'une autorité administrative ou publique indépendante<sup>62</sup>.

■ **115.** Le neuvième alinéa de l'article 18-5 de la loi relative à la transparence de la vie publique exige, enfin, des représentants d'intérêts qu'ils respectent l'ensemble des règles ci-dessus mentionnées dans leurs rapports avec « l'entourage direct » du responsable public avec lequel ils sont entrés en contact.

Cette dernière obligation doit éviter que les représentants d'intérêts ne se soustraient aux obligations qui pèsent sur eux, en cherchant à influencer les collaborateurs ou les proches du décideur public, sans entrer directement en contact avec ce dernier.

■ **116.** Le législateur a également invité le gouvernement à préciser les obligations pesant sur les représentants d'intérêts au moyen d'un code de déontologie adopté par décret en Conseil d'État, après avis de la HATVP – décret dont cette dernière autorité appelait la publication de ses vœux dans son rapport d'activité pour l'année 2018<sup>63</sup>.

■ **117.** L'article 18-3 de la loi relative à la transparence de la vie publique précise également la nature des informations que sont tenus de déclarer les représentants d'intérêts.

---

62. Article 18-5, 1° à 8° de la loi relative à la transparence de la vie publique.

63. Article 18-5, 9°, alinéa 2, de la loi relative à la transparence de la vie publique.

■ **118.** À ce propos, il importe de relever qu'il a été retenu, dans la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, que :

« Ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de contraindre le représentant d'intérêts à préciser chacune des actions qu'il met en œuvre et chacune des dépenses correspondantes. En imposant seulement la communication de données d'ensemble et de montants globaux relatifs à l'année écoulée, les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre<sup>64</sup>. »

Le décret d'application à venir se trouvait donc nécessairement contraint par le cadre juridique imposé par le Conseil constitutionnel, en ce qui concernait le contenu des déclarations des représentants d'intérêts, afin de ne pas porter une atteinte excessive au principe de la liberté d'entreprendre.

■ **119.** Aux termes du décret du 9 mai 2017, en effet, tout représentant d'intérêts doit communiquer à la HATVP :

- ▶ son identité ou celle de ses dirigeants s'il s'agit d'une personne physique ;
- ▶ les actions relevant du champ de la représentation d'intérêts auprès des décideurs publics ;
- ▶ le nombre de personnes employées dans le cadre de sa mission de représentation d'intérêts ;
- ▶ le cas échéant, son chiffre d'affaires de l'année précédente ;
- ▶ les organisations professionnelles ou syndicales ou les associations en lien avec les intérêts représentés auxquelles il appartient.

■ **120.** Ces exigences s'appliquent également aux personnes exerçant, pour le compte de tiers, une activité de représentation d'intérêts, lesquelles personnes sont donc tenues de communiquer l'identité de ces tiers à la HATVP.

■ **121.** Les alinéas 1 à 6 de l'article 3 du décret n° 2017-867 ajoutent que les représentants d'intérêts adressent à la HATVP, dans un délai de trois mois à compter de la clôture de leur exercice comptable :

- ▶ les informations relatives au type de décisions publiques sur lesquelles ont porté leurs actions ;
- ▶ le type d'actions engagées ;
- ▶ les questions sur lesquelles ont porté leurs actions, identifiées par leur objet et leur domaine d'intervention ;
- ▶ les catégories de responsables publics avec lesquelles ils sont entrés en communication ;
- ▶ l'identité du tiers pour laquelle l'action a été effectuée, si tel a été le cas ;
- ▶ le montant des dépenses consacrées aux actions de représentations, ainsi que le montant du chiffre d'affaires lié à l'activité de lobbying

---

64. DC n° 2016-741 DC, §45.

selon des modalités fixées par un arrêté du ministre en charge de l'Économie <sup>65</sup>.

■ **122.** À titre d'exemple, la HATVP précise que l'objet de la représentation d'intérêts doit davantage être entendu comme « l'objectif poursuivi » que comme le sujet évoqué, et qu'il pourra être décrit dans des termes tels que : « Accélérer l'attribution des fréquences hertziennes aux opérateurs de téléphonie mobile <sup>66</sup>. »

■ **123.** Dans le but de s'assurer du respect des obligations déontologiques et déclaratives auxquelles sont soumis les représentants d'intérêts, la HATVP dispose de la possibilité de se faire communiquer sur pièce toute information ou tout document nécessaire à l'exercice de sa mission, sans que le secret professionnel puisse lui être opposé <sup>67</sup>.

■ **124.** La HATVP peut également procéder à des vérifications sur place dans les locaux professionnels des représentants d'intérêts, sur autorisation du juge des libertés du tribunal de grande instance de Paris, tenu de statuer dans un délai de quarante-huit heures. Le juge des libertés, qui pourra d'ailleurs assister à l'intervention, aura la faculté de la suspendre ou de l'arrêter à tout moment <sup>68</sup>.

■ **125.** L'article 18-6, 1° et 2°, de la loi relative à la transparence de la vie publique ouvre aux responsables publics, aux personnes assujetties au respect des obligations déontologiques applicables aux représentants d'intérêts ainsi qu'aux associations agréées par la HATVP, la possibilité de saisir cette dernière quant à la qualification à donner à l'activité d'une personne physique ou morale.

■ **126.** Conformément aux dispositions de l'article 7 du décret n° 2017-867, la personne physique ou morale qui saisit la HATVP formule par écrit les éléments nécessaires à l'analyse de la situation et indique les faits qu'elle invoque au soutien de son signalement.

■ **127.** La HATVP doit ensuite, par l'intermédiaire de son président ou de toute personne à laquelle celui-ci a délégué ce pouvoir, rendre un avis dans un délai de deux mois, lequel délai peut être prolongé après en avoir informé l'auteur de la saisine <sup>69</sup>.

■ **128.** Les dispositions de l'article 18-7 de la loi relative à la transparence de la vie publique et de l'article 8 du décret n° 2017-867 organisent le pouvoir de mise en demeure dont dispose la HATVP, après avoir constaté un manquement de sa propre initiative ou à la suite d'un signalement.

---

65. Arrêté du 4 juillet 2017 fixant la liste de fourchettes prévue au 6° de l'art. 3 du décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts, *Journal officiel*, 14 juillet 2017.

66. Répertoire des représentants d'intérêts : lignes directrices, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, octobre 2018, p. 32.

67. Article 18-6 de la loi relative à la transparence de la vie publique.

68. Article 9 du décret n° 2017-867.

69. Article 18-6, 2°, 3° alinéa de la loi relative à la transparence de la vie publique.

La HATVP est chargée, dans l'exercice de ce pouvoir, de notifier les manquements aux obligations incombant au représentant d'intérêt, lequel dispose d'un délai d'un mois pour lui adresser ses observations.

■ **129.** A l'issue de ce délai, la HATVP peut adresser au représentant d'intérêts une mise en demeure de respecter les obligations auxquelles il est assujéti.

Cette mise en demeure prend la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception pouvant être publiée sur le site de la HATVP, étant susceptible d'un recours dans un délai de deux mois à compter de sa réception <sup>70</sup>.

■ **130.** La loi Sapin 2 a, enfin, prévu deux sanctions pénales :

- ▶ la première, énoncée à l'article 18-9 de la loi relative à la transparence de la vie publique, punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait, pour un représentant d'intérêts, de ne pas communiquer, de sa propre initiative ou à la demande de la HATVP, les informations qu'il est tenu de communiquer en application de l'article 18-3 ;
- ▶ la seconde, encadrée par l'article 18-10, qui punit des mêmes peines la violation des obligations déontologiques du représentant d'intérêts dans un délai de trois ans après une première mise en demeure.

■ **131.** Toutefois, la HATVP a précisé que ses pouvoirs de contrôle et de sanction ne seraient pas mis en œuvre dans le cadre de la première déclaration d'activités des représentants d'intérêts, dans un souci de « pédagogie » à l'égard de ceux-ci <sup>71</sup>.

## **2. Les limites de la loi Sapin 2 et de son décret d'application**

■ **132.** La définition du représentant d'intérêts adoptée par le législateur et le gouvernement a été jugée, de manière unanime, à la fois trop large et trop complexe par les personnes entendues par la Commission :

- ▶ trop large, puisqu'en prenant le parti de ne pas limiter la notion de représentant d'intérêts à la personne assurant la promotion d'intérêts économiques – comme cela est le cas aux États-Unis et au Canada –, le registre français est susceptible de contenir un nombre de représentants d'intérêts très élevé ;
- ▶ trop complexe, dans la mesure où les critères retenus par le décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 pour préciser la notion d'activité « principale ou régulière » de représentation d'intérêts – à savoir avoir consacré plus de la moitié de son temps à une activité de représentation d'intérêts ou avoir effectué une action de représentation d'intérêts au moins dix fois au cours des douze derniers mois – sont difficiles à apprécier pour les représentants d'intérêts et à contrôler pour la HATVP.

---

70. Article 8 du décret n° 2017-867.

71. Rapport d'activité pour l'année 2017, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, p. 92.

■ **133.** Seule la définition de l'activité de représentation d'intérêts – à savoir le fait d'entrer en contact avec un décideur public – a pu être jugée suffisamment précise par certains auteurs <sup>72</sup>.

Toutefois, la notion de décideur public, telle que celle-ci est entendue par la loi et son décret d'application, neutralise largement cette appréciation.

En effet, les « décideurs publics », au sens de la loi, correspondent à un très grand nombre de personnes, allant des membres du Gouvernement aux parlementaires, en passant par les agents des services des assemblées parlementaires ; ce qui représente plus de dix mille personnes <sup>73</sup> – étant ajouté que les responsables publics locaux, ainsi que certains chefs de service ou sous-directeurs de l'administration centrale, en sont pour l'instant exclus et seront considérés comme des « décideurs publics » à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021.

■ **134.** L'ambition manifestée dans la définition de la décision publique a également été jugée excessive, puisque l'annexe au décret qui délimite le domaine d'application de cette notion couvre aussi bien la loi que les actes réglementaires, les contrats de marchés publics ou encore toutes « autres décisions publiques ».

Les auditions menées par la Commission ont permis de faire apparaître, sur ce point, une convergence d'un grand nombre d'acteurs, allant de la HATVP à l'Association française des entreprises privées (AFEP) et au Mouvement des entrepreneurs français (MEDEF), en passant par plusieurs organisations non gouvernementales.

S'il est vrai que la HATVP a précisé les « décisions publiques » devant être prises en compte, il n'en reste pas moins que cette notion demeure aujourd'hui entendue de façon très large <sup>74</sup>.

■ **135.** Par ailleurs, le caractère extensible de la notion « d'entourage direct » des décideurs publics est également critiqué par certains auteurs, ces termes pouvant contraindre les représentants d'intérêts au respect de leurs obligations déontologiques dans leurs rapports avec un nombre de personnes très important <sup>75</sup>.

■ **136.** Enfin, le fait qu'une action de représentation d'intérêts ne soit prise en compte que lorsque le contact a été noué à l'initiative du représentant d'intérêts, et non à l'initiative du décideur public, a été critiqué.

Les auditions réalisées par la Commission ont mis en évidence que ce

---

72. MIGNON (E.), « Loi Sapin 2 : le lobbying soumis à des obligations majeures de reporting et de transparence », *Dalloz avocats – Exercer et entreprendre*, 2017, p. 111.

73. *Rapport d'activité pour l'année 2017*, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, p. 88.

74. Répertoire des représentants d'intérêts : lignes directrices, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, octobre 2018, p. 15.

75. DYENS (S.), « Répertoire numérique des représentants d'intérêts : quelles conséquences pour les collectivités territoriales ? », *AJCT*, 2017, p. 498.



fait introduisait un déséquilibre entre les petites entreprises, qui sont généralement à l'initiative de la prise de contact avec le décideur public, et les grandes entreprises, qui sont plus souvent invitées à participer à des auditions ou à des groupes de travail par les décideurs publics – ce qui les soustrait, dans ce dernier cas, à leurs obligations déclaratives.

■ **137.** Alors que l'ambition du répertoire des représentants d'intérêts était d'améliorer la transparence de l'élaboration de la norme, la lisibilité du répertoire mis en place pose question, en définitive, et fait naître le risque que l'information pertinente pour les citoyens soit enfouie sous une masse excessive de données <sup>76</sup>.

■ **138.** Le 5 avril 2017, soit quelques semaines avant la publication du décret relatif au répertoire des représentants d'intérêts, la HATVP avait pourtant mis en garde le gouvernement à propos des défauts que présentait le projet de décret, dont le contenu risquait d'affaiblir l'intention du législateur, à savoir éclairer le processus d'élaboration de la décision publique <sup>77</sup>.

■ **139.** La HATVP avait exprimé cette inquiétude en rappelant dans son rapport d'activité pour l'année 2017 que « ce champ d'application extrêmement vaste [...] porte en germe le risque de dilution de son efficacité <sup>78</sup> ».

■ **140.** En dépit des efforts de clarification déployés par la HATVP, le bilan que cette dernière activité a dressé des premières déclarations des représentants d'intérêts conforte malheureusement cette intuition.

■ **141.** Les représentants d'intérêts sont en effet tenus de s'inscrire sur le répertoire prévu par la loi Sapin 2, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2017. Ils pouvaient s'y inscrire jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2017, date ayant été prorogée au 31 décembre 2017, et déclarer les actions menées en 2017 avant le 30 avril 2018.

■ **142.** La HATVP a jugé ce premier exercice déclaratif relativement satisfaisant, sans pour autant minimiser ses critiques à l'égard du dispositif, dont la mise en œuvre s'est révélée difficile <sup>79</sup>.

■ **143.** Le nombre total de représentants d'intérêts inscrits sur le registre était, au 21 avril 2020, de 2 046 inscrits, contre seulement 816 à la date du 31 décembre 2017.

À titre de comparaison, il est utile de noter que l'Irlande en comptait 1 680 en 2015 et le Canada 5 731 la même année, ce qui permet de penser que la liste française reste pour l'heure incomplète <sup>80</sup>.

---

76. MIGNON (E.), « Loi Sapin 2 : le lobbying soumis à des obligations majeures de reporting et de transparence », *Dalloz avocats – Exercer et entreprendre*, 2017, *op. cit.*

77. Délibération n° 2017-35 du 5 avril 2017 portant avis sur le projet de décret relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts.

78. *Rapport d'activité pour l'année 2017*, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, p. 87.

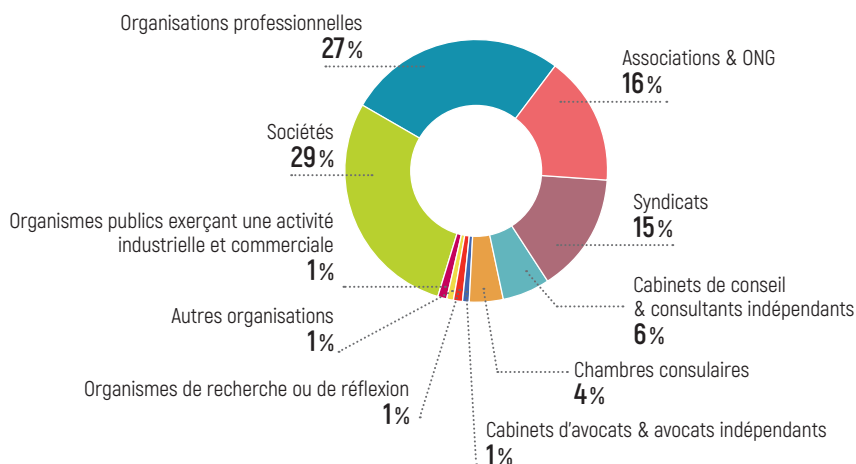
79. *Rapport d'activité pour l'année 2018*, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, p. 67.

80. JOURDAN (F.), « En matière de lobbying, la transparence progresse lentement », *La Semaine juridique*, Édition générale, n° 26, 25 juin 2018.

Parmi l'ensemble des inscrits, 1 601 personnes ont publié leur déclaration d'activités, dont la HATVP a souligné la qualité inégale<sup>81</sup>.

■ **144.** Les représentants d'intérêts inscrits sur le répertoire étaient principalement des sociétés (29 %), des organisations professionnelles (27 %), des associations et ONG (16 %) et des syndicats (15 %).

Répartition des inscrits ayant publié une déclaration d'activités par type d'organisation



Ces chiffres se montrent cohérents avec la perception commune de l'activité de représentation d'intérêts, perception selon laquelle cette activité est principalement exercée par des cabinets de conseil spécialisés<sup>82</sup>.

■ **145.** Le nombre moyen d'actions déclarées par les représentants d'intérêts était de 5,15 actions, chiffre qui peut paraître faible à la lumière de l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 9 mai 2017, qui prévoit un minimum de dix actions de représentation d'intérêts pour être considéré comme un représentant d'intérêts<sup>83</sup>.

81. *Rapport d'activité pour l'année 2018*, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, p. 73.

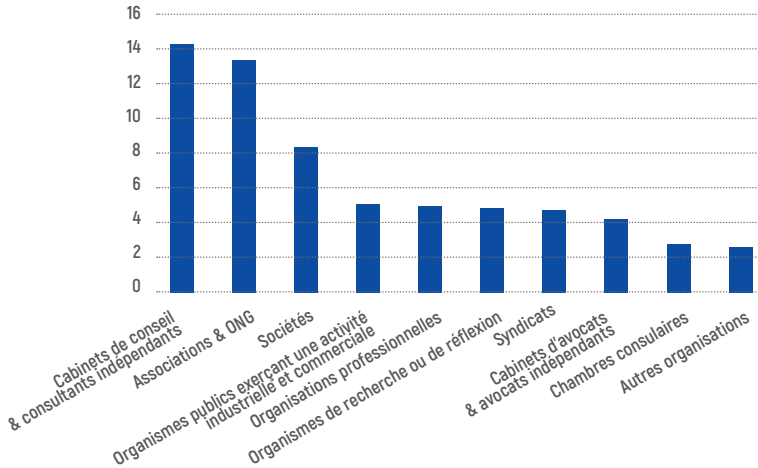
82. LIGNIÈRES (P.), « Lobbying : un an d'application des règles sur la représentation d'intérêts », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 4, août 2019.

83. JOURDAN (F.), « En matière de lobbying, la transparence progresse lentement », *La Semaine juridique*, Édition générale, n° 26, 25 juin 2018.

---

### Nombre moyen d'actions par type d'organisation

---



■ **146.** Le rapport d'activité de la HATVP révélait également que les actions des représentants d'intérêts avaient, pour 60 % d'entre elles, visé le Gouvernement et le Parlement, dans le but d'influencer la loi dans 38 % des cas.

À cet égard, l'organisation de discussions informelles ou de réunions en tête-à-tête constituait le type d'actions le plus répandu pour les représentants d'intérêts (27 % des actions), devant de peu la transmission aux décideurs publics d'informations dans le but de les convaincre (24 %).

■ **147.** Ce premier bilan a conduit la HATVP à organiser des sessions de travail avec les représentants d'intérêts ayant publié leurs déclarations d'activités lors du mois de juillet 2018, afin que ces derniers lui fassent part de leurs remarques et critiques.

À cette occasion, les représentants d'intérêts ont généralement fait valoir que la mise en œuvre de leurs obligations déclaratives est particulièrement complexe et laborieuse.

Ce constat rejoint celui formulé par la HATVP dans son rapport d'activité pour l'année 2018, qui préconise de recentrer le répertoire sur son objectif premier, à savoir mieux rendre compte de l'empreinte des représentants d'intérêts sur l'élaboration des normes <sup>84</sup>.

---

84. Rapport d'activité pour l'année 2018, Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, p. 76.

■ **148.** Par ailleurs, la commission a pris connaissance, dans le cours de ses travaux, des conclusions du rapport d'évaluation concernant la France adopté par le Groupe d'États contre la corruption (Greco), le 6 décembre 2019, au sujet de la « prévention de la corruption et promotion de l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs <sup>85</sup> ».

**Extraits du rapport d'évaluation  
concernant la France adopté par le Greco  
lors de sa 84e réunion plénière  
(Strasbourg, 2 au 6 décembre 2019)**

2. S'agissant des personnes exerçant de hautes fonctions de l'exécutif (PHFE), le rapport prend note des évolutions législatives positives qui visent à considérablement renforcer la transparence de la vie publique. Néanmoins, un certain nombre d'aspects doivent encore être ajustés et renforcés. Le rapport recommande en premier lieu que le plan d'action sur la prévention de la corruption qui couvre les PHFE du Gouvernement soit étendu aux membres du cabinet de la présidence de la République. La coopération entre la Haute Autorité sur la transparence de la vie publique (HATVP) et l'Agence française anticorruption (AFA) devrait être intensifiée notamment quant à l'analyse des risques affectant les PHFE. Le rapport souligne la nécessité d'adopter des codes de conduite s'appliquant à l'ensemble des PHFE au sein du Gouvernement, couvrant tous les sujets liés à l'intégrité (conflits d'intérêts, obligations déclaratives, incompatibilités, cadeaux, obligations en cas de départ vers le privé, contacts avec des groupes d'intérêts, informations confidentielles, etc.) et illustrés d'exemples parlants. La charte de déontologie de la présidence de la République devrait suivre ce modèle. Afin de garantir le plein respect de ces textes, ils devraient s'accompagner d'un contrôle effectif et de sanctions disciplinaires proportionnelles. Il apparaît aussi nécessaire que le président de la République, les ministres et les membres de cabinets soient systématiquement sensibilisés aux questions ayant trait à leur intégrité. Par ailleurs, la confidentialité de la procédure de conseil des référents déontologues devrait être prévue par la loi et ces derniers devraient être formés à ces fonctions.

3. Quant aux contacts des PHFE avec les groupes d'intérêts, une plus grande transparence s'impose, et ce notamment en demandant des PHFE qu'ils fassent rapport publiquement et à intervalles réguliers des lobbyistes qui ont été rencontrés et des questions abordées. Par ailleurs, l'actuel registre des groupes d'intérêts devrait couvrir tous les lobbyistes ayant été en contact avec une PHFE ; actuellement seuls ceux qui démarchent d'eux-mêmes les PHFE ont pour obligation de s'inscrire, donnant donc une vision partielle de la situation réelle.

---

85. Cinquième cycle d'évaluation, Prévention de la corruption et promotion de l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs, Rapport d'évaluation, France, adopté par le Greco lors de 84<sup>e</sup> réunion plénière (Strasbourg, 2-6 décembre 2019), <https://rm.coe.int/cinquieme-cycle-d-evaluation-prevention-de-la-corruption-et-promotion-/16809969fd>.

4. Le rapport souligne en outre que la pratique récente selon laquelle la sélection des conseillers inclut un contrôle de leur intégrité devrait être pérennisée en droit pour qu'elle s'impose à tout futur Gouvernement. Par ailleurs, tout en saluant la récente création d'un registre public des déports précisant les domaines dans lesquels les ministres sont écartés du processus décisionnel afin d'éviter tout conflit d'intérêts, ce registre devrait s'appliquer aux membres des cabinets compte tenu de leur rôle déterminant dans la prise de décision. Le rapport met aussi en exergue que les déclarations de patrimoine et d'intérêts fournies par le président de la République élu alors qu'il était candidat devraient être examinées à son entrée en fonction afin de pouvoir désamorcer toute situation potentielle de conflit d'intérêts.

### **3. Les recommandations de la commission**

■ **149.** À l'issue de ses travaux, et connaissance prise du rapport d'évaluation adopté par le Groupe d'États contre la corruption (Greco) en décembre 2019, la Commission a partagé le constat que les notions de décision publique, de décideur public, ainsi que de représentation d'intérêts, avaient été conçues de manière trop large par la loi Sapin 2 et son décret d'application du 9 mai 2017.

Elle a considéré que cette situation était de nature à nuire à la clarté des déclarations des représentants d'intérêts et, en conséquence, à la lisibilité du répertoire des représentants d'intérêts pour les citoyens.

La Commission s'associe, à cet égard, aux critiques formulées par la HATVP elle-même sur le dispositif législatif et réglementaire existant.

■ **150.** Dans un souci de sécurité juridique pour les représentants d'intérêts comme de transparence pour les citoyens, la commission recommande qu'un nouveau décret d'application délimite le domaine du répertoire des représentants d'intérêts en le réduisant, en ce qui concerne les notions de décideur public et de décision publique.

Ce décret devrait, d'une part, recentrer la notion de décideur public sur les membres du pouvoir exécutif et du Parlement, et, d'autre part, concentrer la notion de décision publique sur la loi et le règlement.

Il permettrait ainsi au répertoire des représentants d'intérêts de mieux rendre compte de l'empreinte normative portée par ces derniers sur l'élaboration de la loi et du règlement.

■ **151.** En outre, la Commission recommande que le répertoire des représentants d'intérêts précise la décision publique, ainsi que l'identité du décideur public auprès duquel a porté l'activité de représentation d'intérêts, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle.

■ **152.** La Commission souhaite enfin que le gouvernement se saisisse de l'invitation qui lui est faite par l'article 18-5, 9°, de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, dans sa rédaction issue de la loi Sapin 2, et adopte un code de déontologie des représentants d'intérêts par voie de décret en Conseil d'État.

## CHAPITRE II

---

# APPROFONDIR LE MODÈLE FRANÇAIS DE *COMPLIANCE* EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

---

### A. ACCOMPAGNER LA MONTÉE EN PUISSANCE DU RESPONSABLE *COMPLIANCE* DANS L'ENTREPRISE

■ **153.** Ainsi que l'actualité s'en fait régulièrement l'écho, la mise en cause d'une entreprise pour des faits de délinquance économique et financière, en particulier de corruption, peut entraîner des conséquences financières, commerciales et humaines lourdes : la réputation de l'entreprise auprès de ses clients, et plus largement de ses partenaires, pourra être durablement atteinte et son financement vraisemblablement rendu plus difficile.

■ **154.** L'existence d'une fonction conformité efficace permet, au contraire, aux entreprises de se prémunir contre le risque de voir leur réputation atteinte et leur valeur économique dégradée. Elle participe également de la sécurisation de la performance économique de l'entreprise, dans un environnement concurrentiel où les valeurs de probité et le comportement éthique sont examinés de plus en plus attentivement par les tiers.

■ **155.** Pour ces raisons, la fonction conformité est progressivement montée en puissance dans les entreprises françaises au cours des dernières années. Selon une enquête réalisée au cours de l'année 2017, 60 % des entreprises interrogées – auprès d'un panel composé de 50 % de sociétés cotées – disposaient d'un *compliance officer*, rattaché le plus souvent à la direction juridique de l'entreprise <sup>86</sup>.

---

86. Cartographie des directions juridiques 2018 réalisée par LEXqj Conseil en partenariat avec le Cercle Montesquieu et l'Association française des juristes d'entreprise.

■ **156.** L'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, en imposant aux entreprises dépassant certains seuils de mettre en œuvre un programme de conformité à compter du 1<sup>er</sup> juin 2017, a contribué à la montée en puissance de la fonction conformité dans les entreprises françaises.

### **1. L'absence d'encadrement de la fonction de responsable compliance dans la loi Sapin 2**

■ **157.** Il reste que la loi Sapin 2 n'impose pas aux entreprises concernées la désignation d'un responsable conformité (*compliance officer*), pas davantage qu'elle n'envisage les compétences exigées de celui-ci ou son positionnement au sein de l'entreprise.

L'article 17 de la loi Sapin 2 ne connaît, en effet, que des dirigeants de l'entreprise, seuls responsables – avec l'entreprise elle-même – de la mise en œuvre du programme de conformité devant la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (AFA).

Les décrets d'application de la loi Sapin 2 n'envisagent pas davantage la fonction de responsable conformité.

■ **158.** Cette situation diffère, en particulier, de celle du délégué à la protection des données (*data protection officer*), auquel le règlement 2016/679 du 27 avril 2016 « relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel » (RGPD) a conféré un statut impératif qui impose sa désignation dans certains cas (article 36), son indépendance fonctionnelle (article 37) et ses missions (article 38).

■ **159.** La comparaison entre les fonctions de responsable conformité et de délégué à la protection des données personnelles met en évidence des ressemblances, mais aussi plusieurs différences.

S'agissant des principales ressemblances :

- ▶ seuls les dirigeants de l'entreprise sont responsables – avec l'entreprise elle-même – de la mise en œuvre du programme de conformité devant la commission des sanctions de l'AFA. De même, seul le responsable de traitement, ou le sous-traitant désigné le cas échéant, est responsable de la mise en œuvre de la protection des données personnelles devant la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil). Ni le responsable conformité ni le délégué à la protection des données ne sont responsables devant ces autorités administratives ;
- ▶ au sein de l'organisation concernée, le délégué à la protection des données est le point de contact de la Cnil pour les questions relatives au traitement des données. En pratique, le responsable conformité est généralement le point de contact de l'AFA en cas de contrôle exercé par celle-ci.

Quant aux principales différences :

- ▶ dans certains cas déterminés par le RGPD, la désignation d'un délégué à la protection des données est impérative ; tandis que les dirigeants d'une entreprise assujettie à la mise en œuvre d'un programme de conformité ne sont pas tenus – légalement – de désigner un responsable conformité ;
- ▶ le délégué à la protection des données peut être alternativement un membre du personnel du responsable de traitement ou un prestataire de services extérieur (article 37.6 du RGPD) ; tandis que le responsable conformité presque toujours un salarié de l'entreprise, même si cette dernière peut avoir recours à un prestataire de services extérieur pour la conception ou la révision de son programme de conformité ;
- ▶ le délégué à la protection des données est désigné « sur la base de ses qualités professionnelles et, en particulier, de ses connaissances spécialisées du droit et des pratiques en matière de protection des données, et de sa capacité à accomplir [ses] missions » (article 37.5 du RGPD) ; tandis qu'aucune norme ne définit les compétences requises pour exercer la fonction de responsable conformité.

## **2. Le Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise de l'Agence française anticorruption**

■ **160.** Toutefois, le Département de l'appui aux acteurs économiques de l'AFA a publié en janvier 2019 un *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*<sup>87</sup>, actualisé en décembre 2019, qui envisage la désignation, le positionnement au sein de l'entreprise, le profil et la responsabilité du responsable conformité.

### **a) La désignation du responsable conformité**

■ **161.** À ce sujet, le Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise de l'AFA énonce, d'abord, que l'instance dirigeante de l'entreprise assujettie à la mise en œuvre d'un programme de conformité « assure les conditions d'une gouvernance efficace de la conformité anticorruption au sein de l'organisation » et, à ce titre, « désigne le responsable de la fonction conformité et s'engage à le protéger contre les pressions qu'il pourrait rencontrer <sup>88</sup> ».

■ **162.** Il précise, ensuite :

« Un engagement réel de l'instance dirigeante implique d'identifier une chaîne de responsabilité dans l'administration de la conformité, ce qui conduit en pratique à la désignation formelle d'un responsable de la fonction conformité anticorruption.

---

87. [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2019-01-29\\_-\\_Guide\\_pratique\\_fonction\\_conformite.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2019-01-29_-_Guide_pratique_fonction_conformite.pdf).

88. *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, AFA, p. 4.



Cette désignation peut faire l'objet d'une communication spécifique à l'ensemble des salariés et être formalisée par une lettre de mission ou une note interne signée par l'instance dirigeante précisant :

1. l'indépendance de la fonction conformité ;
2. son positionnement dans l'organisation (notamment son positionnement hiérarchique) ;
3. les modalités d'accès et de compte rendu à l'instance dirigeante et, le cas échéant, au conseil d'administration et aux comités spécialisés qui en émanent (comités éthique, des risques, d'audit, etc.) ;
4. les missions confiées ;
5. son articulation avec les autres fonctions de l'organisation et les autres domaines de la conformité ;
6. les moyens matériels et humains associés à la fonction et les éventuels relais internes ;
7. enfin, la dénomination du responsable de la fonction conformité peut être différente selon les choix de l'organisation et le périmètre des missions qui lui sont dévolues <sup>89</sup>. »

■ **163.** À ce dernier égard, plusieurs membres de la Commission ont considéré que la dénomination de « directeur conformité » devrait être préférée à celle de « responsable conformité », y compris dans les publications de l'AFA, afin de mieux valoriser la fonction conformité et son positionnement au sein de l'entreprise.

Les mêmes membres ont observé que, dans les entreprises dans lesquelles elle est en usage, la dénomination de « directeur conformité » correspond généralement à un niveau de responsabilité plus élevé.

### **b) Le positionnement du responsable conformité**

■ **164.** À ce sujet, le *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise* de l'AFA pose en principe que « le positionnement de la fonction conformité dans l'organisation relève de la décision de l'instance dirigeante » et « est donc susceptible de varier selon les organisations <sup>90</sup> ».

■ **165.** Il apporte, toutefois, deux ordres de précisions.

D'une part, « il importe que [le positionnement du responsable conformité] garantisse :

1. l'objectivité de ses appréciations ;
2. l'indépendance de son action vis-à-vis des autres fonctions de l'organisation et la capacité à influencer réellement sur ces dernières ;

---

89. *Ibid.*, p. 10 et 11.

90. *Ibid.*, p. 10.

3. un accès aisé à l'instance dirigeante, afin d'en obtenir l'écoute et le soutien <sup>91</sup>. »

D'autre part, « le rattachement du responsable de la fonction conformité anticorruption à la direction générale et sa participation au comité de direction témoignent :

1. de l'engagement de l'instance dirigeante dans la prévention de la corruption ;
2. de l'effectivité et de la maturité du programme de conformité de l'organisation ;
3. de l'efficacité du dispositif anticorruption <sup>92</sup>. »

Étant encore précisé que :

« Le rattachement du responsable de la fonction conformité à la direction générale et son appartenance au comité de direction constituent des indices favorables mais insuffisants si le responsable n'est pas en situation d'interagir effectivement et régulièrement avec l'instance dirigeante, et d'en obtenir les arbitrages utiles à l'exercice de sa fonction.

À l'inverse, un rattachement à un niveau inférieur dans l'organigramme ne constitue pas une preuve irréfutable d'un défaut d'indépendance du responsable de la fonction conformité ou de son incapacité à accéder à l'instance dirigeante pour en obtenir les arbitrages <sup>93</sup>. »

■ **166.** Par ailleurs, une étude empirique conduite au cours de l'année 2015 auprès des responsables conformité d'une dizaine d'entreprises dont le siège social est implanté en France, afin de proposer « un *benchmark* des meilleures pratiques en matière d'organisation et de programmes de *compliance* <sup>94</sup> », a identifié une bonne pratique relative au positionnement du responsable conformité dans l'entreprise.

Ses auteurs font d'abord le constat que « le *chief compliance officer* (CCO), s'il est rarement membre du comité de direction, a, en général, une ligne directe vers le directeur général du groupe, rapporte une ou deux fois par an au conseil d'administration, et a également un accès direct, selon les cas, au comité d'audit/des risques/éthique <sup>95</sup>».

Après quoi, ils observent toutefois, dans la plupart des entreprises interrogées, « une réticence à l'idée que le *chief compliance officer* puisse

---

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*, p. 11.

94. BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), « Programmes de *compliance* : dix bonnes pratiques observées en France », *La Compliance : un monde nouveau ?*, sous la dir. A. Gaudemet, Panthéon-Assas, 2016, p. 107 et s.

95. BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), « Programmes de *compliance* : dix bonnes pratiques observées en France », *La Compliance : un monde nouveau ?*, sous la dir. A. Gaudemet, Panthéon-Assas, 2016, p. 116.

avoir une relation fonctionnelle avec le président du comité d'audit qui lui permet d'assurer son indépendance par rapport au directeur général<sup>96</sup> ».

Le choix de l'une des entreprises rencontrées exprime en revanche, selon eux, une particulière maturité :

« Son *chief compliance officer* explique qu'il a un double rattachement, en ligne directe avec le directeur général ainsi qu'avec le comité d'audit (double *reporting, solid line*, au directeur général et au président du comité d'audit). Nous comprenons également que certains de ses objectifs, ainsi que son évaluation annuelle, ne dépendent pas du directeur général, ce qui permet au *chief compliance officer*, au-delà de la valeur symbolique du rattachement, d'apporter une vision et une approche indépendante par rapport au management de l'entreprise dans son ensemble. Ici, il s'agit de permettre au *chief compliance officer* de dire non, pour autant, bien sûr, que sa position soit argumentée<sup>97</sup>. » De la sorte, le responsable conformité est en mesure de faire connaître au comité d'audit du conseil d'administration son appréciation des sujets de conformité, éventuellement distincte de celle du directeur général.

Aussi, ces auteurs voient-ils dans « le double *reporting* du *chief compliance officer* au directeur général et au président du comité d'audit » une bonne pratique, susceptible d'être recommandée dans les entreprises qui disposent d'un tel comité<sup>98</sup>.

### **c) Le profil du responsable conformité**

■ **167.** Le responsable conformité est appelé à participer à la conception et à la mise en œuvre du programme de conformité de l'entreprise, ainsi qu'à sa révision. À ces fins, il doit connaître, ou être capable de connaître rapidement, l'organisation de l'entreprise et le partage des responsabilités en son sein, tant en ce qui concerne les sites établis en France que ceux implantés à l'étranger.

■ **168.** *Le Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise* de l'AFA prévoit que le responsable conformité peut être indifféremment désigné au sein de l'entreprise ou recruté à l'extérieur de celle-ci.

En tout état de cause, il convient de vérifier que celui-ci :

1. « soit apte à exercer une fonction de nature transverse. Il devra posséder à ce titre le sens des relations et des capacités managériales : diplomatie, capacité à échanger avec les instances dirigeantes, objectivité et impartialité, capacité à travailler en équipe, sens de la discrétion, sang-froid, patience, etc. ;

---

96. *Ibid.*

97. *Ibid.*, p. 117.

98. On rappelle que, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008, le comité d'audit est obligatoire dans les « entités d'intérêt public », qui comprennent notamment les sociétés cotées : art. L. 823-18 C. com.

2. dispose d'une connaissance solide des réglementations à mettre en œuvre ainsi que d'une expérience réelle des méthodes de cartographie et de gestions des risques, des outils de contrôle et d'analyse internes<sup>99</sup>. »

À ce dernier égard, « le fait d'avoir été spécifiquement formé à la conformité anticorruption constitue un atout indiscutable<sup>100</sup> ».

#### **d) La responsabilité du responsable conformité**

■ **169.** L'article 17 de la loi Sapin 2 fait peser la responsabilité de la mise en œuvre du programme de conformité sur les dirigeants de l'entreprise. Leur responsabilité personnelle, ainsi que celle de l'entreprise elle-même, peuvent être engagées par la commission des sanctions de l'AFA. La responsabilité personnelle du responsable conformité ne peut, en revanche, être recherchée en application de cet article.

Cette situation a été voulue par le législateur, afin que les dirigeants de l'entreprise s'impliquent personnellement dans la mise en œuvre du programme de conformité et prennent la pleine mesure des exigences de conformité pesant sur l'entreprise qu'ils dirigent.

■ **170.** Dans cette logique, une délégation de pouvoirs conclue entre le dirigeant de l'entreprise (délégrant) et le responsable conformité (délégataire) ne saurait avoir pour effet de transférer la responsabilité disciplinaire du premier au second<sup>101</sup>.

Certes, il est courant, en pratique, que les dirigeants de l'entreprise délèguent au responsable conformité la mise en œuvre opérationnelle du programme de conformité. Ainsi que l'énonce par exemple le *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise* de l'AFA, « en pratique, l'instance dirigeante délègue au responsable de la fonction conformité les missions opérationnelles de pilotage du déploiement, de la mise en œuvre, de l'évaluation et de l'actualisation du programme de conformité anticorruption<sup>102</sup> ».

Mais une telle « délégation opérationnelle » ne saurait, en principe, avoir pour effet de transférer efficacement au responsable conformité la responsabilité disciplinaire encourue par les dirigeants de l'entreprise à raison de la mise en œuvre du programme de conformité.

■ **171.** Par voie de conséquence, la responsabilité du responsable conformité ne semble pouvoir être recherchée que selon les voies du droit commun<sup>103</sup>.

---

99. *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, AFA, p. 14.

100. *Ibid.*

101. En ce sens, voir par exemple DAOUD (E.) et SFOGGIA (S.), « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le *compliance officer* ? », *Lamy droit des affaires* n° 143, décembre 2018, p. 25 et s.

102. *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, AFA, p. 12.

103. En ce sens également, DAOUD (E.) et SFOGGIA (S.), « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le *compliance officer* ? », *Lamy droit des affaires* n° 143, décembre 2018, art. préc.

■ **172.** En cas de faits de corruption, en particulier, la responsabilité pénale de toute personne ayant participé à la commission de l'infraction peut être recherchée. En outre, la responsabilité pénale de l'entreprise en cause peut également être recherchée, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code de procédure pénale :

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. »

À cet égard, la *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise* de l'AFA estime toutefois que « le seul manquement par le responsable de la fonction conformité à ses obligations professionnelles ne peut constituer, du point de vue du droit pénal, un acte de participation, comme auteur ou complice, à la réalisation de l'infraction de corruption.

Pour corrompre, il faut avoir pris part activement à la commission des faits de corruption eux-mêmes. Une cartographie des risques incomplète, une évaluation de tiers insuffisante ou l'absence de signalement préalable au dirigeant sur une opération, même présentant un fort risque de corruption, ne constituent pas des faits de corruption ou de complicité de ce délit. En pratique donc, l'engagement de la responsabilité pénale du responsable de la fonction conformité pour corruption est peu probable si celui-ci s'est borné à agir (ou s'est abstenu d'agir) dans le champ de ses attributions <sup>104</sup>. »

■ **173.** En revanche, un manquement à ses obligations professionnelles pourrait être reproché au responsable conformité en cas de commission de faits de corruption, si celui-ci était en mesure de prévenir ces faits, par exemple en informant les dirigeants de l'entreprise en temps utile. Le responsable conformité s'exposerait, dans ce cas, au prononcé d'une sanction disciplinaire par son employeur.

Ainsi qu'il a pu être relevé :

« Le *compliance officer* n'est pas [...] à l'abri du pouvoir de direction et de sanction de l'employeur. En effet, l'employeur peut mettre fin à sa mission, si son insuffisance est établie par des éléments objectifs suffisants. Les juges ont ainsi pu valider le licenciement d'un cadre incapable de gérer une équipe ou d'un salarié ne parvenant pas à atteindre les objectifs définis par son contrat de travail, jugés réalistes et compatibles avec le marché. Par analogie, l'on pourrait supposer que le *compliance officer* incapable de remplir sa mission, par exemple de mener une identification et une évaluation des risques ou un programme de formation, en raison de son insuffisance professionnelle, puisse être licencié <sup>105</sup>. »

---

104. *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, AFA, p. 17.

105. DAUD (E.) et SFOGGIA (S.), « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le *compliance officer* ? », *Lamy droit des affaires* n° 143, décembre 2018, art. préc.

■ **174.** Enfin, il convient de rappeler que le responsable conformité est exposé au risque d'entrave aux alertes professionnelles, en raison à la fois de sa fonction et des contours de ce délit qui restent à préciser par la jurisprudence. Selon l'article 13, I de la loi Sapin 2, en effet, « toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas du I de l'article 8 est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

### **3. Les recommandations de la commission**

■ **175.** Sur la base de ces éléments, la Commission a débattu avec les personnalités auditionnées l'opportunité de doter le responsable conformité d'un encadrement réglementaire, à l'instar du délégué à la protection des données personnelles.

Elle est convenue qu'un tel encadrement ne serait pas opportun mais qu'une souplesse devrait être reconnue aux entreprises, en ce qui concerne en particulier le positionnement du responsable conformité au sein de celle-ci.

Selon une opinion majoritaire au sein de la Commission et parmi les personnes auditionnées, le *Guide pratique de la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, publié par l'AFA en janvier 2019 puis actualisé en décembre de la même année, pour n'être pas impératif, constitue cependant un référentiel satisfaisant en ce qui concerne la désignation, le positionnement au sein de l'entreprise, le profil et la responsabilité du responsable conformité.

Aussi, la Commission a-t-elle décidé de recommander que l'AFA considère la possibilité :

- ▶ de substituer la dénomination de « directeur conformité » à celle de « responsable conformité », afin de mieux valoriser la fonction conformité au sein des entreprises et, selon toute vraisemblance, d'améliorer son positionnement au sein de celles-ci ;
- ▶ d'ériger en bonne pratique le double rattachement du responsable conformité au directeur général et au président du comité du conseil d'administration, dans les entreprises dans lesquelles un tel comité existe.

## **B. CRÉER UN RÉFÉRENTIEL COMPLIANCE ADAPTÉ AUX COLLECTIVITÉS LOCALES**

■ **176.** À l'occasion d'une conférence intitulée « Conformité, droit public et juge administratif », l'ancien vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, relevait que la notion de *compliance* irrigue également le droit administratif : « La *compliance* existe. C'est sinon une valeur, du moins une procédure ou une méthode de respect des règles qui monte

en puissance <sup>106</sup>. » L'apparition progressive de la *compliance* au sein des collectivités locales, dès avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, en donne l'illustration.

En effet, s'il est vrai que ce phénomène semble de prime abord être l'apanage des entreprises, l'on constate, depuis plusieurs années déjà, le développement d'instruments de *compliance* au sein d'une administration décentralisée plus soucieuse de déontologie, d'éthique et de transparence, sous la pression de l'opinion publique et du législateur.

Il est vrai qu'il serait sans doute exagéré d'affirmer que la *compliance* occupe, au sein des collectivités locales, une importance comparable à celle que l'on observe dans les grandes entreprises.

Toutefois, à défaut de pouvoir constater l'existence d'une identité des normes de *compliance* applicables aux entreprises et aux collectivités locales, il était possible d'assister, dès avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, à l'émergence d'une identité de vues quant aux comportements qu'il convenait d'adopter, fussent-ils l'œuvre d'acteurs publics ou privés.

## **1. Le dispositif issu de la loi Sapin 2**

### ***a) La formation d'une culture de compliance dans les collectivités locales avant la loi Sapin 2***

■ **177.** La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a créé un dispositif visant à prévenir les atteintes à la probité et aux conflits d'intérêts, en imposant aux élus locaux de obligations déclaratives sous la forme d'une déclaration d'intérêts et d'une déclaration de situation patrimoniale.

Ces obligations concernent les principaux responsables des exécutifs locaux, de même que les personnes exerçant un mandat local, ainsi que l'énoncent les termes de l'article 11 de la loi.

Les déclarations de patrimoine et d'intérêts sont adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), créée à cette occasion par le législateur, qui est chargée de contrôler leur véracité.

La démarche préventive inhérente à cette réforme est clairement exposée à l'article 1<sup>er</sup> de la loi relative à la transparence de la vie publique, qui énonce :

« Les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. »

---

<sup>106</sup>. SAUVÉ (J.-M.), « Conformité, droit public et juge administratif », cycle de conférences Régulation, supervision, *compliance*, 30 novembre 2016.

Cette loi a également eu pour mérite d'introduire, à l'article 25 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite « loi Le Pors », une définition de la notion de conflit d'intérêts, ainsi formulée :

« Au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction <sup>107</sup>. »

■ **178.** Le secteur des marchés publics a également été le témoin de la publication de chartes éthiques par plusieurs collectivités locales.

Au-delà du rappel des textes existants, ces chartes précisent les valeurs éthiques que la collectivité doit adopter dans le cadre de la commande et de l'achat publics.

Il est rappelé, par exemple, que « les agents se doivent de faire preuve d'intégrité, d'honnêteté, d'impartialité en faisant primer l'intérêt général sur l'intérêt personnel en toutes circonstances, afin d'éviter toute forme de favoritisme <sup>108</sup> ».

Les chartes éthiques ont ainsi pour objectif d'influer sur le comportement des agents en le structurant, dans l'hypothèse où ces derniers seraient par exemple confrontés à une situation de conflit d'intérêts.

Elles dépassent le simple respect des normes applicables, puisqu'elles supposent l'adhésion à un système de valeurs dont elles souhaitent qu'il soit partagé par l'ensemble des agents, de sorte à ce que ceux-ci se conforment à terme à la règle de droit <sup>109</sup>.

■ **179.** Ces premières initiatives locales, dont il faut souligner le caractère précoce, ont été approfondies par la création de la Charte de l'élu local par la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice par les élus locaux de leur mandat, laquelle charte offre une illustration particulièrement intéressante du développement des instruments de *compliance* au sein des collectivités locales, dès avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2.

Cette charte définit les principes déontologiques qui encadrent l'exercice du mandat d'élu local et précise les normes de comportement que doivent adopter les élus locaux dans le cadre de leurs fonctions.

Depuis 2015, la première réunion du conseil municipal, du conseil départemental, du conseil régional ou de l'assemblée d'un établissement public de coopération intercommunal (EPCI) à fiscalité propre doit s'ouvrir

---

107. Article 2, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

108. La Charte de déontologie du département des Hauts-de-Seine, p. 2.

109. COQ (V), « La charte éthique dans les marchés publics », *Contrats et marchés publics*, n° 4, avril 2019.



par la lecture, par le chef de l'exécutif de la collectivité, de la charte, dont il remet une copie à tous les membres de l'assemblée.

Il s'agit donc d'un outil pédagogique destiné à permettre le partage entre élus locaux d'une même communauté de valeurs et, par là même, de nature à participer au développement d'une culture de la *compliance* au sein des collectivités locales.

Le sénateur Bernard Saugey l'exprimait ainsi, dans son rapport : l'objectif de la Charte de l'élu local est de rappeler à chacun « les comportements vertueux et les bonnes pratiques indépendamment même des prescriptions ou interdictions de la loi <sup>110</sup> » – faisant une référence muette, mais indiscutable, à l'idée de *compliance*.

### Charte de l'élu local

1. « L'élu local exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité.
2. Dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier.
3. L'élu local veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l'élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote.
4. L'élu local s'engage à ne pas utiliser les ressources et les moyens mis à sa disposition pour l'exercice de son mandat ou de ses fonctions à d'autres fins.
5. Dans l'exercice de ses fonctions, l'élu local s'abstient de prendre des mesures lui accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de son mandat et de ses fonctions.
6. L'élu local participe avec assiduité aux réunions de l'organe délibérant et des instances au sein desquelles il a été désigné.
7. Issu du suffrage universel, l'élu local est et reste responsable de ses actes pour la durée de son mandat devant l'ensemble des citoyens de la collectivité territoriale, à qui il rend compte des actes et décisions pris dans le cadre de ses fonctions. »

■ **180.** De la même manière, l'article premier de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a permis la diffusion d'une culture de la *compliance* dans l'administration publique territoriale en inscrivant dans le statut général des fonctionnaires le principe selon lequel « le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité ».

L'article 11 de cette loi a, en outre, créé la fonction de « référent déontologue », chargé de conseiller les agents publics territoriaux sur l'application des règles déontologiques qui leur sont applicables :

---

110. Rapport n° 290 (2013-2014) fait un nom de la Commission des lois, déposé le 15 janvier 2014, p. 18.

« Tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28. »

Alors que l'obligation de désigner un référent déontologue ne concernait initialement que les centres de gestion<sup>111</sup>, l'article 1, 2° du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 l'a étendue à la fonction publique territoriale, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Au-delà de sa fonction de conseil, la généralité des termes encadrant le rôle du référent déontologue conduit à penser que ce dernier constitue le principal vecteur de la déontologie au sein de l'administration territoriale.

C'est ainsi que celui-ci peut se voir confier la préparation de documents internes, tels les chartes, lignes directrices ou guides de bonnes pratiques qu'une administration territoriale voudrait diffuser auprès de ses agents.

L'alinéa 4 du nouvel article 6 *ter* A de la loi Le Pors prévoit, par ailleurs, que :

« Dans le cas d'un conflit d'intérêts, le fonctionnaire doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Il peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue prévu à l'article 28 *bis*. »

L'article 8 de la loi Sapin 2, qui dispose que le signalement d'une alerte éthique peut être « porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci », et l'article 4 du décret n° 2017-564 du 19 avril relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État offrent, en outre, aux référents déontologues la possibilité de se voir confier la fonction de « référent alerte éthique ».

L'article 2 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique permet ainsi aux collectivités locales de disposer d'une grande marge de manœuvre dans la mise en place de ce dispositif, ces dernières pouvant librement choisir de désigner une seule ou plusieurs personnes relevant de la collectivité concernée ou bien d'une autre administration, ou enfin un collège de personnes extérieures à l'administration concernée ou à la fonction publique.

Sans pour autant leur imposer les moyens pour parvenir à cet objectif, le décret du 10 avril 2017 veille également à ce que les collectivités

---

111. Les centres de gestion sont des établissements publics locaux à caractère administratif auxquelles doivent obligatoirement s'affilier les communes et établissements publics locaux employant moins de 350 fonctionnaires titulaires. Leur mission est d'apporter aux collectivités leur assistance et leur expertise en gestion des ressources humaines dans les collectivités locales et au grand public leur assistance pour le recrutement dans les collectivités et établissements publics. Leur statut est encadré à l'article 13 de la loi du 26 janvier 1984 portant statut de la fonction publique territoriale.

territoriales désignent le référent déontologue « à un niveau permettant l'exercice effectif de ses missions <sup>112</sup> » et que le chef de service mette « à la disposition du référent déontologue qu'il désigne selon les modalités prévues à l'article 4 les moyens, notamment informatiques, permettant l'exercice effectif de ses missions ».

L'importance du rôle ainsi confié par le législateur au référent déontologue au sein des administrations a conduit certains auteurs à s'interroger sur la pertinence d'un parallèle entre cette fonction et celle de *compliance officer* <sup>113</sup>.

■ **181.** Les évolutions retracées ont progressivement étendu le rôle et le périmètre fonctionnel des directions juridiques territoriales, en faisant d'elles des actrices de la diffusion des règles déontologiques au sein des collectivités locales.

Surtout, la généralisation progressive de ces instruments au sein des collectivités territoriales a permis de former de nombreux agents à une culture de l'éthique et, de la sorte, à prévenir et limiter les atteintes au droit.

Pour autant, en dépit de ces progrès notables, les collectivités locales restaient encore, pour certaines d'entre elles, trop exposées aux risques d'infractions.

■ **182.** C'est en effet ce qu'a révélé une enquête réalisée en 2014 par le Service central de prévention de la corruption (SCPC) auprès des collectivités territoriales et établissements publics de plus de cinquante mille habitants.

Cette enquête a mis en évidence le fait que les collectivités locales présentaient des situations particulièrement hétérogènes.

S'il est vrai que ce constat a précédé l'apparition des guides de bonne conduite, des chartes éthiques, ainsi que du référent déontologue, il est toutefois permis de penser que ces dernières évolutions, bien qu'elles aient permis d'assainir certaines pratiques, restaient insuffisantes pour pallier les difficultés structurelles, mises en lumière par cette enquête, que semblaient accuser un grand nombre de collectivités à se protéger efficacement contre le risque de corruption <sup>114</sup>.

Le SCPC suggérait d'élaborer une charte de déontologie de type national – proposition dont le législateur s'est saisi avec la Charte de l'élu local –, tout en recommandant qu'elle fût adaptée aux spécificités de chaque

---

112. Articles 4 et 6 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique

113. COLLARD (C.), « Nul n'est censé ignorer la *compliance* : les collectivités territoriales et la fonction de conformité », AJ Collectivités Territoriales, 2018, p. 481.

114. La prévention de la corruption dans les collectivités territoriales, Service central de prévention de la corruption, 4 juillet 2014, p. 265.

collectivité – recommandation qui n’a hélas, pas été suivie par le législateur.

Seules quelques collectivités ont donc consenti à rédiger leurs propres codes éthiques, les autres étant de fait renvoyées aux principes généraux figurant dans le statut général des fonctionnaires, modifié par la loi du 20 avril 2016, ou la Charte de l’élu local.

Enfin, l’enquête du SCPC observait que, lorsqu’ils existaient, les services d’audit et de contrôle interne des collectivités locales ne disposaient « pas toujours des compétences techniques nécessaires pour s’assurer de la bonne exécution du marché <sup>115</sup> ».

Le rapport préconisait d’instituer, au sein des collectivités locales dépassant un certain seuil de population, l’obligation de se doter d’une instance de contrôle et d’audit interne, ainsi que d’élaborer un plan de prévention des risques d’atteintes à la probité.

■ **183.** Ce constat a été corroboré par une enquête menée par la direction de l’audit interne de la ville et de l’Eurométropole de Strasbourg pour le compte de la Conférence des inspecteurs et auditeurs territoriaux (CIAT) et de l’Institut français de l’audit et du contrôle internes (IFACI) en 2016 qui a montré que, parmi les 96 collectivités territoriales de grande envergure interrogées, seules 38 % d’entre elles disposaient d’un service d’audit interne, tandis que 54 % en étaient dépourvues <sup>116</sup>.

L’enquête soulignait notamment l’existence « d’un manque de culture du contrôle interne dans les collectivités territoriales [...] [où] soit le contrôle existe, mais reste peu formalisé, soit le contrôle est insuffisant voire inexistant <sup>117</sup> ».

■ **184.** C’est dans ce contexte qu’est apparue la nécessité d’approfondir, avec la loi Sapin 2, le développement de la culture de la *compliance* à au sein des collectivités locales, en prenant acte du constat dressé par le SCPC et en exigeant de celles-ci qu’elles mettent en place les programmes de *compliance* et de contrôle interne, à l’instar de ceux demandés aux entreprises.

### ***b) Les apports de la loi Sapin 2***

■ **185.** L’article 3 de la loi Sapin 2 a confié à l’Agence française anticorruption (AFA) une mission de conseil et de contrôle à l’égard des collectivités territoriales, afin de leur permettre de s’approprier et mettre en œuvre leurs obligations en matière de lutte contre la corruption.

---

115. *Ibid.*, p. 272.

116. GARCZYNSKI (M.), YEH (A.), *Les Fonctions d’audit interne dans les collectivités territoriales*, Direction de l’Audit interne de la Ville et Eurométropole de Strasbourg, en partenariat avec l’IFACI et la CIAT, 2016.

117. *Ibid.*, p. 4.

■ **186.** Les alinéas 1 et 2 de cet article énoncent, en effet :

« L'Agence française anticorruption :

1. participe à la coordination administrative, centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Dans ce cadre, elle apporte son appui aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et à toute personne physique ou morale ;
2. élabore des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Ces recommandations sont adaptées à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés. Elles sont régulièrement mises à jour pour prendre en compte l'évolution des pratiques et font l'objet d'un avis publié au *Journal officiel*. »

L'article 1<sup>er</sup>, II, du décret du 14 mars 2017 ajoute :

« II. – Au titre de sa mission d'appui aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et à toute personne physique ou morale mentionnée au 1<sup>o</sup> de l'article 3 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée, l'Agence française anticorruption assure des actions de formation, de sensibilisation et d'assistance sur la prévention et la détection des risques en matière de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. »

Enfin, l'article 2 de l'arrêté du 14 mars 2017 relatif à l'organisation de l'AFA précise :

« Le département du conseil aux acteurs publics apporte son assistance aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales, à leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, aux associations et fondations reconnues d'utilité publique ainsi qu'aux personnes physiques. Il élabore et actualise les recommandations destinées à aider les personnes précitées à prévenir et à détecter les infractions précédemment énumérées. »

Cette mission de prévention et de conseil que le législateur a attribuée à l'AFA s'est rapidement manifestée par la publication de plusieurs documents destinés à accompagner les collectivités locales dans la mise en œuvre de leurs obligations en matière de lutte contre la corruption.

■ **187.** À l'effet d'assurer la formation des élus et des agents des collectivités locales, l'AFA a signé, le 28 mai 2018, une convention de partenariat avec le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT), dans le but d'animer des comités d'experts, de développer ensemble une offre de formation au profit des agents territoriaux, de

mener des actions de sensibilisation, et de réaliser et relayer des études auprès des collectivités territoriales.

Ce partenariat semble avoir prospéré puisque l'AFA et le CNFPT ont notamment animé un séminaire en ligne consacré à la prévention de la corruption dans la gestion publique locale en septembre 2018.

Cette initiative, qui a réuni 6 662 inscrits dès la première année de sa mise en œuvre, a été reproduite en septembre 2019 <sup>118</sup>.

■ **188.** Animée de la même volonté de faire œuvre de pédagogie, l'AFA a publié, au mois de janvier 2019, une Charte de l'accompagnement des acteurs publics.

■ **189.** Au mois d'avril 2019, l'AFA a également rendu publique une « fiche-repère » destinée à préciser le périmètre des contrôles prévus par la loi Sapin 2 à l'égard des collectivités locales.

■ **190.** Le même mois, l'AFA a publié une « Charte des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles prévus aux 3° de l'article 3 et au III de l'article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 ».

■ **191.** La mission de conseil de l'AFA s'est également traduite par de nombreuses rencontres d'associations d'élus locaux et d'associations professionnelles du secteur public local <sup>119</sup>.

Le rapport d'activité pour l'année 2018 de l'AFA fait ainsi état de 66 interventions de sensibilisation auprès d'acteurs publics et de l'accompagnement de sept collectivités à la suite de sollicitations de leur part <sup>120</sup>.

■ **192.** Le 15 juillet 2019, l'AFA a mis en ligne un questionnaire à l'usage des élus et des agents publics, afin de leur permettre de tester leurs connaissances sur la corruption, le trafic d'influence, le favoritisme, le détournement de fonds publics, la prise illégale d'intérêts et la concussion <sup>121</sup>.

■ **193.** Le 23 mars 2020, enfin, l'AFA a mis en ligne sur son site internet une nouvelle session du cours en ligne gratuit consacré à la prévention de la corruption dans la gestion publique locale <sup>122</sup>.

■ **194.** Ces nombreuses initiatives ont permis à l'AFA de mettre en œuvre la mission d'appui, d'assistance et d'accompagnement des acteurs

---

118. Rapport d'activité de l'Agence française anticorruption pour l'année 2018, p. 14.

119. Intervention du directeur de l'Agence française anticorruption au Congrès des maires, le 21 novembre 2018.

120. Rapport d'activité de l'Agence française anticorruption pour l'année 2018, p. 7.

121. Rapport d'activité de l'Agence française anticorruption pour l'année 2019, p. 16.

122. <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/nouvelle-diffusion-mooc-corruptionfavoritisme-detournement-comment-prevenir-dans-gestion-locale>.

publics locaux qu'elle a reçue du législateur, en privilégiant dans un premier temps la dimension préventive et pédagogique.

■ **195.** La question du contrôle des collectivités locales a, quant à elle, nourri dse débats importants au cours des travaux préparatoires de la loi Sapin 2.

Si le législateur a fait le choix d'un contrôle des collectivités locales, il n'a pas souhaité en revanche définir de référentiel spécifique pour celles-ci – à la différence de ce qu'il en est pour les entreprises dont le référentiel de contrôle est détaillé à l'article 17.

C'est ainsi que la loi Sapin 2 énonce, dans son article 3 :

« L'Agence française anticorruption :

[...]

3° Contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17. »

Comme le législateur semblait l'y inviter – et en l'absence de référentiel précis permettant d'assurer le contrôle des acteurs publics locaux –, l'AFA, faisant preuve de pragmatisme, a donc « calqué » le référentiel prévu pour les entreprises sur les collectivités locales.

L'Agence a indiqué à cet égard, le 22 décembre 2017, au sujet du « périmètre » de ses recommandations :

« Ces recommandations sont destinées à l'ensemble des personnes morales de droit privé ou de droit public, quels que soient leur taille, leur forme sociale, leur secteur d'activité, leur chiffre d'affaires ou l'importance de leurs effectifs, ci-après désignées sous le terme "organisations". »

La Charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle, publiée en avril 2018 à l'attention des acteurs publics, associations et fondations reconnues d'utilité publique a, ensuite, précisé que l'AFA voyait dans le référentiel prévu à l'article 17 de la loi Sapin 2 l'unique fondement aux contrôles des collectivités territoriales.

Enfin, la « fiche-repère » publiée par l'AFA en avril 2019 permet de comprendre que le périmètre de contrôle des collectivités territoriales comprend, sans distinction, l'ensemble des collectivités mentionnées à l'article 72 de la Constitution, c'est-à-dire les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies.

■ **196.** Conformément à l'article 3 de l'arrêté du 14 mars 2017 relatif à l'organisation de l'AFA, le contrôle des collectivités territoriales peut être effectué :

« [...] Sur pièces et sur place, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre dans les administrations de l'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte et les associations et fondations reconnues d'utilité publique en vue de prévenir et de détecter les infractions mentionnées à l'article 2 du présent arrêté. »

La Charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle précise utilement l'organisation et le déroulement de ces contrôles : de même que pour les acteurs économiques privés, le contrôle des collectivités territoriales vise à déterminer si les obligations fixées par la loi en matière de prévention de la corruption sont correctement appliquées et respectées ; il peut prendre la forme d'un contrôle sur place, puis d'un contrôle sur pièces, ou inversement.

■ **197.** Les contrôles exercés sur les collectivités locales donnent lieu à l'établissement d'un rapport provisoire communiqué à l'entité contrôlée contenant les observations de l'AFA quant à l'existence, la qualité et l'efficacité du dispositif anticorruption mis en place et, le cas échéant, des recommandations visant à remédier aux insuffisances constatées.

La collectivité contrôlée dispose alors d'un délai de deux mois pour formuler des observations, lesquelles auront vocation à enrichir le rapport définitif.

■ **198.** La Charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle a donné à l'AFA l'occasion de définir les principes de bonne conduite des contrôles, lesquels s'adressent aussi bien aux agents de l'AFA qu'aux entités contrôlées.

Il est ainsi demandé aux agents de l'AFA d'agir « avec loyauté et professionnalisme, dans le respect des lois et règlements en vigueur » et de se comporter « avec courtoisie ».

Les entités contrôlées, quant à elles, sont tenues de s'organiser « de manière à faciliter le contrôle », notamment en répondant « avec diligence et loyauté aux demandes d'entretiens et de renseignements qui leur sont adressées ».

■ **199.** En tout état de cause, l'on constate que l'AFA a veillé à ce que le référentiel élaboré par la loi Sapin 2 pour les entreprises s'applique de la même façon aux collectivités locales.

Pour autant, des différences notables subsistent entre les deux sortes de contrôle, de telle manière qu'il n'est pas possible, pour l'heure, d'observer une véritable convergence entre les deux modèles.



■ **200.** D'une part, il convient de noter que le législateur n'a prévu aucun seuil pour le contrôle des collectivités locales, pouvant ainsi conduire au contrôle de toutes les collectivités locales, y compris de collectivités de très petite taille.

Toutefois, ce risque a été atténué par l'AFA qui a déclaré, par la voix de son directeur, avoir fait le choix « de [ne] contrôler d'abord [que] les organisations les plus lourdes et les mieux dotées <sup>123</sup> ».

Cette volonté de se concentrer, dans un premier temps, sur les acteurs publics locaux les plus importants a été affichée, dès la publication du premier rapport d'activité de l'AFA, dans les termes suivants :

« Les collectivités disposant de moyens humains et matériels suffisants doivent, du point de vue de l'AFA, converger vers les meilleures pratiques de gestion du secteur privé en matière de politique anticorruption <sup>124</sup>. »

À la date du 21 novembre 2018, le directeur de l'AFA a affirmé que l'Agence avait contrôlé quatorze entités publiques, dont deux régions, deux départements, et une métropole <sup>125</sup>.

L'objectif, selon ce dernier, de parvenir à une vingtaine de contrôles d'acteurs publics par an <sup>126</sup>.

■ **201.** La seule exception à l'absence de seuils constatée pour la mise en place du contrôle des collectivités locales se trouve dans le dispositif d'alerte, encadré par l'article 8, III, de la loi Sapin 2 dans les termes suivants :

« III. – Des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de dix mille habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. »

L'article 1<sup>er</sup> du décret du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements précise ainsi :

« I. – Les personnes morales de droit public autres que l'État ou les personnes morales de droit privé d'au moins cinquante agents ou salariés, les communes de plus de dix mille habitants, les départements

---

123. Intervention du directeur de l'Agence française anticorruption au Congrès des maires, le 21 novembre 2018.

124. Rapport d'activité de l'Agence française anticorruption 2017, mai 2018.

125. DUCHAINE (C.), « Les collectivités contrôlées ne sont pas encore totalement imprégnées de la loi Sapin 2 », *La Gazette des communes*, 21 novembre 2018.

126. *Ibid.*

et les régions ainsi que les établissements publics en relevant et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de dix mille habitants établissent les procédures de recueil des signalements prévues au III de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée, conformément aux règles qui régissent l'instrument juridique qu'ils adoptent. »

Ce point a fait l'objet de débats, aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat.

L'examen des travaux parlementaires montre qu'il a été question, dans un premier temps, de fixer le seuil des communes assujetties à l'obligation de mettre en place un dispositif de recueil des alertes à 3 500 habitants.

Le Rapporteur de la loi Sapin 2 a, toutefois, rappelé au cours des débats parlementaires :

« Nous partageons [ce] souci : une adaptation est nécessaire. La cible de l'AFA, en effet, ce n'est pas la commune de trois mille cinq cents habitants <sup>127</sup>. »

Cette préoccupation semble avoir été entendue par l'AFA, comme l'illustrent les premiers contrôles que celle-ci a menés sur les acteurs publics locaux.

■ **202.** D'autre part, à la différence des entreprises – lesquelles peuvent, conformément à l'article 17, IV et V, de la loi Sapin 2, faire l'objet du prononcé de sanctions par la commission des sanctions de l'AFA –, le législateur n'a prévu aucun instrument permettant de sanctionner les collectivités territoriales n'ayant pas respecté leurs obligations en matière de lutte contre la corruption.

À ce point de vue, le directeur de l'AFA a cependant objecté qu'il lui était possible – et même imposé – de transmettre un signalement au Procureur de la République en application de l'article 40 du Code de procédure pénale . En 2019, l'AFA a ainsi quatre signalements portant sur des acteurs publics sur le fondement de cet article <sup>128</sup>.

### **La compliance et le principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales**

Le principe de libre administration des collectivités locales dispose d'un fondement à la fois constitutionnel et législatif.

L'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit que la loi détermine « les principes fondamentaux [...] de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ».

127. Assemblée nationale, deuxième séance du lundi 6 juin 2016.

128. Agence française anticorruption, Rapport annuel d'activités pour l'année 2019, p. 29.

L'article 72 ajoute : « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. »

Enfin, il résulte de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions que « les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus », dispositions codifiées à l'article L. 1111-1 du Code général des collectivités territoriales.

Le principe de libre administration prend la forme d'une autonomie institutionnelle et fonctionnelle <sup>129</sup>.

Dès lors, le fait, pour le législateur, d'imposer des obligations, d'interdire un comportement ou de prévoir une modalité de contrôle ou de sanction des collectivités locales est susceptible de porter atteinte à l'autonomie fonctionnelle de celles-ci, donc à leur libre administration <sup>130</sup>.

C'est ainsi que, sur le fondement des dispositions constitutionnelles précitées, le Conseil constitutionnel a notamment jugé que le principe de libre administration des collectivités territoriales n'interdisait pas la mise en place par l'État d'un contrôle permettant de s'assurer du respect des lois par les collectivités locales (Cons. const., 25 février 1982, n° 82-167 DC).

Il convient toutefois de préciser que le Conseil constitutionnel encadre cette possibilité et a, par exemple, sanctionné comme étant contraire au principe de libre administration des collectivités locales le fait de prévoir une mesure de sanction à raison du retard dans la mise en place d'obligations légales – sans avoir distingué « la nature ou la valeur des raisons à l'origine de ce retard » (Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, cons. 46 et 47).

De même, a pu être censuré le fait de soumettre les collectivités locales à une obligation de résultat dans le cadre d'objectifs imprécis (Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, cons. 13).

En revanche, dans une décision QPC n° 2011-210 du 13 janvier 2012, le Conseil constitutionnel a décidé, au sujet d'une mesure réprimant les manquements des maires aux obligations s'attachant à leurs fonctions, que « l'institution de sanctions réprimant les manquements des maires aux obligations qui s'attachent à leurs fonctions ne méconnaît pas, en elle-même, la libre administration des collectivités territoriales ; que la suspension ou la révocation, qui produit des effets pour l'ensemble des attributions du maire, est prise en application de la loi ».

---

129. LEHMANN (P.É), *Libre administration et QPC : les enseignements de quatre années de jurisprudence*, Civitas Europa, 2015/1, n° 34, p. 226.

130. *Ibid.*, p. 228.

## **2. Les limites du dispositif prévu par la loi Sapin 2**

■ **203.** Le 13 juillet 2018, l'AFA a présenté, la synthèse de son enquête relative à la prévention de la corruption dans le service public local menée entre février et mai 2018 auprès de 3 277 acteurs locaux.

Elle a publié son rapport d'analyse définitif en novembre 2018.

Le questionnaire réalisé au soutien de cette enquête comprenait des questions relatives aux caractéristiques de la collectivité, à la perception du risque de corruption et aux actions entreprises par la collectivité dans le but de prévenir le risque de corruption.

■ **204.** Cette enquête offre un retour d'expérience très instructif.

Elle confirme une tendance qu'avait identifiée en son temps le Service central de prévention de la corruption (SCPC), selon laquelle les collectivités territoriales de grande envergure se mobilisent davantage en matière de lutte contre la corruption – à la différence des petites communes qui mettent peu en place les mesures de prévention de la corruption, pour des raisons tenant principalement à leur insuffisance de moyens humains et financiers.

En effet, un motif de satisfaction de l'enquête réside dans l'effort réalisé par les grandes collectivités locales – et particulièrement les régions, qui font figure de bon élève.

Ces dernières ont mis en œuvre une grande partie de leurs obligations en matière de lutte contre la corruption, témoignant d'une sensibilité accrue à l'égard des risques d'atteinte à la probité.

Il convient cependant de noter qu'une grande partie des collectivités interrogées dans le cadre du questionnaire de l'AFA – quels que soient leur taille et leurs moyens – ne paraissent pas sensibiliser suffisamment leurs agents aux risques de corruption.

■ **205.** En outre, la faible mise en place du référent déontologue, comme d'un dispositif de recueil des alertes, constitue, pour le directeur de l'AFA, un motif particulier d'inquiétude <sup>131</sup>.

■ **206.** L'enquête conduite par l'AFA a également montré que le niveau de formation et de connaissance des agents, ainsi que des élus territoriaux, quant aux risques de corruption et de conflits d'intérêts demeurait insatisfaisant, analyse que confirme le rapport d'activité pour l'année 2019 <sup>132</sup>.

---

131. Intervention du directeur de l'Agence française anticorruption au Congrès des maires, le 21 novembre 2018.

132. Rapport d'activité de l'Agence française anticorruption pour l'année 2019, p. 27.

### **3. Les recommandations de la commission**

■ **207.** Au cours de ses travaux, la Commission a approuvé le lancement, par le garde des Sceaux et le ministre de l'Action et des Comptes publics, du premier « Plan national pluriannuel de lutte contre la corruption », élaboré autour de quatre grandes priorités :

- ▶ mieux connaître et détecter la corruption ;
- ▶ former et sensibiliser l'ensemble des agents publics à la lutte contre les atteintes à la probité ;
- ▶ renforcer les dispositifs de prévention au sein des administrations et améliorer l'effectivité des sanctions pénales ;
- ▶ améliorer la coopération internationale dans la lutte contre la corruption.

■ **208.** La commission a regretté cependant que la loi Sapin 2, surtout axée sur la lutte contre la corruption internationale, n'ait pas défini de référentiel *compliance* anticorruption spécifique adapté aux acteurs publics, en particulier aux collectivités locales.

En l'absence d'un tel référentiel, l'AFA contrôle actuellement les collectivités locales sur le fondement de l'article 17 de la loi Sapin 2, tout en adaptant bien entendu son contrôle aux spécificités de celles-ci.

■ **209.** Or, la Commission a considéré que cet article, conçu surtout pour les entreprises de taille significative, n'était pas adapté aux collectivités locales.

Ces dernières font déjà l'objet d'un niveau élevé de contrôle constitué, d'une part, par le contrôle de légalité de l'administration préfectorale, et, d'autre part, par le contrôle comptable et financier des chambres régionales des comptes.

De plus, certaines obligations imposées par l'article 17 de la loi Sapin 2, notamment l'évaluation des tierces parties, entrent en conflit avec d'autres règles issues en particulier du droit de la commande publique, auxquelles les collectivités locales sont également soumises.

■ **210.** Dans un souci de clarification, la Commission recommande donc que le législateur crée un référentiel *compliance* anticorruption adapté aux collectivités locales, qui tienne compte des spécificités de leur statut et de leurs dimensions.

Une telle évolution serait conforme, d'une part, à l'obligation imposée par la loi Sapin 2 d'adapter les recommandations de l'AFA à la taille des entités contrôlées et à la nature des risques identifiés<sup>133</sup>, et, d'autre part, à la préoccupation exprimée par l'AFA, à l'issue de son enquête sur la

---

133. Article 3, 2°, 2° alinéa de la loi Sapin 2.

prévention de la corruption dans le service public local conduite en 2018, dans les termes suivants :

« L'AFA souligne que ces outils anticorruptions doivent être adaptés à la situation spécifique de chaque acteur en tenant compte de ses moyens et de sa taille. Cela implique que les petites collectivités ne peuvent rester inactives. Elles peuvent à tout le moins concentrer leurs efforts sur la prévention des atteintes à la probité dans les processus clés que sont : le recrutement, la commande publique, la gestion budgétaire et comptable, l'attribution de subventions ou encore les procédures conduisant à une autorisation ou à une décision d'attribution <sup>134</sup>. »

Les manquements des collectivités locales à ce référentiel *compliance* anticorruption spécifique ne devraient pas faire l'objet de sanctions spécifiques, comme tel est le cas, à l'heure actuelle, en application de l'article 17 de la loi Sapin 2.

### C. PARFAIRE LE DISPOSITIF DE LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC

■ **211.** L'échec du procès pénal à réprimer la corruption internationale et, plus largement, la délinquance économique et financière des entreprises mondialisées est un constat connu <sup>135</sup>.

En droit français, l'infraction de corruption active d'agent public étranger a été introduite par une loi du 30 juin 2000, adoptée dans le cadre de la ratification de la convention de l'OCDE « sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » de 1997 <sup>136</sup>.

Jusqu'en 2018, cette infraction n'avait encore jamais été constatée à l'encontre d'une personne morale <sup>137</sup>.

La situation qui en résultait, régulièrement dénoncée par plusieurs organisations internationales et non gouvernementales, a créé progressivement les conditions favorables à l'application extraterritoriale de certaines lois étrangères, en particulier du *Foreign Corrupt Practices Act américain*, à l'égard des entreprises françaises : Alcatel-Lucent, Technip, Total, Alstom, pour ne mentionner que ces entreprises, ont été sanctionnées par les autorités judiciaires américaines pour des montants parfois très importants, au moyen le plus souvent de *deferred prosecution agreements*.

134. Enquête sur la prévention de la corruption dans le service public local, Agence française anticorruption, novembre 2018, p. 38.

135. Voir en particulier, faisant ce constat : GARAPON (A.), SERVAN-SCHREIBER (P.), *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

136. Loi n° 2000-595 modifiant la Code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption.

137. Elle l'a été, depuis, à l'encontre de la société Total dans l'affaire « Pétrole contre nourriture » : CA Paris, 26 février 2016, n° 13/09208 ; D. 2016, p. 1240, note J. Lelieur ; Cass. crim., 14 mars 2018, n° 16-11-82.117, P+B : JurisData n° 2018-003623.

■ **212.** Pour éviter que d'autres entreprises françaises ne connaissent le même sort à l'avenir, il convenait que la justice pénale française pût disposer d'un instrument de transaction équivalent, en présence de faits susceptibles de recevoir la qualification de corruption d'agent public étranger.

Telle est l'origine, pragmatique, de la « convention judiciaire d'intérêt public » (CJIP), introduite en droit français par la loi Sapin 2, que le procureur de la République peut désormais proposer à une personne morale mise en cause pour des faits de corruption, de trafic d'influence ou de blanchiment de fraude fiscale, avant la mise en mouvement de l'action publique.

■ **213.** Ses deux caractéristiques essentielles sont liées.

Elle est une convention, ce qui la distingue des transactions pénales déjà connues du droit français, en matière de douanes et de consommation notamment.

Parce qu'elle est une convention, elle n'emporte pas reconnaissance de culpabilité pénale, ce qui la distingue en particulier de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), également accessible aux personnes morales.

Cette seconde caractéristique, qui place les entreprises mises en cause à l'abri des conséquences automatiques d'une reconnaissance de culpabilité, doit les inciter à entrer en négociations avec le procureur de la République et permettre à ce dernier de proposer à leur rencontre une « amende d'intérêt public » d'un montant élevé <sup>138</sup>.

■ **214.** Au fond, tel est l'enjeu de la CJIP.

Celle-ci doit contribuer à bâtir la crédibilité internationale de la justice pénale française dans la lutte contre la corruption internationale, plus généralement dans la répression de la délinquance économique et financière des entreprises mondialisées, et, ce faisant, et à restaurer la souveraineté perdue par la France dans ce domaine.

On veut espérer, en particulier, que les autorités judiciaires étrangères les plus actives en la matière, américaines et britanniques, auront désormais des raisons de décliner leur compétence, en tout ou en partie, à l'égard des entreprises françaises et des entreprises étrangères mises en cause pour des faits relevant de la compétence des juridictions pénales françaises, comme cela s'est vu en certaines occasions déjà, notamment aux Pays-Bas <sup>139</sup>.

---

138. Voir, par exemple, MIGNON-COLOMBET (A.), « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJ Pénal*, 2017, p. 68.

139. Dans une affaire SBM Offshore. Le Department of Justice devait exercer ensuite des poursuites à l'encontre de cette entreprise à raison de faits connexes de ceux pour lesquels celle-ci avait transigé avec le ministère public néerlandais.

■ **215.** De ce point de vue, la Commission a approuvé, en particulier, la CJIP conclue entre le procureur de la République financier (PRF) et la Société générale le 24 mai 2018, puis validée par le président du tribunal de grande instance de Paris le 4 juin 2018.

Cette convention est remarquable à plusieurs égards : elle est la première CJIP à avoir été conclue au stade de l'enquête préliminaire, à raison de faits susceptibles de recevoir la qualification de corruption d'agent public étranger, au terme d'une enquête conduite en parallèle avec les autorités judiciaires américaines (Department of Justice et Attorney's Office for the Eastern District of New York) et concomitamment à deux accords de transaction pénale (*deferred prosecution agreement et guilty plea agreement*) passés avec les mêmes autorités.

Elle comporte, à ce titre, une section intitulée « Coordination avec les autorités judiciaires américaines », qui révèle successivement que :

« Le Department of Justice et le Parquet national financier ont partagé leurs éléments de preuve et se sont entendus pour parvenir à une résolution coordonnée de leurs enquêtes respectives. »

« Il résulte de l'accord conclu entre le Parquet national financier et le Department of Justice, porté à la connaissance de la Société générale, que les autorités de poursuite ont décidé de partager par moitié le montant des pénalités que la Société générale accepte de verser au titre des agissements survenus à l'occasion de ses relations avec la Libyan Investment Authority et les autres institutions financières publiques libyennes <sup>140</sup>. »

■ **216.** La Commission a semblablement approuvé, dans le cours de ses travaux, la CJIP conclue entre le PRF et la société Airbus SE le 29 janvier 2020, puis validée par le président du tribunal de grande instance de Paris le 31 janvier 2020.

### **Communiqué de presse du procureur de la République financier**

Le 31 janvier 2020, le président du tribunal judiciaire de Paris a validé la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) conclue le 29 janvier 2020 par le procureur de la République financier (PRF) et la société Airbus (Airbus SA) en application de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale.

Aux termes de cette CJIP, Airbus s'engage à verser au Trésor public, sous dix jours, une amende d'intérêt public de 2 083 137 455 euros. Airbus s'engage également à faire évaluer par l'Agence française anticorruption (AFA), pendant trois années, l'effectivité de son programme de conformité, dont le contrôle diligenté en 2017 par l'AFA a permis de constater qu'il est déjà abouti.

140. CJIP entre le procureur de la République financier et Société générale SA, 24 mai 2018, §§44 et 45.



Sous réserve de l'exécution de ces obligations, la validation de la CJIP acte la fin des poursuites engagées contre la société dans le cadre de l'enquête préliminaire qui avait été ouverte le 20 juillet 2016 par le Parquet national financier (PNF) et confiée à l'Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales (OCLCIFF).

Les investigations du PNF et de l'OCLCIFF ont porté sur des faits de corruption d'agent public étranger et de corruption privée commis entre 2004 et 2016, à l'occasion de contrats de vente d'avions civils et de satellites conclus par des entités du groupe Airbus.

Elles ont été conduites dans le cadre d'une équipe commune d'enquête constituée entre le PNF et le Serious Fraud Office (SFO) et parallèlement à l'enquête ouverte par le Department of Justice (DoJ) des États-Unis et le procureur fédéral du district de Columbia (Washington DC).

Le PNF, le SFO et les autorités judiciaires américaines ont coordonné leurs actions afin de parvenir à la signature simultanée d'une CJIP et de deux *deferred prosecution agreement* (DPA) avec Airbus. Les accords conclus séparément par Airbus avec le SFO et les autorités judiciaires américaines prévoient qu'Airbus versera une amende de 983 974 311 euros aux autorités britanniques et une amende de 525 655 000 euros au Trésor des États-Unis.

Le PNF informera le SFO et le DoJ, dans le respect des dispositions de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 (dite « loi de blocage »), du déroulement de la mesure de conformité prévue par la CJIP.

Cette nouvelle avancée dans la lutte contre la corruption internationale est le fruit du travail mené par le PNF en confiance et en totale coopération avec le SFO, le DoJ et le procureur fédéral du district de Columbia. Elle est aussi le résultat de l'investissement des enquêteurs de l'OCLCIFF, auquel il faut ajouter le soutien financier et opérationnel apporté par Eurojust et Europol.

■ **217.** De manière générale, la Commission et des personnalités auditionnées se sont dites favorables au principe de la CJIP, à l'exception toutefois du représentant d'une organisation non gouvernementale.

Aussi, la Commission a-t-elle fait le choix d'orienter sa réflexion sur les moyens de perfectionner le dispositif actuel de la CJIP et l'opportunité d'étendre son domaine d'application aux personnes physiques, ainsi qu'à des infractions supplémentaires.

### **1. Le dispositif actuel de la convention judiciaire d'intérêt public**

■ **218.** Sur le plan législatif, la CJIP est actuellement organisée par les articles 41-1-2 et 180-2 du Code de procédure pénale, tous deux issus de la loi Sapin 2.

Le premier article attribue au procureur de la République le pouvoir de proposer à une personne morale mise en cause pour certains délits énumérés de conclure une CJIP, « tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement », c'est-à-dire dès le stade de l'enquête préliminaire.

Le second article attribue au juge d'instruction saisi de faits qualifiés constituant l'un de ces délits – que la personne morale mise en examen reconnaît et dont elle accepte la qualification pénale – le pouvoir de prononcer la transmission de la procédure au procureur de la République aux fins de conclusion d'une CJIP.

■ **219.** Ces deux articles de loi ont été complétés par un décret du 27 avril 2017 <sup>141</sup>, ainsi que par plusieurs autres textes successifs :

- ▶ une circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018 <sup>142</sup> ;
- ▶ une dépêche de la même direction du 21 mars 2019, qui comportait en annexe un *Guide de la convention judiciaire d'intérêt public* <sup>143</sup> ;
- ▶ des Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par l'Agence française anticorruption (AFA) et le procureur de la République financier (PRF) le 27 juin 2019 <sup>144</sup>.

#### ***a) Le domaine d'application de la CJIP***

■ **220.** Le domaine d'application de la CJIP est limité à la fois *ratione materiae*, quant aux infractions couvertes, et *ratione personae*, quant aux personnes susceptibles de se voir proposer la conclusion d'une convention par le procureur de la République.

■ **221.** Quant aux infractions couvertes, le domaine d'application de la CJIP ne se limite pas à l'infraction de corruption active d'agent public étranger.

Il s'étend également aux infractions de :

- ▶ corruption active (article 433-1 du Code pénal) et trafic d'influence (article 433-2 du Code pénal) commis par un particulier ;
- ▶ corruption active (article 435-3 du Code pénal) et trafic d'influence actif (article 435-4 du Code pénal) d'agent public étranger ;
- ▶ corruption d'un membre d'une institution judiciaire étrangère (article 435-9 du Code pénal) ;
- ▶ trafic d'influence sur un membre d'une institution judiciaire étrangère (article 435-10 du Code pénal) ;

---

141. Décret n° 2017-660 relatif à la CJIP et au cautionnement judiciaire.

142. Circulaire JUSD1802971C du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

143. Dépêche 2019/F/0419/FA1 du 21 mars 2019 de prévention et des modalités d'échange entre les parquets et l'Agence française anticorruption.

144. PRF et AFA, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019.

- ▶ corruption privée active (article 445-1 du Code pénal) et passive (article 445-2 du Code pénal) ;
- ▶ corruption sportive active (articles 445-1-1 du Code pénal) et passive (article 445-2-1 du Code pénal) ;
- ▶ corruption active d'un membre d'une institution judiciaire (avant-dernier alinéa de l'article 434-9 du Code pénal) ;
- ▶ trafic d'influence actif sur un membre de l'institution judiciaire (deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du Code pénal) ;
- ▶ fraude fiscale (articles 1741 et 1743 du Code général des impôts) ;
- ▶ blanchiment de fraude fiscale ;
- ▶ ainsi qu'aux infractions connexes des précédentes.

■ **222.** Au sein de cette énumération, les infractions de fraude fiscale et de blanchiment de fraude fiscale se distinguent.

Ces infractions, à la différence des autres, n'entrent pas dans la catégorie des « atteintes à la probité » et leur commission n'est pas nécessairement en lien avec la constatation de telles atteintes.

Elles ont été introduites, au cours des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi Sapin 2, en contemplation de deux informations judiciaires ouvertes par le Parquet national financier (PNF) à l'encontre des banques UBS et HSBC Private Bank Suisse des chefs de blanchiment de fraude fiscale et de démarchage bancaire et financier illicite.

Il est remarquable, à ce propos, que la première CJIP conclue l'ait été avec la banque HSBC Private Bank Suisse pour des faits qualifiés, non de corruption ou de trafic d'influence, mais de blanchiment de fraude fiscale et de démarchage bancaire et financier illicite, envisagé à titre connexe <sup>145</sup>.

■ **223.** Cette particularité a retenu l'attention de la commission, en ce qu'elle démontre que le domaine d'application *ratione materiae* de la CJIP pourrait, le cas échéant, être étendu à des infractions supplémentaires et permettre d'appréhender plus largement la délinquance économique et financière, voire la délinquance environnementale, des entreprises.

A cet égard d'ailleurs, le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, adopté par le Sénat en première lecture le 3 mars 2020, propose d'étendre le domaine d'application matériel de la CJIP aux infractions portant atteinte à l'environnement <sup>146</sup>.

Toutefois, la Commission a partagé le constat de certains auteurs que l'extension du domaine d'application de la CJIP aux infractions de

---

145. CJIP entre le procureur de la République financier et HSBC Private Bank Suisse, 30 octobre 2017. La procédure engagée avec UBS n'aboutissait pas à la conclusion d'une CJIP, faute d'accord sur le montant de l'amende d'intérêt public envisagée.

146. <https://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/vers-des-conventions-judiciaires-dinteret-public-vertes/>.

fraude fiscale et de blanchiment de fraude fiscale, au cours des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi Sapin 2, était la source d'incohérences auxquelles il conviendrait de remédier au préalable.

Selon ces auteurs, « cette extension tardive est source d'incohérences. Elle se manifeste d'abord dans une incongruité : la première CJIP publiée sur le site internet de l'AFA est sans rapport avec des faits de corruption ou de trafic d'influence. Elle explique ensuite que le PNF n'ait pas pu soumettre HSBC à la mise en œuvre d'un programme de conformité sous le contrôle de l'AFA, ainsi que le permet pourtant l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale : le programme de conformité a été conçu par la loi Sapin 2 pour favoriser la détection et la prévention des faits de corruption et de trafic d'influence, non de blanchiment de fraude fiscale. Dans l'immédiat, la conséquence est une mise en concurrence de la procédure de CJIP avec le pouvoir de transaction dont dispose l'administration fiscale, qui n'a peut-être pas été suffisamment mesurée. À plus long terme, il faudra réfléchir à améliorer cette articulation défectueuse, notamment si le domaine d'application de la procédure de CJIP est étendu à de nouvelles infractions, comme cela a été le cas de la procédure de composition administrative devant l'Autorité des marchés financiers (AMF) <sup>147</sup>. »

■ **224.** Quant aux personnes couvertes, la conclusion d'une CJIP peut être proposée par le procureur de la République à toute « personne morale », sans autre précision.

Deux observations doivent être faites à ce propos.

D'une part, les infractions précédemment énumérées ne peuvent, pour la plupart d'entre elles, être commises que par des personnes morales de droit privé.

D'autre part, la conclusion d'une CJIP peut être proposée, le cas échéant, à une personne morale qui ne serait pas soumise à l'obligation de mettre en œuvre un programme de conformité, en application de l'article 17 de la loi Sapin 2 : « Une personne morale ne remplissant pas les critères déterminés par cet article peut [...] être astreinte à mettre en œuvre des obligations de lutte contre la corruption, dès lors qu'elle fait l'objet d'une enquête portant sur des délits de corruption visés par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale et qu'elle donne son accord à la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public avec le Parquet <sup>148</sup>. »

■ **225.** Les personnes physiques, représentantes légales de la personne morale mise en cause, ne peuvent, en revanche, se voir proposer la conclusion d'une CJIP par le procureur de la République, à la différence

147. GAUDEMET (A.), DILL (A.), « Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », *La Semaine juridique*, n° 51, 18 décembre 2017.

148. REBUT (D.), « Les entreprises au service de la lutte contre la corruption : commentaire des mesures anticorruption de la loi Sapin 2 », *Bull. Joly Bourse*, 2017, n° 1, p. 48.

de ce qu'il en est notamment dans les *deferred prosecution agreements* et *non prosecution agreements de droit américain* <sup>149</sup>.

Au contraire, l'article 41-1-2, I, du Code de procédure pénale rappelle expressément *in fine*, de manière superflète, que « les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques ».

Il s'ensuit que les mêmes faits de corruption ou de trafic d'influence, par exemple, peuvent donner lieu à la conclusion d'une CJIP avec la personne morale mise en cause, d'une part, et à l'exercice de poursuites à l'encontre des représentants personnes physiques de celle-ci, d'autre part.

Cette situation – la Commission en est convenue – pourrait être de nature à détourner les représentants personnes physiques de la personne morale mise en cause de conclure une CJIP pour le compte de celle-ci : « On peut penser que ces représentants seront peu enclins à consentir à la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public s'ils font l'objet de poursuites pénales à titre personnel, ce qui devrait être le cas s'ils étaient en fonction au moment des faits et que ceux-ci relèvent d'une pratique au niveau de l'entreprise <sup>150</sup> ».

■ **226.** Toutefois, l'exercice de poursuites à l'encontre des représentants personnes physiques de la personne morale mise en cause n'est pas impératif.

Ces représentants peuvent bénéficier d'une procédure de composition pénale, conjointement à la procédure de CJIP ouverte à l'égard de la personne morale, lorsque le délit encouru est puni d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans.

Ils peuvent également faire l'objet d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), lorsque ce délit est puni d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans (article 495-7 du Code de procédure pénale).

Selon la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018, « l'opportunité de poursuivre la personne physique, ou de mettre en œuvre l'une des mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, devra faire l'objet d'une appréciation au cas par cas <sup>151</sup> ».

De même, les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par le procureur de

---

149. Lesquels sont applicables aux personnes physiques mises en cause à raison des mêmes faits que la personne morale.

150. REBUT (D.), « Les entreprises au service de la lutte contre la corruption : commentaire des mesures anticorruption de la loi Sapin 2 », *Bull. Joly Bourse*, 2017, n° 1, art. préc.

151. Circulaire JUSD1802971C du 31 janvier 2018 préc., p. 16.

la République financier et l'AFA le 26 juin 2019 énoncent-elles : « Pour les personnes physiques mises en cause, dirigeants et salariés (ou ex-dirigeants et salariés) de la personne morale concluant une CJIP, le PRF apprécie au cas par cas les suites susceptibles d'être données à leur situation <sup>152</sup>. »

### **b) Le déroulement de la procédure de CJIP**

■ **227.** L'article 41-1-2 du Code de procédure pénale réserve au procureur de la République le pouvoir de proposer la conclusion d'une CJIP.

En pratique, cependant, le représentant légal d'une personne morale intéressée à la conclusion d'une CJIP, ou son conseil, peut solliciter celle-ci du procureur de la République.

■ **228.** En tout état de cause, le procureur de la République apprécie, au cas par cas, l'opportunité d'ouvrir une procédure de CJIP.

À cet effet, la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018 l'invite à prendre en compte, outre les conditions légales posées par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale <sup>153</sup>, plusieurs autres critères, tels :

- ▶ « les antécédents de la personne morale » ;
- ▶ « le caractère volontaire de la révélation des faits » ;
- ▶ « le degré de coopération avec l'autorité judiciaire dont la personne morale fait preuve <sup>154</sup>. ».

■ **229.** Ces critères ont été précisés et complétés par les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par le procureur de la République financier et l'AFA le 26 juin 2019.

■ **230.** À titre liminaire, ces lignes directrices énoncent :

« [La CJIP] permettant aux entreprises d'échapper à une condamnation judiciaire et aux conséquences qui y sont attachées, elle doit être réservée aux situations dans lesquelles il apparaît conforme à l'intérêt public de ne pas engager de poursuites pénales [...]. Le recours à la CJIP satisfait l'intérêt public lorsqu'il permet de réduire sensiblement le délai d'enquête, d'assurer l'effectivité et la fermeté de la réponse judiciaire en réponse aux comportements poursuivis, d'assurer l'indemnisation du préjudice de la victime et contribue à la prévention de la récidive par la mise en place de dispositifs effectifs de détection des atteintes à la probité <sup>155</sup>. »

---

152. PRF et AFA, Lignes directrices préc.

153. Sur lesquelles, voir *supra* n° 9 et s.

154. Circulaire JUSD1802971C du 31 janvier 2018 préc., p. 16.

155. PRF et AFA, Lignes directrices préc.

Après quoi, les lignes directrices énumèrent les critères suivants, dont l'importance est variable :

- ▶ un niveau suffisant de preuves de la commission de faits qualifiés par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale ;
- ▶ l'absence de sanction antérieure pour des faits qualifiés par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale ;
- ▶ la mise en œuvre d'un programme de conformité effectif ;
- ▶ la coopération à l'enquête et la mise en œuvre d'investigations internes ;
- ▶ l'indemnisation de la victime.

■ **231.** Le déroulement de la procédure de CJIP, organisé par les articles 41-1-2 et 180-2 du Code de procédure pénale et le décret du 27 avril 2017, est détaillé par la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018.

■ **232.** En premier lieu, selon l'article R. 15-33-60-1 du Code de procédure pénale, « le procureur de la République informe par tout moyen la victime, lorsqu'elle est identifiée, de sa décision de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Il fixe alors le délai dans lequel elle peut lui transmettre tout élément de nature à établir la réalité et l'étendue de son préjudice. »

■ **233.** La circulaire du 31 janvier 2018 précise : « L'avis du procureur à la victime ne devra intervenir que si, aux termes d'une discussion informelle engagée avec la personne morale mise en cause, l'éventualité de la conclusion d'une CJIP est confirmée. Le procureur devra par ailleurs attirer l'attention de la victime sur la nécessité de ne donner aucune publicité à cet avis, avant que la CJIP ne soit formellement proposée à la personne morale mise en cause. »

La victime ne peut donc ni provoquer la conclusion d'une CJIP, ni s'opposer à la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une CJIP, ni recourir contre l'ordonnance du président du tribunal de grande instance validant la CJIP conclue.

■ **234.** En deuxième lieu, la proposition de CJIP, dont un modèle figure en annexe à la circulaire du 31 janvier 2018 <sup>156</sup>, doit être adressée aux représentants légaux de la personne morale mise en cause par lettre recommandée avec accusé de réception.

Elle contient :

- ▶ la dénomination sociale de la personne morale concernée ;
- ▶ un exposé précis des faits en cause, ainsi que de la qualification juridique susceptible de leur être appliquée ;

---

156. Annexe 1.

- ▶ la nature et le quantum des obligations proposées en application des 1° et 2° du I de l'article 41-1-2 – verser une amende d'intérêt public au Trésor public et se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'AFA, à un programme de mise en conformité ;
- ▶ le cas échéant, le montant maximal des frais exposés par l'AFA pour le contrôle de la mise en œuvre du programme de conformité et supportés par la personne morale mise en cause ;
- ▶ le cas échéant, le montant et les modalités de la réparation des dommages liés aux faits en cause.

Le procureur de la République doit également indiquer à la personne morale mise en cause le délai dans lequel celle-ci doit lui faire part de son acceptation ou de son refus de la proposition de CJIP.

Par ce même courrier, le procureur de la République informe les représentants légaux de la personne morale de la possibilité de la faire assister par un avocat.

■ **235.** En troisième lieu, l'article R. 15-33-60-2 du Code de procédure pénale prévoit deux modalités d'acceptation de la proposition de CJIP par la personne morale mise en cause, dans le délai imparti par le procureur de la République : un courrier signé de ses représentants légaux ou une déclaration faite par ceux-ci devant le procureur de la République, qui en dresse procès-verbal.

■ **236.** En dernier lieu, lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de CJIP, le procureur de la République saisit le président du tribunal de grande instance par une requête datée et signée aux fins de validation.

La requête est accompagnée de la proposition de CJIP acceptée par la personne morale mise en cause, de l'acte attestant de son accord, ainsi que de la procédure d'enquête ou d'instruction.

Elle est notifiée aux représentants légaux de la personne morale et, le cas échéant, à la victime par lettre recommandée avec accusé de réception.

Ces personnes sont également informées, selon les mêmes modalités, de la date, de l'heure et du lieu de l'audience publique à laquelle elles sont invitées à comparaître, ainsi que de la possibilité de s'y faire assister par un avocat.

■ **237.** Le président du tribunal de grande instance procède à l'audition, en audience publique, de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leur avocat.

À l'issue de cette audition, il prend la décision de valider ou non la proposition de CJIP, en vérifiant le bien-fondé du recours à la procédure de CJIP, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende d'intérêt public aux limites prévues par l'article 41-1-2, I, du



Code de procédure pénale, ainsi que la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements reprochés à la personne morale mise en cause.

La décision du président du tribunal de grande instance est notifiée à la personne morale mise en cause et, le cas échéant, à la victime.

Elle n'est pas susceptible de recours.

■ **238.** Si le président du tribunal de grande instance rend une ordonnance de validation, la personne morale mise en cause dispose d'un délai de dix jours, à compter du jour de la validation, pour exercer son droit de rétractation.

La rétractation est notifiée au procureur de la République par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Elle rend la proposition de CJIP caduque.

Si la personne morale mise en cause n'exerce pas son droit de rétractation dans le délai imparti, les obligations que comporte la CJIP sont mises à exécution.

■ **239.** Aux termes de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, la CJIP peut imposer à la personne morale mise en cause « une ou plusieurs des obligations suivantes :

1° Verser une amende d'intérêt public au Trésor public [...];

2° Se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du Code pénal. »

En pratique, toutefois, l'obligation de se soumettre à un programme de conformité ne peut pas être imposée à la personne morale mise en cause, lorsque celle-ci l'est à raison seulement de faits susceptibles de recevoir la qualification de fraude fiscale ou de blanchiment de fraude fiscale : le programme de conformité a, en effet, été conçu par la loi Sapin 2 pour favoriser la détection et la prévention des faits de corruption et de trafic d'influence, non de fraude fiscale et de blanchiment de fraude fiscale, ainsi qu'on l'a vu déjà <sup>157</sup>.

■ **240.** D'une part, l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale prévoit que le montant de l'amende d'intérêt public « est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois

---

157. Voir *supra* n° 11 et 12.

derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements ».

La circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018, puis les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par le PRF et l'AFA le 26 juin 2019, ont précisé les modalités d'évaluation des « avantages tirés des manquements constatés », d'une part, et les critères de détermination du montant de l'amende d'intérêt public dans la limite du plafond fixé par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, d'autre part.

■ **241.** S'agissant d'abord des modalités d'évaluation des avantages tirés des manquements constatés, la circulaire énonce que ces avantages « peuvent être ainsi évalués » :

- ▶ en matière de blanchiment de fraude fiscale, pourront être pris en compte les profits retirés par les établissements financiers grâce aux fonds blanchis ;
- ▶ en matière de corruption, il s'agit du profit direct et indirect retiré du marché obtenu frauduleusement » <sup>158</sup>.

■ **242.** S'agissant ensuite des critères de détermination du montant de l'amende d'intérêt public, les lignes directrices rappellent que ce montant « ne peut excéder 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat des manquements », en application de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale.

Après quoi, elles indiquent que « l'amende d'intérêt public comporte une dimension restitutive du profit illicite et une dimension punitive par l'application d'un coefficient multiplicateur calculé en fonction de l'application de plusieurs critères ».

À titre de « dimension restitutive », le montant de l'amende d'intérêt public est au moins égal au montant des « avantages tirés des manquements constatés », évalués de la manière que l'on a vue.

À titre de « dimension punitive », la gravité des manquements constatés est appréciée en prenant en compte notamment les facteurs de majoration et de minoration suivants.

---

158. Circulaire JUSD1802971C du 31 janvier 2018 préc., p. 17.

Facteurs majorants	Facteurs minorants
Corruption d'un agent public	Révélation spontanée des faits au Parquet avant l'ouverture de toute enquête pénale et dans un temps raisonnable
Personne morale entrant dans le champ d'application des articles 3 (3°) et 17 de la loi Sapin 2	Excellente coopération et investigations internes complètes et efficaces
Personne morale déjà condamnée/sanctionnée en France ou à l'étranger pour des faits de corruption	Programme de conformité effectif/mise en œuvre de mesures correctives et adaptation de l'organisation interne
L'utilisation de ressources de la personne morale pour dissimuler les faits de corruption	Mise en œuvre spontanée d'un programme de conformité par une personne morale qui n'y est pas obligée légalement
Caractère répété voire systémique des faits de corruption	

■ **243.** D'autre part, la soumission à un programme de conformité, lorsqu'elle est imposée à la personne morale mise en cause par la CJIP conclue avec le procureur de la République, consiste, pour cette personne, à mettre en place un programme de conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du Code pénal.

L'AFA est chargée d'assurer le contrôle de la mise en œuvre de ce programme de conformité, dont la durée ne peut excéder trois ans.

Pour exercer sa mission de contrôle, l'AFA peut recourir à des experts, des personnes ou des autorités qualifiées pour l'assister dans la réalisation d'analyses juridiques, financières, fiscales et comptables.

Les frais liés à ce recours sont supportés par la personne morale, dans la limite d'un plafond fixé par la CJIP conclue.

Ainsi conçue, l'obligation de se soumettre à un programme de conformité doit permettre à la personne morale mise en cause de mieux s'organiser pour prévenir efficacement le risque d'atteintes à la probité.

■ **244.** Les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, publiées conjointement par le PRF et l'AFA le

26 juin 2019, précisent les conditions de détermination de l'obligation de se soumettre à un programme de conformité, ainsi que celles de son contrôle par l'AFA.

■ **245.** S'agissant d'abord des conditions de détermination de l'obligation de se soumettre à un programme de conformité, les lignes directrices prévoient que le PRF examine l'opportunité d'imposer une telle obligation à la personne morale mise en cause en prenant en compte les trois éléments suivants, le cas échéant après consultation de l'AFA.

Tout d'abord, la détermination des mesures et procédures imposées à la personne morale mise en cause tient compte, le cas échéant, des conclusions d'un rapport de contrôle antérieurement établi par l'AFA sur le fondement de l'article 17 de la loi Sapin 2, lorsque ce rapport est suffisamment récent.

L'existence d'une obligation de mise en conformité imposée par une autorité étrangère peut également être prise en compte, à la condition que son objet soit proche des prescriptions de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale.

Ensuite, les lignes directrices prévoient que la durée du programme de conformité imposée doit être fixée à deux ans minimum, sans pouvoir excéder trois ans en application de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, afin de « permettre à l'AFA de s'assurer de l'effectivité et de la robustesse des mesures déployées ».

Enfin, l'AFA procède à une estimation du montant maximal des frais d'expertise nécessaires à l'exercice de sa mission de contrôle, sur la base des éléments pertinents et d'un questionnaire qui lui sont remis par la personne morale mise en cause, par l'intermédiaire du PRF <sup>159</sup>.

Son estimation repose sur le nombre d'heures nécessaires au contrôle du programme de conformité imposé à l'entreprise mise en cause.

Elle distingue les frais inhérents à la conception du programme de conformité de ceux imputables au contrôle de sa mise en œuvre.

■ **246.** Lorsque plusieurs autorités de poursuite nationales sont saisies des mêmes faits, reprochés à la même personne morale, et que la soumission de cette personne à un programme de conformité est envisagée par ces autorités, les lignes directrices recommandent la désignation d'un seul « moniteur » (*monitor*).

Elles estiment que ce moniteur doit être l'AFA, « dans l'hypothèse où la personne morale mise en cause a son siège social ou opérationnel en France, ou [...] exerce tout ou partie de son activité sur le territoire français ».

---

159. Questionnaire de calcul des frais, annexes 2 et 2 bis à la circulaire JUSD1802971C du 31 janvier 2018 préc.

Le contrôle du programme de conformité est alors exercé par l'AFA qui en informe le PRF, lequel en informe à son tour, le cas échéant, les autorités de poursuite étrangères, dans le respect des règles de l'entraide pénale internationale.

■ **247.** À cet égard également, la CJIP conclue entre le PRF et la Société générale le 24 mai 2018 constitue un précédent intéressant, relevé par la Commission.

Le Department of Justice américain, motif pris du contrôle exercé par l'AFA sur le programme de conformité imposé à la Société générale, a renoncé à imposer à cette dernière société la désignation d'un *monitor* dans le cadre du *deferred prosecution agreement* conclu avec elle.

Le communiqué de presse publié par le Department of Justice, à cette occasion, énonce : « *The company's significant remediation, together with the company's risk profile and ongoing monitoring by l'Agence française anticorruption, resulted in the Department determining that a monitor was not necessary in this case* <sup>160</sup>. »

Il indique que l'AFA a d'ores et déjà acquis une crédibilité vis-à-vis des autorités de poursuite américaines et que ces dernières voudront peut-être, à l'avenir, avoir pour doctrine de ne pas imposer la désignation d'un *monitor* à une entreprise mise en cause lorsque celle-ci sera placée sous le contrôle de l'AFA.

Cette doctrine s'est trouvée confortée par la CJIP conclue entre le PRF et la société Airbus SE le 29 janvier 2020.

### **c) Les conventions judiciaires d'intérêt public conclues**

■ **248.** Sur ces bases, dix CJIP avaient été conclues et validées, au jour de la remise de ce rapport, présentant les caractéristiques rassemblées dans le tableau reproduit en page suivante :

---

160. US Department of Justice, *press release*, 4 juin 2018.

Date	Procureur de la République	Personne morale mise en cause	Infractions en cause
30 octobre 2017	PRF	HSBC Private Bank (Suisse) SA	<ul style="list-style-type: none"> <li>démarchage bancaire et financier illicite de prospects français ou résidant sur le territoire national commis par des personnes non habilitées ;</li> <li>blanchiment aggravé de fraude fiscale.</li> </ul>
14 février 2018	Procureur de la République de Nanterre	SAS Set Environnement	<ul style="list-style-type: none"> <li>corruption publique active</li> </ul>
15 février 2018	Procureur de la République de Nanterre	SAS Kaeffer Wanner	<ul style="list-style-type: none"> <li>corruption publique active</li> </ul>
4 mai 2018	Procureur de la République de Nanterre	SAS Poujaud	<ul style="list-style-type: none"> <li>corruption publique active</li> </ul>
24 mai 2018	PRF	Société générale SA	<ul style="list-style-type: none"> <li>corruption active d'agents publics étrangers</li> </ul>
28 juin 2019	PRF	Carmignac Gestion	<ul style="list-style-type: none"> <li>fraude fiscale</li> <li>fraude fiscale aggravée</li> </ul>
12 septembre 2019	PRF	Google France Google Ireland Ltd	<ul style="list-style-type: none"> <li>soustraction volontaire à l'établissement de l'impôt sur les sociétés ;</li> <li>complicité de soustraction volontaire à l'établissement de l'impôt sur les sociétés.</li> </ul>
28 novembre 2019	PRF	SAS Egis Avia	<ul style="list-style-type: none"> <li>corruption d'agent public étranger</li> </ul>
10 janvier 2020	PRF	Bank of China	<ul style="list-style-type: none"> <li>blanchiment de fraude fiscale</li> </ul>
29 janvier 2020	PRF	Airbus SE	<ul style="list-style-type: none"> <li>corruption d'agent public étranger ;</li> <li>corruption privée.</li> </ul>

Montant de l'amende d'intérêt public	Obligation de mise en conformité	Accord simultané avec des autorités de poursuite étrangères
157 975 422 euros	Non	Non
800 000 euros	Oui	Non
2 710 000 euros	Oui	Non
420 000 euros	Oui	Non
250 150 755 euros	Oui	Oui : <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>deferred prosecution agreement</i> avec le Department of Justice</li> <li>• <i>guilty plea agreement</i> avec le US Attorney's Office for Eastern District of New York</li> </ul>
30 000 000 euros	Non	Non
500 000 000 euros	Non	Non
2 600 000 euros	Non	
3 000 000 euros	Non	
2 083 137 455 euros	Oui	Oui : <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>deferred prosecution agreement</i> avec le Department of Justice ;</li> <li>• <i>deferred prosecution agreement</i> avec le Serious Fraud Office</li> </ul>

■ **249.** Après avoir examiné chacune de ces CJIP, ainsi que leurs ordonnances de validation, la Commission a constaté en particulier que :

- ▶ sept CJIP avaient été conclues avec le PRF, trois avec le procureur de la République de Nanterre ;
- ▶ six CJIP avaient été conclues avec des personnes morales ayant leur siège en France, cinq avec des personnes morales ayant leur siège à l'étranger ;
- ▶ six CJIP avaient été conclues pour des faits qualifiables d'atteinte à la probité, quatre pour des faits qualifiables de fraude fiscale ou de blanchiment de fraude fiscale ;
- ▶ les dix CJIP avaient imposé à la personne morale mise en cause une amende d'intérêt public d'un montant minimal de 420 000 euros, d'un montant maximal de 2 083 137 455 euros et d'un montant moyen de 303 079 363,20 euros ;
- ▶ ensemble les dix CJIP avaient imposé aux personnes morales mises en cause des amendes d'intérêt public pour un montant total de 3 030 793 632,00 euros ;
- ▶ cinq CJIP avaient imposé à la personne morale mise en cause de soumettre à un programme de mise en conformité – programmes ayant fait l'objet de rapports de contrôle d'exécution remis au Parquet <sup>161</sup> –, cinq ne le lui avaient pas imposé, en présence de faits qualifiables de fraude fiscale ou de blanchiment de fraude fiscale ;
- ▶ deux CJIP avaient été conclues concomitamment avec d'autres accords conclus avec des autorités de poursuite étrangères.

■ **250.** La Commission a conclu que la CJIP, quoiqu'étrangère à la tradition juridique française, avait été rapidement appropriée par le ministère public, en particulier le PRF et le procureur de la République de Nanterre, et que son dispositif actuel, utilement complété par la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018, la dépêche de la même direction du 21 mars 2019 et les lignes directrices publiées conjointement le PRF et l'AFA le 26 juin 2019, donnait globalement satisfaction.

Elle est donc convenue de concentrer ses réflexions sur l'opportunité d'étendre le domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques, ainsi qu'à des infractions supplémentaires.

## **2. Les possibilités d'extension du domaine de la convention judiciaire d'intérêt public**

■ **251.** En préambule de ces réflexions, la Commission a souhaité, de manière unanime, réaffirmer que l'objectif poursuivi par la CJIP n'est pas d'exonérer les personnes morales de leur responsabilité pénale mais, au contraire, d'accélérer leur sanction et de rendre cette sanction plus certaine qu'elle ne le serait à l'issue d'un procès pénal, dans un souci d'efficacité.

---

161. Rapport d'activité de l'Agence française anticorruption pour l'année 2019, p. 30.



Elle a dit, toutefois, avoir conscience qu'un sentiment différent, voyant dans la CJIP une cause « d'impunité » des personnes morales, existait dans l'opinion publique.

Elle a entendu, à ce propos, le représentant d'une organisation non gouvernementale qui s'est dit, au cours de son audition, opposé au principe même de la CJIP pour ce motif.

■ **252.** Après quoi, les réflexions de la Commission ont porté sur l'opportunité d'étendre le domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques et à des infractions supplémentaires, ainsi que d'instituer une compétence exclusive du PRF pour conclure une CJIP.

#### ***a) L'extension du domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques***

■ **253.** Plusieurs membres de la Commission et personnalités auditionnées se sont prononcés en faveur de l'extension du domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques, à l'instar du *deferred prosecution agreement* de droit américain, tout en soulignant la création récente de la CJIP, en rupture avec la tradition juridique française, et le risque de contribuer ainsi à nourrir le sentiment d'impunité des dirigeants des grandes entreprises dans l'opinion publique.

Ils ont constaté en particulier que, en l'état actuel du droit français, les mêmes faits de corruption ou de trafic d'influence, par exemple, pouvaient donner lieu à la conclusion d'une CJIP avec la personne morale mise en cause, d'une part, et à l'exercice de poursuites à l'encontre des représentants personnes physiques de celle-ci, d'autre part.

Ils ont exprimé la crainte que cette situation puisse être de nature à détourner les représentants personnes physiques de la personne morale de conclure une CJIP au nom et pour le compte de celle-ci.

■ **254.** D'autres membres de la Commission et personnalités auditionnées ont observé, en retour, que l'exercice de poursuites à l'encontre des représentants physiques de la personne morale mise en cause n'était pas impératif et que ces représentants pouvaient également bénéficier, le cas échéant, d'une procédure alternative aux poursuites, en parallèle de la procédure de CJIP ouverte à l'égard de la personne morale : composition pénale, pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans, et comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans.

Ils ont rappelé que cette possibilité était, au demeurant, expressément envisagée par la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018<sup>162</sup>, de même que par les Lignes directrices

---

162. Circulaire JUSD1802971C du 31 janvier 2018 préc., p. 16.

sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par le procureur de la République financier et l'AFA le 26 juin 2019 <sup>163</sup>.

■ **255.** En définitive, l'idée s'est progressivement imposée, au sein de la Commission, que la CJIP était un instrument de création récente, en forte rupture avec la tradition juridique française, dont l'extension prématurée aux personnes physiques risquerait de ne pas être comprise de l'opinion publique.

La Commission est donc convenue de ne pas recommander, à brève échéance, l'extension du domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques et de considérer cette éventualité à plus long terme.

Une conclusion différente s'est dégagée au sujet de l'extension du domaine d'application de la CJIP à des infractions supplémentaires.

### ***b) L'extension du domaine d'application de la CJIP à des infractions supplémentaires***

■ **256.** À cet autre propos, plusieurs membres de la Commission et personnalités auditionnées ont exprimé le souhait que le domaine d'application de la CJIP soit étendu aux infractions relevant de la délinquance économique et financière des entreprises de manière générale, voire de la délinquance environnementale de celles-ci.

■ **257.** Sur un plan technique, d'autres membres de la Commission ont fait valoir en retour que l'extension du domaine d'application de la CJIP aux infractions de fraude fiscale et de blanchiment de fraude fiscale, au cours des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi Sapin 2, était la source d'incohérences auxquelles il conviendrait de remédier au préalable.

Elle empêche, en pratique, le procureur de la République de soumettre la personne morale mise en cause pour des faits de fraude fiscale ou de blanchiment de fraude fiscale à un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA, ainsi que le prévoit pourtant l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, dans la mesure où le programme de conformité a été conçu par la loi Sapin 2 pour favoriser la détection et la prévention des faits de corruption et de trafic d'influence.

■ **258.** Plus fondamentalement, l'idée s'est en définitive imposée au sein de la Commission que le domaine d'application de la CJIP avait naturellement vocation à être étendu à la plupart des infractions relevant de la délinquance économique et financière des entreprises, de même qu'aux infractions portant atteinte à l'environnement, sur le long terme.

---

163. PRF et AFA, Lignes directrices préc.

La Commission a relevé, à ce propos, que la procédure de composition administrative existant devant l'Autorité des marchés financiers (AMF) avait connu une évolution comparable : introduite d'abord par une loi du 22 octobre 2010, avec un domaine d'application limité aux manquements aux règles professionnelles applicables aux prestataires de services d'investissement<sup>164</sup>, cette procédure transactionnelle en matière répressive a été étendue ensuite par une loi du 21 juin 2016 aux abus de marché, aux manquements aux obligations destinées à en prévenir la survenance et aux manquements en matière d'information financière<sup>165</sup>.

Elle a constaté également que le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, adopté par le Sénat en première lecture le 3 mars 2020, propose d'ores et déjà d'étendre le domaine d'application matériel de la CJIP à certaines infractions portant atteinte à l'environnement<sup>166</sup>.

### **3. L'institution d'une compétence exclusive du procureur de la République financier**

■ **259.** Enfin, la possibilité a été suggérée, au cours des auditions réalisées par la Commission, d'instituer une compétence exclusive du PRF pour conclure une CJIP.

■ **260.** La Commission a relevé, à ce propos, que les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par l'AFA et le PRF ne concernant que ce dernier procureur, la question se trouvait posée de savoir si celles-ci avaient vocation à s'appliquer aussi aux autres procureurs de la République, qui disposent également du pouvoir de conclure une CJIP avec une entreprise mise en cause pour des faits de corruption et ont exercé ce pouvoir à plusieurs reprises déjà<sup>167</sup>.

Il ne serait pas opportun, en effet, que puissent naître des pratiques, différentes selon les Parquets, sur les conditions requises pour pouvoir bénéficier de la conclusion d'une CJIP, les modalités de détermination de l'amende d'intérêt public et les conditions d'imposition d'une obligation de mise en conformité.

■ **261.** L'observation a été faite, en retour, que l'institution d'une compétence exclusive du PRF pour conclure une CJIP risquerait de marginaliser les Parquets de province, en particulier, et d'accréditer les idées selon lesquelles la CJIP serait un instrument de justice réservé aux grandes entreprises et la corruption un sujet principalement « parisien ».

---

164. Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010.

165. Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016.

166. <https://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/vers-des-conventions-judiciaires-dinteret-public-vertes/>.

167. Voir *supra* n° 45 et 46.

La Commission n'a donc pas souhaité s'engager dans cette voie.

Elle a estimé que le risque de divergences à naître entre le PRF et les autres procureurs de la République, en matière de CJIP, était déjà en partie remédié par la circulaire du 31 janvier 2018 et la dépêche du 21 mars 2019 de la Direction des affaires criminelles et des grâces, indistinctement adressées à tous les procureurs de la République.

Elle a souhaité recommander, néanmoins, que ces textes puissent être revus par la Direction des affaires criminelles et des grâces, de manière à y intégrer les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par le PRF et l'AFA, afin de rendre celles-ci indistinctement applicables à l'ensemble des procureurs de la République.

#### **4. Les recommandations de la commission**

■ **262.** La Commission a voulu, en préambule, réaffirmer que l'objectif poursuivi par la CJIP n'est pas d'exonérer les personnes morales de leur responsabilité pénale mais, au contraire, d'accélérer leur sanction et de rendre cette sanction plus certaine qu'elle ne le serait à l'issue d'un procès pénal, dans un souci d'efficacité.

Elle a dit avoir conscience, toutefois, qu'un sentiment différent voyant parfois dans la CJIP une cause d'impunité des personnes morales existait dans l'opinion publique.

■ **263.** À l'issue d'un examen de détail, la Commission a conclu que la CJIP, quoiqu'étrangère à la tradition juridique française, avait été rapidement appropriée par le ministère public, en particulier le PRF et le procureur de la République de Nanterre, et que son dispositif actuel, utilement complété par la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018, la dépêche de la même direction du 21 mars 2019 et les lignes directrices publiées conjointement par le PRF et l'AFA le 26 juin 2019, donnait globalement satisfaction.

Elle a approuvé, en particulier, les CJIP conclues entre le PRF et la Société générale le 24 mai 2018, puis entre le PRF et la société Airbus SE le 29 janvier 2020, comme constituant les premières conventions de ce type conclues à raison de faits susceptibles de recevoir la qualification de corruption d'agent public étranger, au terme d'enquêtes conduites en parallèle avec des autorités de poursuite étrangères et concomitamment à des accords de transaction pénale passés avec les mêmes autorités.

Elle est donc convenue de concentrer ses réflexions sur l'opportunité d'étendre le domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques, ainsi qu'à des infractions supplémentaires.

■ **264.** À l'issue de ces réflexions, la Commission a conclu que la CJIP était un instrument de création récente, en rupture avec la tradition juridique

française, qui devait être consolidé et dont l'extension prématurée aux personnes physiques pourrait ne pas être comprise de l'opinion publique.

Elle a donc résolu de ne pas recommander, à brève échéance, l'extension du domaine d'application de la CJIP aux personnes physiques, mais de considérer cette éventualité sur le plus long terme.

La Commission a considéré, en revanche, que le domaine d'application de la CJIP avait naturellement vocation à être étendu à la plupart des infractions relevant de la délinquance économique et financière des entreprises, de même qu'aux infractions portant atteinte à l'environnement, sur le long terme.

Elle a observé, à ce propos, que la procédure de composition administrative existant devant l'AMF avait connu une évolution comparable : introduite d'abord par une loi du 22 octobre 2010 avec un domaine d'application limité aux manquements aux règles professionnelles applicables aux prestataires de services d'investissement, cette procédure transactionnelle en matière répressive a été étendue ensuite par une loi du 21 juin 2016 aux abus de marché, aux manquements aux obligations destinées à en prévenir la survenance et aux manquements en matière d'information financière.

■ **265.** Enfin, la Commission n'a pas souhaité recommander l'institution d'une compétence exclusive du PRF pour conclure une CJIP, de crainte de marginaliser les parquets de province et d'accréditer les idées que la CJIP serait un instrument de justice réservé aux grandes entreprises et la corruption un sujet principalement parisien.

Elle a estimé que le risque de divergences éventuelles à naître entre le PRF et les autres procureurs de la République, en matière de CJIP, était déjà en partie remédié par la circulaire du 31 janvier 2018 et la dépêche du 21 mars 2019 de la Direction des affaires criminelles et des grâces, indistinctement adressées à tous les procureurs de la République.

Elle a souhaité recommander, néanmoins, que ces textes puissent être revus par la Direction des affaires criminelles et des grâces, de manière à y intégrer les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par le PRF et l'AFA, afin de rendre celle-ci indistinctement applicable à l'ensemble des procureurs de la République.

# PARTIE II



## **BÂTIR UN MODÈLE EUROPÉEN DE *COMPLIANCE* EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

---

# CHAPITRE I

---

## COMPLÉTER L'ACQUIS EUROPÉEN EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

---

■ **266.** L'examen des lettres de mission adressées par la nouvelle présidente de la Commission européenne, Ursula Van der Leyen, aux commissaires désignés par les États membres, a montré qu'aucune d'entre elles ne mentionnait la lutte contre la corruption comme un objectif de la future mandature <sup>168</sup>.

De manière toute aussi révélatrice, seules trois listes, parmi les trente-quatre listes présentées par la France aux élections européennes d'avril 2019, ont présenté la lutte contre la corruption comme un enjeu dans leur profession de foi <sup>169</sup>.

Ces différents éléments nourrissent le sentiment que la lutte contre la corruption n'est pas une priorité pour l'Union européenne.

■ **267.** Pourtant, une étude sur la corruption réalisée en 2017 par l'Eurobaromètre a rappelé que la corruption représente une préoccupation majeure, de même qu'une pratique jugée inacceptable, pour près de trois citoyens européens sur quatre <sup>170</sup>.

■ **268.** En effet, la corruption, quelle que soit sa forme, affecte profondément les États membres, leurs citoyens, ainsi que l'Union européenne dans son ensemble.

■ **269.** Elle représente, tout d'abord, une entrave au fonctionnement du marché intérieur, en créant des distorsions de concurrence entre les entreprises ayant recours à des pratiques corruptives et les autres.

Elle entraîne une diminution des niveaux d'investissement et réduit le niveau des fonds publics disponibles <sup>171</sup>.

À cet égard, il est utile de rappeler que, dans son premier rapport anticorruption publié en 2014 <sup>172</sup>, la Commission européenne a évalué le coût de la corruption à 120 milliards d'euros, soit 1 % du Produit intérieur brut (PIB) de l'Union européenne.

---

168. [https://ec.europa.eu/commission/interim/commissioners-designate\\_fr](https://ec.europa.eu/commission/interim/commissioners-designate_fr)

169. <https://programme-candidats.interieur.gouv.fr/>

170. Enquête Eurobaromètre, *Corruption*, n° 470, octobre 2017.

171. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, la lutte contre la corruption dans l'Union européenne, 6 juin 2011, COM (2011) 308 final.

172. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport anticorruption de l'Union européenne, 3 février 2014, COM (2014) 38.

Une autre étude publiée en 2016 par le *think tank* Research and Development (RAND) Europe, et reprise par le Parlement européen, estimait que la corruption coûte entre 179 et 990 milliards d'euros à l'Union européenne chaque année <sup>173</sup>.

■ **270.** Le recours à des actes de corruption permet, ensuite, de faciliter l'organisation des groupes criminels et de favoriser leur infiltration dans l'économie licite <sup>174</sup>.

Un rapport du Parlement européen publié le 7 octobre 2016 a explicitement établi ce lien dans les termes suivants :

« Considérant que la finalité première de la criminalité organisée est le profit ; qu'il faut dès lors que les services répressifs disposent des capacités nécessaires pour cibler son financement, souvent indissociable de la corruption, de la fraude, de la contrefaçon et de la contrebande <sup>175</sup>. »

Le rapport d'Europol du 28 février 2017, intitulé *Serious and organised crime threat assessment (SOCTA)*, a également montré que les groupes de criminalité organisée ont souvent recours à la corruption pour faciliter leurs activités <sup>176</sup>.

■ **271.** Enfin, la corruption met en péril les démocraties européennes, dans la mesure où elle affecte la confiance des citoyens dans le fonctionnement des institutions publiques et du marché <sup>177</sup>.

La directrice du programme européen du Center for Strategic and International Studies a déclaré, à ce propos :

« *The level of corruption has now reached a point where it is an existential threat to the democratic integrity and national security of EU Member States as well as the unity of the EU itself* <sup>178</sup>. »

■ **272.** Conscient de l'ensemble de ces risques, Jean-Claude Juncker, président de la Commission européenne de 2014 à 2019, a rappelé, lors de la cérémonie d'ouverture de la présidence par la Roumanie du Conseil de l'Union européenne :

« Oui, l'Union européenne est faite de compromis, mais lorsqu'il s'agit des droits humains, lorsqu'il s'agit de l'État de droit, lorsqu'il s'agit du respect

---

173. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS\\_STU\(2016\)579319\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU(2016)579319_EN.pdf)

174. GAYRAUD (J.-F.), « Un nouveau capitalisme criminel : dérégulation aveugle, géantes scènes de crimes », *Revue française de criminologie et de droit pénal*, n° 3, octobre 2014, p. 77 s.

175. Rapport sur la lutte contre la corruption et le suivi de la résolution de la Commission CRIM (2015/2110 (INI)), 7 octobre 2016, 18-0284/2016.

176. *Serious and organised crime threat assessment*, Europol, 2017, p. 16.

177. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *op. cit.*

178. Judy Asks: Is the EU Too Lax on Corruption? Judy Dempsey, Carnegie Europe, disponible sur <https://carnegieeurope.eu/strategieurope/77468>, consulté le 16 octobre 2019.



de la règle de droit, lorsqu'il s'agit de la lutte contre la corruption, il n'y a pas de compromis possible <sup>179</sup>. »

■ **273.** Si l'on ne peut que se réjouir du fait que Jean-Claude Juncker ait ainsi souhaité donner une importance majeure au sujet, l'examen du cadre juridique développé par l'Union européenne pour lutter contre la corruption montre que l'acquis européen en la matière reste insuffisant.

## **A. UN ENSEMBLE JURIDIQUE ÉCLATÉ**

### **1. Le mouvement d'internationalisation de la lutte contre la corruption**

■ **274.** En réaction à l'adoption aux Etats-Unis en 1977 du Foreign Corrupt and Practices Act (FCPA) , plusieurs groupes d'États ont négocié des conventions de lutte contre la corruption à la fin des années 1990 et au début des années 2000.

■ **275.** Le 17 décembre 1997, la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'Organisation de la coopération et du développement économique (OCDE) a été signée à Paris.

La Convention de l'OCDE prévoit, dans son article 1<sup>er</sup>, que :

« Chaque partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international. »

Les paragraphes 1 et 2 de l'article 4 de la Convention ajoutent, au sujet de la compétence des États signataires :

« 1. Chaque partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire.

2. Chaque partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes. »

Cette législation s'inspire nettement du FCPA américain, notamment en ce qu'elle restreint son champ d'application à la corruption d'agents

---

179. [https://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-19-325\\_fr.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-19-325_fr.htm)

publics étrangers, à la corruption active – et non passive –, ainsi qu'aux actes illégaux dans le but de conserver ou d'obtenir un marché <sup>180</sup>.

La Convention est entrée en vigueur le 15 février 1999 et quarante-quatre États l'ont ratifiée à ce jour, dont huit États qui ne sont pas membres de l'OCDE <sup>181</sup>.

## **2. La multiplication des initiatives régionales en matière de lutte contre la corruption**

■ **276.** Parallèlement, plusieurs conventions internationales à portée régionale ont été adoptées.

■ **277.** L'Organisation des États américains (OEA) a adopté la Convention interaméricaine contre la corruption le 29 mars 1996.

■ **278.** De même, le Conseil de l'Europe s'est doté l'année suivante d'une Convention pénale sur la corruption, ouverte à la signature le 27 janvier 1999, complétée d'une Convention civile ouverte à la signature le 4 novembre 1999, puis d'un protocole additionnel à la Convention pénale ouvert à la signature le 15 mai 2003.

La Convention pénale du Conseil de l'Europe couvre de nombreuses hypothèses de corruption.

La corruption active ou passive d'agents publics nationaux (articles 2 et 3), la corruption de membres d'assemblées publiques nationales (article 4), la corruption d'agents publics étrangers (article 5), la corruption de membres d'assemblées publiques étrangères (article 6), la corruption active ou passive dans le secteur privé (articles 7 et 8), la corruption de fonctionnaires internationaux (article 9), la corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales (articles 10), et la corruption de juges et d'agents de cours internationales (article 11) sont envisagées.

Elle définit en outre, dans son article 1<sup>er</sup>, l'agent public comme étant un « "fonctionnaire", "officier public", "maire", "ministre" ou "juge" dans le droit national de l'État dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal ».

■ **279.** L'Union africaine a également adopté, le 11 juillet 2003, sa propre Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption.

■ **280.** Il convient de souligner que tous ces instruments internationaux prévoient, a minima, l'incrimination de la corruption publique nationale, ainsi que de la corruption active d'agent public étranger <sup>182</sup>.

---

180. BREEN (E.), FCPA. La France face au droit américain de la lutte anticorruption, Joly, 2017, p. 24.

181. <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGBRatificationStatus.pdf>

182. ZANIN (H.), *La Lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal*, thèse présentée le 29 septembre 2016, université Paris-Saclay, p. 35.

■ **281.** Ce mouvement s'est achevé dans une initiative de portée universelle, avec l'adoption de la Convention des Nations unies contre la corruption, ouverte à la signature le 9 décembre 2003 à Merida, au Mexique.

Celle-ci prévoit, dans son article 1<sup>er</sup>, que :

« La présente convention a pour objet :

- a) De promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace ;
- b) De promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs ;
- c) De promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics. »

■ **282.** C'est dans ce contexte d'émergence de normes régionales, puis internationales, destinées à lutter contre la corruption que sont nées les premières initiatives de l'Union européenne en la matière.

### **3. Le développement tardif du droit de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption**

■ **283.** La première tentative d'imposer dans la législation des États membres de l'Union européenne l'infraction de corruption active et passive remonte à 1976, date à laquelle a été présenté un projet de traité « portant modification des traités instituant les Communautés européennes en vue d'adopter une réglementation commune sur la protection pénale des intérêts financiers des Communautés ainsi que sur la poursuite des infractions aux dispositions desdits traités <sup>183</sup>. »

Les articles 3 et 5 du protocole annexé à ce projet prévoyaient l'obligation, pour chaque État membre de la Communauté européenne, de sanctionner de manière équivalente la corruption active ou passive d'un fonctionnaire national, ainsi que d'un fonctionnaire de la Communauté européenne <sup>184</sup>.

Le projet n'a pas abouti, mais le principe d'assimilation sur lequel il reposait, consistant à imposer aux États membres d'accorder aux intérêts des Communautés un degré de protection équivalent à celui accordé à leurs propres intérêts <sup>185</sup>, sera repris dans la première convention de l'Union européenne relative à la répression de la corruption.

■ **284.** Bien qu'elle puisse être comprise comme participant du troisième pilier du traité de Maastricht, relatif à la coopération policière et judiciaire

---

183. Proposition de la Commission du 19 août 1976, JOCE C 222 du 22 septembre 1976, p. 13-17, spéc. p. 15.

184. ZANIN (H.), *La Lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal*, thèse présentée le 29 septembre 2016, université Paris-Saclay, p. 45.

185. FLORE (D.), *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Larcier, Bruxelles, 2014, p. 307.

en matière pénale, la lutte contre la corruption ne figure pas expressément dans ce pilier et nécessite, en conséquence, d'être adossée à un objectif plus large <sup>186</sup>.

■ **285.** La lutte contre la corruption a ainsi été tout d'abord conçue comme participant de la « protection des intérêts financiers de l'Union européenne », ainsi que l'a illustré en particulier une résolution du Conseil du 6 décembre 1994 rédigée en ces termes <sup>187</sup> :

« Les États membres devraient prendre des mesures efficaces pour sanctionner la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes et concernant les intérêts financiers des Communautés. »

Un an plus tard, la première convention relative à la protection des intérêts financiers visant à réprimer la fraude a été adoptée le 26 juillet 1995 <sup>188</sup>.

■ **286.** Cette convention a ensuite été complétée, le 27 septembre 1996, par un protocole qui a imposé l'incrimination de la corruption active et passive des fonctionnaires nationaux et communautaires.

Le protocole définit la corruption passive comme :

« [...] Le fait intentionnel, pour un fonctionnaire, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages, de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction, qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes <sup>189</sup>. »

La corruption active est, quant à elle, définie dans les termes suivants :

« [...] Est constitutif de corruption active le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un fonctionnaire, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes. »

---

186. ZANIN (H.), *La Lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal*, thèse présentée le 29 septembre 2016, université Paris-Saclay, p. 46.

187. Résolution du Conseil, du 6 décembre 1994, relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés, JOCE C 355 du 14 décembre 1994, p. 2-3.

188. Convention établie sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes

189. Acte du Conseil établissant un protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, 27 septembre 1996.

Il convient de souligner que la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes de 1995, de même que son protocole de 1996, limitent expressément les hypothèses de corruption aux actes susceptibles de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

■ **287.** Ces premières initiatives ont été rapidement prolongées par une Convention sur la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, adoptée en 1997<sup>190</sup>.

Cette autre convention présente le mérite d'appréhender tous les actes de corruption publique, même lorsque ceux-ci ne visent pas à obtenir ou à conserver un marché<sup>191</sup>.

L'article 1<sup>er</sup> de la convention énonce :

« Aux fins de la présente convention :

- a) l'expression "fonctionnaire" désigne tout fonctionnaire tant communautaire que national, y compris tout fonctionnaire national d'un autre État membre ;
- b) l'expression "fonctionnaire communautaire" désigne :
  - toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent engagé par contrat au sens du statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes,
  - toute personne mise à la disposition des Communautés européennes par les États membres ou par tout organisme public ou privé, qui exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents des Communautés européennes.

Les membres des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes et le personnel de ces organismes sont assimilés aux fonctionnaires communautaires lorsque le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou le régime applicable aux autres agents des Communautés européennes ne leur sont pas applicables ;

- c) l'expression "fonctionnaire national" est interprétée par référence à la définition de "fonctionnaire" ou d'"officier public" dans le droit national de l'État membre où la personne en question présente cette qualité aux fins de l'application du droit pénal de cet État membre. »

La Convention de 1997 relative à la lutte contre la corruption souffre toutefois d'un certain manque d'ambition, dans la mesure où elle

---

190. Acte du Conseil du 26 mai 1997 établissant la convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne.

191. ZANIN (H.), *La Lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal*, thèse présentée le 29 septembre 2016, université Paris-Saclay, p. 46.

n'envisage l'incrimination de corruption active ou passive que lorsque celle-ci est commise par des fonctionnaires – excluant de ce fait les membres du Gouvernement, les élus et les agents contractuels chargés d'une mission de service public.

La corruption y est donc définie de manière plus étroite que dans les conventions de l'OCDE, du Conseil de l'Europe ou des Nations Unies <sup>192</sup>.

■ **288.** La personne corrompue doit, tout d'abord, être un fonctionnaire, notion moins étendue que celle d'agent public.

Ensuite, seule la corruption des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne est concernée par cette convention.

À titre d'exemple, la situation dans laquelle le responsable d'une entreprise européenne, afin d'obtenir un contrat dans un État africain, verserait des pots-de-vin à des agents publics locaux, n'est pas envisagée par la convention <sup>193</sup>.

Enfin, à la différence de la Convention pénale du Conseil de l'Europe et de la Convention de Mérida, la corruption n'est envisagée que dans un cadre public, et non privé – lacune que tentera de corriger ultérieurement la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003.

Au surplus, l'entrée en vigueur tardive de la convention, le 28 septembre 2005, de même que l'absence de création d'un mécanisme de suivi et d'évaluation par les pairs (*peer review*), ont achevé de sceller son inefficacité <sup>194</sup>.

■ **289.** Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999, a ouvert la possibilité de légiférer par voie de décision-cadre en matière de lutte contre la corruption.

Les effets d'une décision-cadre sont identiques à ceux d'une directive, à l'exception de l'effet direct, c'est-à-dire que les décisions-cadres ne créent pas directement de droits au profit des justiciables dont ceux-ci pourraient réclamer l'application directe par les juridictions nationales.

Le traité d'Amsterdam a également consacré la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice », défini par son article 29 dans les termes suivants :

« Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une

---

192. Voir *infra* n° 277 à 288.

193. LELIEUR (J.), « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in BONFILS (P.), MUCCHIELLI (L.), ROUX (A.) (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. « Droits, pouvoirs et sociétés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 101.

194. Voir *infra* n° 313.

action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes.

Cet objectif est atteint par la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre des enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude. »

### Définition de la décision-cadre

Les décisions-cadres étaient définies à l'article 34, 2, b) du traité sur l'Union européenne de 2002 (2002/C 325/01), lequel énonçait :

« Le Conseil, sous la forme et selon les procédures appropriées indiquées dans le présent titre, prend des mesures et favorise la coopération en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union. À cet effet, il peut, statuant à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la commission :

[...]

b) arrêter des décisions-cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Les décisions-cadres lient les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elles ne peuvent entraîner d'effet direct. »

Il n'est plus possible d'adopter des décisions-cadres depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne de 2009.

■ **290.** Ce n'est donc pas dans le cadre relatif à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, mais dans ce nouveau cadre institué par le traité d'Amsterdam, que s'est inscrite la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

L'innovation majeure de ce dernier texte, qui reprend la définition de la corruption active et passive adoptée par le protocole du 27 septembre 1996, réside dans l'extension de l'incrimination de la corruption au secteur privé<sup>195</sup>.

■ **291.** La décision-cadre demande aux États membres de mettre en place des sanctions efficaces et proportionnées, détaillées dans son article 4 :

<sup>195</sup>. CASSUTO (T), « Législation de l'Union européenne en matière de corruption et trafic d'influence », *AJ Pénal*, 2015, p. 343.

« 2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les actes visés à l'article 2 soient passibles d'une peine maximale d'au moins 1 à 3 ans d'emprisonnement.

3. Chaque État membre prend, conformément à ses règles et à ses principes constitutionnels, les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne physique qui, dans le cadre d'une activité professionnelle spécifique, a été condamnée pour un acte visé à l'article 2, soit, le cas échéant, au moins lorsqu'elle a occupé une position de direction dans une entreprise, déchu temporairement du droit d'exercer cette activité professionnelle ou une activité professionnelle comparable dans une position ou une fonction similaire, s'il résulte des faits constatés qu'il existe un risque manifeste de la voir abuser de sa position ou de sa charge par corruption active ou passive. »

■ **292.** La décision-cadre énonce également que les États membres sont compétents lorsque l'infraction a été commise, en tout ou partie sur leur territoire, si l'auteur de l'infraction est l'un de ses ressortissants, ou si l'infraction a été commise pour le compte d'une personne qui a son siège sur le territoire de l'État membre <sup>196</sup>.

En France, cette décision-cadre a été transposée par la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 aux articles 445-1 et suivants du Code pénal, mais l'infraction n'a que rarement été mise en œuvre par les tribunaux <sup>197</sup>.

■ **293.** L'Union européenne a également adhéré à la Convention de Mérida du 28 septembre 2003, auxquelles étaient déjà parties l'ensemble des États membres de l'Union européenne – à l'exception de l'Estonie, qui l'a signée le 12 avril 2010 – par une décision du Conseil de l'Union Européenne du 25 septembre 2008 (2008/801/CE).

■ **294.** Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, la corruption est devenue l'un des dix « eurocrimes » énumérés à l'article 83 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), pour lesquels l'Union européenne dispose de la compétence nécessaire pour adopter des directives visant à définir les infractions et prévoir des sanctions.

### Article 83 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

« 1. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.

<sup>196.</sup> Article 7 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

<sup>197.</sup> Audition du 13 septembre 2019.



Ces domaines de criminalité sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen. »

L'intégration de la corruption à cette liste ne surprend pas, celle-ci revêtant de plus en plus une dimension transnationale et pouvant constituer un instrument du crime organisé<sup>198</sup>.

■ **295.** L'innovation majeure du traité de Lisbonne, qui marque « un tournant décisif dans l'eupéanisation du droit pénal<sup>199</sup> », réside dans le passage d'une logique intergouvernementale à une logique communautaire pour la matière pénale<sup>200</sup>.

Certains y ont vu la naissance d'une ère nouvelle, marquée par le déclin de la souveraineté absolue des États membres en matière pénale et l'avènement progressif d'une compétence de l'Union européenne : « Le temps où l'on pouvait dire entière la souveraineté pénale des États membres, où l'on pouvait analyser comme une illusion l'existence ne serait-ce que d'un système pénal européen embryonnaire est donc bien révolu. La reconnaissance d'une compétence pénale de l'Union européenne n'est pourtant pas une rupture radicale, mais, au contraire, la concrétisation d'une longue évolution<sup>201</sup>. »

■ **296.** La directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 « relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union » a accompagné la création du Parquet européen, dont la compétence a été limitée, par le règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017, aux infractions prévues par cette directive.

#### **Article 4 du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017** **Missions**

« Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qui sont prévus par la directive (UE) 2017/1371 et déterminées par le présent règlement. À cet

198. LELIEUR (J.), « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in BONFILS (P), MUCCHIELLI (L), ROUX (A.) (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. « Droits, pouvoirs et sociétés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 100.

199. ZANIN (H.), *La Lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal*, thèse présentée le 29 septembre 2016, université Paris-Saclay, p. 48.

200. *Ibid.*, p. 49.

201. GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Les eaux troubles du droit pénal de l'Union européenne », *Archives de philosophie du droit*, n° 53, 2010, p. 131.

égard, le Parquet européen diligente des enquêtes, effectue des actes de poursuite et exerce l'action publique devant les juridictions compétentes des États membres jusqu'à ce que l'affaire ait été définitivement jugée. »

■ **297.** Les huitième et neuvième considérants de la directive (UE) 2017/1371 permettent de comprendre que, dans ce texte, la corruption n'est envisagée qu'en tant qu'infraction de facilitation, d'accompagnement ou de fraude au budget de l'Union européenne :

« 8. la corruption constitue une menace particulièrement grave pour les intérêts financiers de l'Union qui peut, dans de nombreux cas, être également liée à un comportement frauduleux. Tout agent public étant tenu d'exercer son jugement ou son appréciation discrétionnaire de manière impartiale, le versement de pots-de-vin visant à influencer le jugement ou l'appréciation discrétionnaire d'un agent public et l'acceptation de tels pots-de-vin devraient relever de la définition de la corruption, indépendamment de la législation ou de la réglementation applicable dans le pays ou à l'organisation internationale de l'agent concerné ;

9. les intérêts financiers de l'Union peuvent être mis à mal par certains types de comportements d'un agent public auquel la gestion de fonds ou d'avoirs a été confiée, qu'il en soit responsable ou qu'il exerce une fonction de surveillance ; ces types de comportements visent à détourner des fonds ou des avoirs de leur destination prévue et portent ainsi préjudice aux intérêts financiers de l'Union. Par conséquent, il est nécessaire de prévoir une définition précise des infractions pénales qui couvre de tels comportements. »

L'article 4.2. de la directive, intitulé « Autres infractions pénales liées portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union », envisage ainsi l'incrimination de corruption de la manière suivante :

« 2. les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la corruption passive et la corruption active, lorsqu'elles sont intentionnelles, constituent des infractions pénales :

a) aux fins de la présente directive, on entend par "corruption passive", le fait, pour un agent public, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages, de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir un acte relevant de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union ;

b) aux fins de la présente directive, on entend par "corruption active", le fait, pour quiconque, de promettre, de proposer, ou de donner, directement ou par l'intermédiaire de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un agent public, pour lui-même ou pour un tiers, pour que cet agent public accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte relevant de sa

fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union. »

Le domaine d'application de ce texte est, en effet, plus restreint que celui de la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption, détachée de la question des intérêts financiers de l'Union européenne, et beaucoup plus restreint que celui de la Convention de l'OCDE.

■ **298.** La directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 présente, toutefois, le mérite d'harmoniser la définition de l'agent public à son article 4.4, pour l'ensemble des États membres de l'Union européenne :

« a) un agent de l'Union ou un agent national, y compris tout agent national d'un autre État membre et tout agent national d'un pays tiers ;  
(i) par "agent de l'Union", on entend une personne qui est :

- ▶ fonctionnaire ou autre agent engagé par contrat par l'Union au sens du statut des fonctionnaires de l'Union européenne et du régime applicable aux autres agents de l'Union européenne fixé par le règlement (CEE, Euratom, CECA) no 259/68 du Conseil (16) (ci-après dénommé "statut") ;
- ▶ ou détachée auprès de l'Union par un État membre ou par tout organisme public ou privé et qui y exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents de l'Union.

Sans préjudice des dispositions sur les privilèges et immunités figurant dans les protocoles nos 3 et 7, sont assimilés aux fonctionnaires de l'Union les membres des institutions, organes et organismes de l'Union créés conformément aux traités, ainsi que le personnel de ces derniers, pour autant que le statut ne s'applique pas à leur égard ;

ii) les termes "agent national" s'entendent par référence à la définition du "fonctionnaire" ou de l'"agent public" dans le droit national de l'État membre ou du pays tiers dans lequel la personne en question exerce ses fonctions.

Néanmoins, lorsqu'il s'agit de poursuites impliquant un agent national d'un État membre ou un agent d'un pays tiers et engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition d'"agent national" que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national.

Les termes "agent national" incluent toute personne exerçant une fonction exécutive, administrative ou juridictionnelle au niveau national, régional ou local. Toute personne exerçant des fonctions législatives au niveau national, régional ou local est assimilée aux agents nationaux ;

b) toute autre personne investie d'une fonction de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou comportant

des décisions relatives à ceux-ci dans les États membres ou dans des pays tiers et qui exerce une telle fonction. »

■ **299.** Il résulte de tout ce qui précède que le cadre juridique progressivement établi par l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption présente un domaine d'application assez étroit.

Le droit de l'Union européenne n'envisage que les hypothèses de corruption de fonctionnaires de l'Union européenne – ou d'agent public mais uniquement lorsque la corruption porte atteinte aux intérêts financiers de l'Union – et de corruption privée.

La corruption d'agents publics étrangers ressortissants d'un État tiers à l'Union européenne n'est, par ailleurs, pas couverte par le droit de l'Union européenne, à l'exception des hypothèses décrites par l'article 4.4 de la directive 2017/1371 – alors qu'il s'agit pourtant du type de corruption que réprime avec succès le FCPA<sup>202</sup>.

■ **300.** La mise en œuvre inégale de ce droit par les États membres a, en outre, contribué à renforcer la difficulté pour l'Union européenne de lutter efficacement contre la corruption.

## B. UNE MISE EN ŒUVRE INÉGALE PAR LES ÉTATS MEMBRES

### 1. L'adoption tardive de mesures de suivi du dispositif anticorruption de l'Union européenne

■ **301.** Plusieurs conventions internationales de lutte contre la corruption se sont dotées très tôt de mesures de suivi visant à en surveiller la mise en œuvre par les États parties.

■ **302.** La convention de l'OCDE de 1997, en particulier, fait l'objet d'un suivi par le Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE, divisé en deux phases distinctes<sup>203</sup> :

○ Une phase d'évaluation en quatre étapes :

- ▶ la première étape consiste à examiner les législations nationales et à apprécier leur compatibilité avec la convention. L'analyse des législations nationales s'effectue en session plénière du Groupe de travail, en présence de l'État examiné. Cette évaluation fait l'objet d'un rapport publié sur le site internet de l'OCDE ;
- ▶ la deuxième étape consiste à examiner l'efficacité des cadres législatif et institutionnel de lutte contre la corruption des États

---

202. LELIEUR (J.), « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in BONFILS (P), MUCCHIELLI (L.), ROUX (A.) (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. « Droits, pouvoirs et sociétés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 102, voir *infra* n° 327.

203. LELIEUR (J.), PIETH (M.), « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale », *Recueil Dalloz*, 2008.

- parties <sup>204</sup>. Cet examen comprend une mission d'une semaine dans l'Etat sous examen, au cours de laquelle les examinateurs du Groupe de travail et le Secrétariat de l'OCDE mènent des entretiens détaillés avec les autres parties prenantes ;
- ▶ la troisième étape existe depuis 2010 seulement, et vise à assurer une évaluation plus ciblée en se concentrant sur les trois axes suivants : les progrès accomplis par les États parties pour remédier aux lacunes identifiées lors de la deuxième États ; les problèmes posés par l'évolution des dispositifs législatif et institutionnel des différents pays ; les efforts de mise en œuvre et leurs résultats, ainsi que d'autres questions transversales revêtant un intérêt pour le Groupe de travail dans son ensembles <sup>205</sup> ;
  - ▶ une quatrième étape a été introduite en 2016, visant à examiner les difficultés et les avancées propres à l'État évalué. Cette phase fait également l'objet d'un rapport d'évaluation <sup>206</sup>.
- Un « tour de table » ayant lieu lors de chaque assemblée plénière du Groupe de travail, à l'occasion duquel les États parties sont invités à faire part des évolutions récentes de leur cadre juridique en matière de lutte contre la corruption <sup>207</sup>.

■ **303.** Le Groupe de travail sur la lutte contre la corruption de l'OCDE publie également un rapport annuel.

■ **304.** Le Conseil de l'Europe s'est également doté le 1<sup>er</sup> mai 1999 – soit quelques mois après l'ouverture à la signature de sa Convention pénale contre la corruption – d'un organe chargé d'en assurer le suivi : le Groupe d'États contre la corruption (Greco).

L'article 1<sup>er</sup> de l'Annexe à la résolution 99 (5) du Conseil de l'Europe instituant le Greco énonce :

« Le Groupe d'États contre la corruption (ci-après dénommé "le Greco") a pour objet d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en veillant à la mise en œuvre des engagements qu'ils ont pris dans ce domaine, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles. »

■ **305.** Tandis que l'approche de l'OCDE vise d'abord à favoriser le développement économique et la croissance, en sécurisant les transactions commerciales avec l'étranger, le Greco voit dans la lutte la corruption un moyen d'assurer le respect des droits de l'homme en Europe <sup>208</sup>.

204. <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/consultationpubliquesurlaphase4desuividelaconvention.htm>

205. *Ibid.*

206. <https://www.oecd.org/fr/corruption/publication-des-rapports-du-groupe-de-travail-de-ocde-sur-la-corruption-en-finlande-et-le-royaume-uni-le-jeudi-23-mars-2017.htm>

207. LELIEUR (J.), PIETH (M.), « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale », *Recueil Dalloz*, 2008.

208. MAITREPIERRE (A.), « Le Greco, l'organe anticorruption du Conseil de l'Europe : quelles spécificités, quelles réalisations, quels défis ? », *Revue de droit international d'Assas*, 2018, p. 107.

C'est ce que manifeste, en particulier, le préambule de la résolution 99(5) du Conseil de l'Europe précitée, dans les termes suivants :

« Convaincus que la corruption représente une menace sérieuse contre l'État de droit, la démocratie, les droits de l'homme, l'équité et la justice sociale, entrave le développement économique, met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondations morales de la société. »

Le suivi de la Convention pénale de lutte contre la corruption par le Greco comporte ainsi trois procédures :

- ▶ une procédure d'évaluation horizontale, au cours de laquelle tous les États membres sont évalués dans le cadre d'un cycle d'évaluation. Cette procédure donne lieu à des recommandations ou à des observations que les États sont invités à prendre en compte <sup>209</sup> ;
- ▶ une procédure de conformité visant à évaluer les mesures adoptées par les États pour appliquer les recommandations du Greco <sup>210</sup> ;
- ▶ une procédure d'urgence, effective depuis le mois de juin 2017, permettant au Greco d'agir en urgence, lorsqu'un État connaît une évolution préoccupante, telle qu'une réforme constitutionnelle ou législative pouvant être la cause d'une régression dans l'objectif de lutte contre la corruption <sup>211</sup>.

À ce titre, la Commission a pris connaissance, dans le cours de ses travaux, des conclusions du rapport d'évaluation concernant la France adopté par le Greco, le 6 décembre 2019, au sujet de la « prévention de la corruption et (de la) promotion de l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs <sup>212</sup> ».

■ **306.** Le 10 juillet 2019, le Conseil de l'Europe a annoncé que l'Union européenne était devenue observatrice auprès du Greco.

À ce sujet, Frans Timmermans, premier vice-président de la Commission européenne, a déclaré :

« La participation de l'Union européenne au Greco en tant qu'observateur rapproche l'Union européenne et le Conseil de l'Europe et renforce nos efforts communs pour consolider l'État de droit et la lutte contre la corruption à travers l'Europe <sup>213</sup>. »

---

209. <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/consultationpubliquesurlaphase4desuividelaconvention.htm>

210. *Ibid.*

211. MAITREPIERRE (A.), « Le Greco, l'organe anticorruption du Conseil de l'Europe : quelles spécificités, quelles réalisations, quels défis ? », *Revue de droit international d'Assas*, 2018, p. 108.

212. Cinquième cycle d'évaluation, Prévention de la corruption et promotion de l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs, Rapport d'évaluation, France, adopté par le Greco lors de 84e réunion plénière (Strasbourg, 2-6 décembre 2019), <https://rm.coe.int/cinquieme-cycle-d-evaluation-prevention-de-la-corruption-et-promotion-/16809969fd>. Voir *supra* n° 149.

213. <https://www.coe.int/fr/web/greco/-/eu-becomes-observer-to-anti-corruption-body-greco>

S'il faut se féliciter de cette décision, il est néanmoins révélateur de souligner que celle-ci avait été envisagée pour la première fois il y a seize ans déjà par la Commission européenne, dans les termes suivants :

« En conséquence, la Commission préparera, dans les limites de la compétence communautaire, l'adhésion de la Communauté européenne aux deux conventions sur la corruption du Conseil de l'Europe et elle demandera au Conseil de l'autoriser à négocier avec le Conseil de l'Europe les conditions et les modalités de la participation subséquente de la Communauté au Greco<sup>214</sup>. »

■ **307.** La convention des Nations unies contre la corruption de 2003, enfin, s'est dotée d'un mécanisme de suivi d'application, en application de son article 63, selon lequel :

« 1. Une conférence des États parties à la convention est instituée pour améliorer la capacité des États parties à atteindre les objectifs énoncés dans la présente convention et renforcer leur coopération à cet effet ainsi que pour promouvoir et examiner l'application de la présente convention.

[...]

4. La conférence des États parties arrête des activités, des procédures et des méthodes de travail en vue d'atteindre les objectifs énoncés au paragraphe 1 du présent article, notamment :

[...]

e) elle examine périodiquement l'application de la présente convention par les États parties ;

f) elle formule des recommandations en vue d'améliorer la présente convention et son application ;

g) elle prend note des besoins d'assistance technique des États parties en ce qui concerne l'application de la présente convention et recommande les mesures qu'elle peut juger nécessaires à cet égard. »

■ **308.** La résolution 3/1 de la conférence des États parties, réunie pour la troisième fois en novembre 2009, a adopté un mécanisme d'examen de l'application de la Convention<sup>215</sup>.

Ce mécanisme aurait pu permettre l'évaluation de l'Union européenne, celle-ci étant partie à la convention depuis 2008<sup>216</sup>.

Les premières évaluations ont, cependant, conduit à constater que ce mécanisme se montrait relativement lourd et complexe à appliquer.

---

214. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, une politique globale de l'UE contre la corruption, 28 mai 2003, COM (2003) 317.

215. Mécanisme d'examen de l'application de la convention des Nations unies contre la corruption, Documents de base, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, 2011.

216. Voir *supra* n° 295.

En outre, il a été reproché à ce mécanisme l'absence de mesures de suivi des recommandations faites aux États parties, de même qu'une forme d'opacité, la transparence du processus d'examen n'étant pas assurée <sup>217</sup>.

■ **309.** La majorité des auteurs estiment, en effet, que la mise en place de mesures de suivi et d'évaluation par les pairs (*peer review*) constitue un outil efficace de contrôle de l'application des conventions par les États :

« La pression diplomatique et politique exercée par ces instances à haut niveau d'expertise constitue un incitateur efficace de motivation des États à se conformer à leurs obligations internationales. Contrôlés les uns par les autres de façon très concrète, les États peuvent difficilement ignorer leurs engagements conventionnels <sup>218</sup>. »

■ **310.** L'Union européenne a, à ce point de vue, longtemps tardé à assurer le suivi des instruments de lutte contre la corruption dont elle s'était dotée.

■ **311.** Dès 2003, la Commission européenne avait estimé dans une communication que l'efficacité des instruments juridiques de lutte contre la corruption était conditionnée à leur contrôle et leur évaluation par les pairs <sup>219</sup>.

Elle avait noté, à cette occasion, que « les instruments de l'UE ne prévoient pas de véritable mécanisme de suivi ou d'évaluation comparable au groupe de travail (subrégional) de l'OCDE sur la corruption ou au Groupe d'États (principalement européens) contre la Corruption (Greco), qui a pour mandat de veiller à la mise en œuvre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption et des conventions civile et pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe <sup>220</sup> ».

Par ailleurs, en 2005, la résolution n° 6902/05 du Conseil « relative à une politique globale de l'Union contre la corruption » a demandé à la Commission d'étudier la possibilité pour l'Union européenne d'adhérer au Greco ou d'établir un mécanisme de suivi du cadre juridique de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption <sup>221</sup>.

■ **312.** L'article 70 du TFUE aurait pu fournir une base légale à la mise en place d'un tel mécanisme.

---

217. ZANIN (H.), *La Lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal*, thèse présentée le 29 septembre 2016, université Paris-Saclay, p. 458.

218. LELIEUR (J.), « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in BONFILS (P), MUCCHIELLI (L), ROUX (A.) (dir.), *Comprendre et lutter contre la corruption*, coll. « Droits, pouvoirs et sociétés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 90.

219. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, une politique globale de l'UE contre la corruption, 28 mai 2003, COM (2003) 317.

220. *Ibid.*, p. 10.

221. Résolution n° 6902/05 du Conseil relative à une politique globale de l'Union contre la corruption.



Selon cet article :

« Sans préjudice des articles 258, 259 et 260, le Conseil, sur proposition de la commission, peut adopter des mesures établissant des modalités par lesquelles les États membres, en collaboration avec la commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union visées au présent titre, en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation. »

■ **313.** L'Union européenne a pourtant attendu jusqu'en 2011 pour mettre en place d'un mécanisme de surveillance et d'évaluation propre, avec la publication du « rapport anticorruption de l'Union européenne » <sup>222</sup>.

Le 6 juin 2011, la Commission européenne a décidé :

« Afin de soutenir la mise en œuvre d'une politique globale de lutte contre la corruption au sein de l'Union, un mécanisme de suivi est institué aux fins de l'évaluation périodique des mesures prises par les États membres pour lutter contre la corruption <sup>223</sup>. »

Ce rapport constitue l'un des instruments destinés à lutter contre la corruption adoptés par la Commission en 2011, auquel il faut également ajouter :

- ▶ une communication sur la lutte contre la corruption dans l'Union européenne, qui présente les objectifs du rapport anticorruption de l'UE et les aspects pratiques de son élaboration ;
- ▶ une décision de la Commission instituant un mécanisme de suivi de l'Union en matière de lutte contre la corruption ;
- ▶ un rapport sur la mise en œuvre de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ;
- ▶ un rapport sur les modalités de la participation de l'Union au Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe (Greco) <sup>224</sup>.

■ **314.** S'agissant du rapport anticorruption de l'Union européenne, son but est « de favoriser l'application des outils juridiques et institutionnels existants <sup>225</sup> ».

---

222. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, La lutte contre la corruption dans l'Union européenne, 6 juin 2011, COM (2011) 308.

223. Décision de la Commission du 6 juin 2011 instituant un mécanisme de suivi de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption aux fins d'une évaluation périodique, C(2011) 3673 final, article 1<sup>er</sup>.

224. [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-678\\_fr.htm?locale=fr](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_fr.htm?locale=fr)

225. *Ibid.*, p. 6.

## Article 2

### Objectifs du mécanisme de suivi de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption (« rapport anticorruption de l'UE »)

Le rapport anticorruption de l'UE poursuit les objectifs suivants :

- a) évaluer périodiquement la situation au sein de l'Union en matière de lutte contre la corruption ;
- b) cerner les tendances et les meilleures pratiques ;
- c) formuler des recommandations générales visant à orienter la politique de l'UE en matière de prévention de la corruption et de lutte contre ce phénomène ;
- d) formuler des recommandations adaptées aux besoins ;
- e) aider les États membres, la société civile et les autres parties prenantes à recenser les points faibles, à mener des actions de sensibilisation et à dispenser des formations sur la lutte contre la corruption.

L'ambition du rapport est donc de créer un encouragement supplémentaire, pour les États membres de l'Union européenne, à lutter contre la corruption, en mettant en œuvre dans leurs législations nationales le cadre juridique européen existant en la matière.

L'article 4 de la décision de la Commission prévoit en outre de formuler des recommandations adaptées aux nécessités de chaque État membre et de publier le rapport tous les deux ans.

Enfin, la Commission appelle à coopérer avec les mécanismes de surveillance et d'évaluation existants, « de manière à éviter des surcharges administratives pour les États membres et des doubles emplois <sup>226</sup> ».

■ **315.** Le premier rapport anticorruption de la Commission européenne a été publié le 3 février 2014 et a, en particulier, souligné :

« Les différentes analyses par pays ont fait apparaître une grande variété de problèmes liés à la corruption, et tout une gamme de mécanismes de contrôle, dont certains ont prouvé leur efficacité, alors que d'autres se sont avérés décevants. On peut, cependant, relever certaines caractéristiques qui sont communes soit à toute l'Union soit à des groupes d'États membres <sup>227</sup>. »

Le rapport a également envisagé la possibilité d'établir un programme de partage des expériences, afin d'aider « les États membres, les ONG locales ou d'autres parties prenantes à reconnaître les bonnes pratiques,

<sup>226</sup>. *Ibid.*, p. 7.

<sup>227</sup>. *Rapport anticorruption de l'UE*, rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, 3 février 2014, COM (2014) 38, p. 8.

comblent les lacunes des politiques anticorruptions, sensibiliser à cette thématique ou dispenser des formations <sup>228</sup> ».

La publication du rapport anticorruption de l'Union n'a malheureusement jamais été réitérée par la Commission européenne, en dépit des engagements pris par celle-ci.

## **2. L'absence de mise en œuvre des mesures de suivi du dispositif anticorruption de l'Union européenne**

■ **316.** Le deuxième rapport anticorruption de l'Union européenne aurait dû être publié en 2016.

Le Parlement européen a regretté, dès le mois d'octobre 2016, l'absence de publication de ce rapport, à laquelle s'était engagée la Commission européenne :

« Le Parlement : [...] 9. Déploie que la commission n'ait pas encore publié son deuxième rapport anticorruption, qui était attendu au début de l'année 2016 ; prie la commission de le présenter dans les meilleurs délais ; réaffirme que les rapports anticorruption ne devraient pas se limiter à la situation dans les États membres, mais devraient aussi comprendre une section sur les institutions de l'Union ; invite donc la commission à trouver un moyen approprié de surveiller la corruption au sein des institutions, organes et agences de l'Union <sup>229</sup> . »

Un autre rapport publié le 10 janvier 2019 par le Parlement européen, a donné l'occasion à ce dernier d'exposer une nouvelle fois sa désapprobation :

« Le Parlement : [...] 30. [...] Prie donc instamment la commission de continuer à publier ses rapports anticorruption ; réitère son appel à la commission pour qu'elle élabore une politique anticorruption plus complète et cohérente, y compris en menant une évaluation approfondie des politiques anticorruption de chaque État membre <sup>230</sup> . »

■ **317.** Conjugée à la faiblesse des instruments de lutte contre la corruption de l'Union européenne, l'absence de contrôle effectif de leur mise en œuvre entraîne invariablement une application inégale et insuffisante dans les États membres.

En toute hypothèse, il semble peu probable que le respect du mécanisme de suivi prévu aurait à lui seul suffi à mettre en œuvre le cadre juridique de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption.

---

228. *Ibid.*, p. 5.

229. Rapport sur la lutte contre la corruption et le suivi de la résolution de la commission CRIM, (2015/2110 (INI)), 7 octobre 2016, p. 25.

230. Rapport du Parlement européen sur le rapport annuel 2017 sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne – Lutte contre la fraude (2018/2152 INI), 10 janvier 2019.

Le rapport anticorruption de l'Union européenne constitue, en effet, un instrument de droit souple et ne prévoit aucun mécanisme de « récompense » pour les efforts entrepris par les États membres.

Dès lors, à supposer même que sa publication ait été réitérée par la Commission européenne, il est permis de douter de la capacité de ce seul rapport à entraîner une dynamique suffisante à l'échelle de l'ensemble de l'Union européenne <sup>231</sup>.

■ **318.** Dès 2014, le rapport anticorruption de l'Union européenne avait constaté que les États membres n'avaient pas tous adopté, dans leurs législations nationales, des mesures destinées à lutter contre la corruption et que, là où de telles mesures avaient été adoptées, elles restaient d'une qualité et d'une intensité inégales :

« Cependant, l'absence durable de stratégies globales dans certains États membres confrontés à des problèmes de corruption systémique est devenue un sujet de préoccupation, sachant que la nature des problèmes à résoudre exige une approche coordonnée globale et centralisée. Dans certains de ces États membres, des stratégies nationales de lutte contre la corruption ont été adoptées récemment, mais dans d'autres rien n'a encore été mis en place <sup>232</sup>. »

■ **319.** Surtout, le droit de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption a lui-même fait l'objet d'une mise en œuvre inégale de la part des États membres.

C'est ce qu'a souligné, en particulier, le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 26 juillet 2019, qui a évalué l'application par les États membres de l'Union de la décision-cadre 2003/568/JAI.

■ **320.** Certes, ce dernier rapport a relevé que les États membres avaient entrepris des réformes depuis l'année 2011 :

« En ce qui concerne la transposition elle-même, elle n'est toujours pas satisfaisante, en dépit de quelques progrès. Le problème principal réside dans le faible degré de transposition de certains éléments des articles 2 et 5. En ce qui concerne la transposition de l'article 5, l'évaluation a principalement porté sur les dispositions de droit pénal national, telles que notifiées par les États membres.

[...]

La commission rappelle l'importance de la lutte contre la corruption dans le secteur privé et invite les États membres à adopter, dans les meilleurs

---

231. ZANIN (H.), *La Lutte contre la corruption au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au moyen du droit pénal*, thèse présentée le 29 septembre 2016, université Paris-Saclay, p. 509.

232. *Rapport anticorruption de l'UE*, rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, 3 février 2014, COM (2014) 38, p. 9.

délais, toutes les mesures nécessaires à cet égard<sup>233</sup>. »

Les États membres de l'Union européenne ont donc réalisé des progrès notables :

« Dans l'ensemble, le niveau de transposition de la décision-cadre s'est nettement amélioré depuis la mise en œuvre de 2011. Le niveau des sanctions prévues dans les codes pénaux nationaux est conforme aux seuils minimaux de la décision-cadre dans tous les États membre<sup>234</sup>. »

Mais, en dépit de cette amélioration, le rapport a conclu que les dispositions transposées n'étaient que trop rarement mises en œuvre par les juridictions pénales nationales.

À cet égard, il a constaté en particulier que :

« Seuls treize États membres ont fourni des données relatives à la corruption dans le secteur privé, sur les vingt-deux États membres qui ont fourni des statistiques dans le cadre de la mise à jour de 2018 pour les années de référence de 2014 à 2016. Il n'y a eu que très peu de condamnations pour corruption dans le secteur privé au cours de ces dernières années<sup>235</sup>. »

■ **321.** Ces différents constats attestent de ce qu'il n'existe pas, entre les États membres de l'Union européenne, de terrain de jeu égal – de *level playing field* – en matière de lutte contre la corruption.

Au surplus, le sentiment de corruption, variable selon les États membres de l'Union européenne, ne faiblit pas de façon générale.

### **3. La persistance d'un sentiment de corruption au sein de l'Union européenne**

■ **322.** L'étude sur la corruption menée par l'Institut Eurobaromètre en 2017 a montré que le sentiment de corruption était perçu de manière très différente selon les États membres<sup>236</sup>.

À titre d'exemple, 96 % des Grecs, 94 % des Espagnols et 86 % des Hongrois ont répondu qu'ils considéraient que la corruption était répandue dans leur pays, contre seulement 22 % des Danois ou 44 % des Hollandais.

---

233. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, fondé sur l'article 9 de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

234. *Rapport anticorruption de l'UE*, rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, 3 février 2014, COM (2014) 38, p. 12.

235. *Ibid.*, p. 12.

236. Enquête Eurobaromètre, Corruption, n° 470, octobre 2017, p. 7.

Il est, par ailleurs, éclairant de constater que 69 % des Européens interrogés dans le cadre de cette enquête estiment que les infractions de corruption ne sont pas suffisamment poursuivies dans leur pays <sup>237</sup>.

Ce chiffre atteint 83 % en Bulgarie et 80 % en Lituanie, contre 40 % au Danemark.

■ **323.** En tout état de cause, l'étude réalisée par l'Eurobaromètre a mis en évidence la circonstance inquiétante que près d'un Européen sur deux (43 %) estimait le niveau de corruption dans son pays supérieur en 2017 à celui de 2013.

La dernière enquête de Transparency International sur la perception de la corruption, publiée le 30 janvier 2019, a également montré que, si l'Europe est, en comparaison avec d'autres régions du monde, bien évaluée, celle-ci présente néanmoins de fortes disparités entre les Etats.

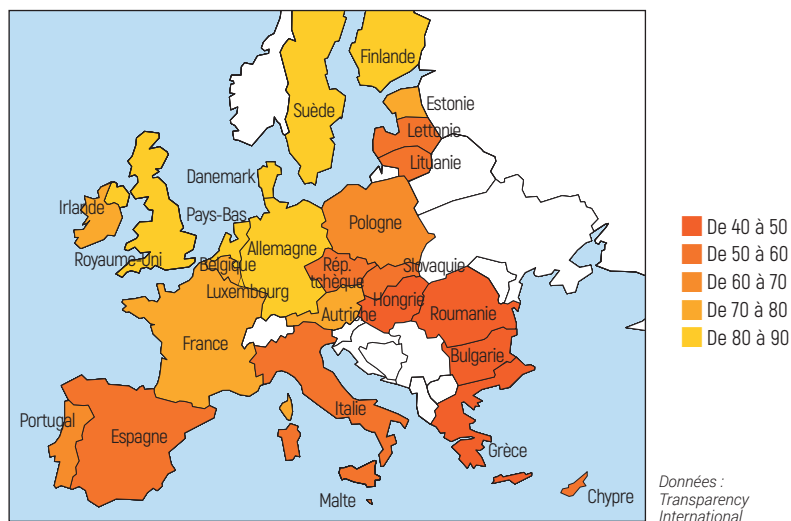
Le classement de Transparency International est ainsi dominé par les Etats du nord de l'Europe, tels la Suède ou la Finlande, qui présentent tous deux un score de 85/100 <sup>238</sup>.

En revanche, certains autres Etats, à l'instar de la Hongrie, ou de l'Espagne, ont vu leur score reculer depuis 2016 <sup>239</sup>.

---

#### Indice de perception de la corruption en Europe (2018)

---



237. *Ibid.*, p. 12.

238. [https://www.transparency.org/news/feature/cpi\\_2018\\_global\\_analysis](https://www.transparency.org/news/feature/cpi_2018_global_analysis)

239. <https://www.touteleurope.eu/actualite/la-corruption-en-europe.html>

Une fois encore, ces résultats très contrastés manifestent d'absence de politique globale et cohérente de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption.

■ **324.** Cette situation affaiblit l'Union européenne et ses entreprises, dans le contexte de rivalité économique avec les États-Unis et d'autres puissances régionales qui s'est intensifié dans la période récente.

■ **325.** Le rapport présenté le 26 juin 2019 par le député Raphaël Gauvain a rappelé, à ce propos, le nombre élevé de condamnations prononcées par des autorités judiciaires étrangères, en particulier américaines, à l'encontre d'entreprises européennes au cours des vingt dernières années :

« Plusieurs dizaines de milliards de dollars d'amendes ont été réclamées à des entreprises françaises, européennes, sud-américaines et asiatiques, au motif que leurs pratiques commerciales, leurs clients ou certains de leurs paiements ne respectaient pas le droit américain, alors même qu'aucune de ces pratiques n'avait de lien direct avec le territoire des États-Unis et/ou que ces entreprises se conformaient au droit de leur pays (s'agissant des sanctions internationales) <sup>240</sup>. »

Toutefois, la condamnation de l'entreprise allemande Siemens par le Department of Justice américain en 2008 a fait entrer la rivalité entre les États-Unis et l'Union européenne dans une ère nouvelle <sup>241</sup>.

Soupçonnée d'avoir eu recours à des actes de corruption, Siemens s'est vu infliger une amende de près d'un milliard d'euros, dont 450 millions au Department of Justice et 350 millions au Securities and Exchange Commission sur le fondement du FCPA, puis d'une amende de 596 millions aux autorités allemandes <sup>242</sup>.

Le tableau des condamnations les plus importantes infligées sur le fondement du FCPA entre 2008 et 2018 est, à cet égard, significatif <sup>243</sup> :

---

240. GAUVAIN (R.), *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Assemblée nationale, 26 juin 2019, p. 3.

241. LAÏDI (A.), *Le Droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Actes Sud, 2019, p. 159.

242. *Ibid.*, p. 160

243. GAUVAIN (R.), *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Assemblée nationale, 26 juin 2019, p. 19.

N°	Entreprise	Pays	Année	Montant total (en million de dollars)
1	Siemens	Allemagne	2008	800
2	Alstom	France	2014	772
3	Telia	Suède	2017	691,6
4	KBR/Halliburton	États-Unis	2009	579
5	Teva Pharmaceutical	Israël	2016	519
6	OCH-ZIFF CXapital Mngt	États-Unis	2016	412
7	BAE	Royaume-Uni	2010	400
8	Total	France	2013	398,2
9	Vimpelcom	Pays-Bas	2016	397,5
10	Alcoa	États-Unis	2014	384
11	ENI/ Snamprogetti	Italie	2010	365
12	Technip	France	2010	338
13	Société générale	France	2018	293
14	Panasonic	Japon	2018	280
15	JP Morgan Chase	États-Unis	2016	264
16	Odebrecht/ Braskem	Brésil	2017	260
17	SBM Offshore	Pays-Bas	2017	238
18	JGC Corporation	Japon	2011	218,8
19	Embraer	Brésil	2016	205,5
20	Daimler	Allemagne	2010	185
21	Petrobras	Brésil	2018	170,6
22	Rolls-Royce	Royaume-Uni	2017	17
23	Weatherford	Suisse	2013	152,6
24	Alcatel	France	2010	138
25	Avon Products	États-Unis	2014	135
26	Keppel Offshore & Marine	Singapour	2017	105



L'examen de ce tableau permet de constater que, parmi l'ensemble de ces condamnations, quatorze d'entre elles, soit plus de la moitié, ont concerné des entreprises européennes, lesquelles entreprises se sont acquittées d'un montant global de 5,339 milliards de dollars, représentant 60,17 % du montant total des amendes prononcées<sup>244</sup>.

■ **326.** Cette situation de rivalité économique exacerbée fragilise les entreprises de l'Union européenne et, par voie de conséquence, l'Union elle-même, laquelle ne dispose toujours pas des instruments juridiques pouvant lui permettre de se défendre efficacement.

■ **327.** Déjà le rapport parlementaire d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, rendu public en 2016, avait invité l'Union européenne à réagir, dans les termes suivants :

« La capacité de l'Union européenne, véritable superpuissance économique et juridique quand elle le veut, à se mobiliser sera déterminante. [...] Les relations transatlantiques [...] doivent être préservées. Cela implique que leur équilibre ne soit pas remis en cause<sup>245</sup>. »

#### **4. Les recommandations de la commission**

■ **328.** Après avoir examiné l'ensemble des instruments juridiques composant le droit de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption et constaté leurs insuffisances, la Commission a salué le choix de la présidente de la Commission européenne d'inscrire le respect de l'État de droit et la défense des valeurs européennes parmi ses priorités, ainsi que son souhait d'ériger l'Union européenne en « gardienne du multilatéralisme ».

La Commission a estimé que, dans la poursuite de ces objectifs, la lutte contre la corruption devrait occuper une place centrale sur l'agenda de la Commission européenne et regretté qu'elle ne figure ni au nombre des priorités affichées par la présidente de la Commission européenne, ni dans les lettres de mission adressées par celle-ci aux commissaires européens, à la différence de ce qu'il en est par exemple pour la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

La Commission a souligné le paradoxe consistant à ériger la lutte contre la corruption au premier rang des exigences imposées aux États candidats à l'adhésion à l'Union européenne, dans la communication de la Commission européenne du 6 février 2020 relative à l'élargissement de l'Union, sans donner à ce thème une importance équivalente pour ce qui concerne les États membres eux-mêmes.

244. *Ibid.*, p. 19.

245. LELLOUCHE (P), BERGER (K.), *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, Assemblée nationale, 5 octobre 2016, p. 11-12.

Elle a considéré que le moment était venu, pour l'Union européenne, de se doter d'une politique cohérente et ambitieuse en matière de lutte contre la corruption.

■ **329.** Selon la Commission, plusieurs raisons concourent à rendre une telle politique nécessaire :

- ▶ la lutte contre la corruption est une condition indispensable de la confiance des citoyens dans le bon fonctionnement des institutions et du marché : elle constitue, à ce titre, une composante fondamentale de l'État de droit et de la démocratie, menacés par la montée des populismes ;
- ▶ les disparités existant à l'heure actuelle entre les États membres en matière de lutte contre la corruption, et plus encore de prévention de la corruption, constituent autant de distorsions de concurrence au sein du marché unique. Ces disparités sont fortes : l'indice de perception de la corruption mesuré par Transparency International, qui varie selon les États, en est un reflet ; seuls quatre États imposent actuellement aux entreprises de taille significative des obligations de prévention et de détection de la corruption ;
- ▶ dans ces conditions, la dimension de plus en plus souvent transnationale des faits de corruption est la cause de conflits de juridictions : les tribunaux de plusieurs États membres se trouvent potentiellement compétents pour connaître des mêmes faits ; ce qui constitue une atteinte supplémentaire portée au marché unique, ainsi qu'à la sécurité juridique des entreprises européennes ;
- ▶ cette situation est d'ores et déjà lourde de conséquences : l'absence à ce jour de politique affirmée de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption a probablement contribué à favoriser l'application extraterritoriale des législations étrangères, du Foreign Corrupt Practices Act de droit américain en particulier, à l'égard des entreprises européennes ; au cours des dix dernières années, les sanctions les plus lourdes prononcées sur le fondement de ce texte l'ont majoritairement été à l'égard d'entreprises européennes ;
- ▶ en comparaison, les normes adoptées par l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption, pour n'être pas inexistantes, sont sans influence réelle dans le monde, à la différence de ce qu'il en est des normes européennes de protection des données personnelles et de concurrence, qui constituent les meilleurs standards internationaux dans leurs domaines respectifs.

■ **330.** Pour toutes ces raisons, la Commission recommande que l'Union européenne se dote sans plus attendre d'une politique de lutte contre la corruption, poursuivant les quatre objectifs suivants :

- ▶ garantir le respect de l'État de droit et de la démocratie ;

- ▶ instaurer un niveau de jeu égal (*level playing field*) entre les entreprises européennes et prévenir les conflits de juridictions au niveau européen ;
- ▶ défendre les intérêts des entreprises européennes dans le monde, en rééquilibrant la relation de l'Union européenne avec les États-Unis et les autres puissances régionales ;
- ▶ promouvoir les normes et pratiques européennes de lutte contre la corruption dans le monde.

## CHAPITRE II

---

# HARMONISER LE DROIT EUROPÉEN EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

---

■ **331.** Pour atteindre ces objectifs, la Commission a considéré que devraient être envisagées, en parallèle l'une de l'autre :

- ▶ l'adoption d'un paquet anticorruption de droit européen, composé de plusieurs textes nouveaux ;
- ▶ l'insertion de clauses anticorruption dans les actes de droit européen dérivé, existants et à venir.

■ **332.** Le paquet anticorruption de droit européen devrait être composé de trois textes, adoptés en la forme de directives, sur le fondement principalement de l'article 83.1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui range la corruption au nombre des « eurocrimes ».

### Article 83

« 1. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.

Ces domaines de criminalité sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le

trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

Une première directive imposerait à l'ensemble des États membres de se conformer aux principes et recommandations dégagés par l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, mondialement reconnus.

Cette directive serait accompagnée d'une deuxième directive reprenant le contenu de la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la corruption dans le secteur privé et l'étendant, de manière à imposer aux États membres d'incriminer les actes de corruption de manière extraterritoriale.

Une troisième directive, enfin, imposerait aux États membres de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption, tout en laissant ceux-ci libres du choix de l'autorité en charge de contrôler le respect de ces obligations et d'en sanctionner la violation, le cas échéant.

## **A. ADOPTER UN PAQUET ANTICORRUPTION DE DROIT EUROPÉEN COMPOSÉ DE TROIS DIRECTIVES**

### **1. Imposer aux États membres de se conformer à l'acquis de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption**

■ **333.** La Commission a considéré qu'une première directive devrait imposer aux États membres de se conformer aux principes et recommandations dégagés par l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, sur le fondement de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997.

Cette directive réaliserait une première étape dans l'harmonisation des droits des États membres<sup>246</sup> et augmenterait aussitôt la crédibilité de l'Union européenne dans le monde, tout en manifestant la confiance de cette dernière dans le fonctionnement des institutions multilatérales.

■ **334.** Elle pourrait être adoptée selon la procédure législative ordinaire visée à l'article 83.1 du TFUE, sans blocage prévisible, dans la mesure où la plupart des États membres ont d'ores et déjà ratifié la convention de l'OCDE de 1997, à l'exception seulement de Chypre, de la Croatie, de Malte et de la Roumanie.

---

246. Voir *infra* n° 339.

Pays	Approbation/ Ratification de la convention	Entrée en vigueur de la convention	Entrée en vigueur de la législation d'application
Allemagne	10 novembre 1998	15 février 1999	15 février 1999
Autriche	19 octobre 1999	18 décembre 1999	17 décembre 1999
Belgique	27 juillet 1999	25 septembre 1999	3 avril 1999
Bulgarie	22 décembre 1998	15 février 1999	29 janvier 1999
Danemark	5 septembre 2000	4 novembre 2000	1 <sup>er</sup> mai 2000
Espagne	14 janvier 2000	14 mars 2000	2 février 2000
Estonie	14 décembre 2004	12 février 2005	1 <sup>er</sup> juillet 2004
Finlande	10 décembre 1998	15 février 1999	1 <sup>er</sup> janvier 1999
France	31 juillet 2000	29 septembre 2000	29 septembre 2000
Grèce	5 février 1999	15 février 1999	1 <sup>er</sup> décembre 1998
Hongrie	4 décembre 1998	15 février 1999	1 <sup>er</sup> mars 1999
Irlande	22 septembre 2003	21 novembre 2003	26 novembre 2001
Italie	15 décembre 2000	13 février 2001	26 octobre 2000
Lettonie	31 mars 2014	30 mai 2014	21 March 2014
Lituanie	16 mai 2017	15 juillet 2017	3 mai 2017
Pays-Bas	12 janvier 2001	13 March 2001	1 <sup>er</sup> février 2001
Pologne	8 septembre 2000	7 novembre 2000	4 février 2001
Portugal	23 novembre 2000	22 janvier 2001	9 juin 2001
République tchèque	21 janvier 2000	21 mars 2000	9 juin 1999
Royaume-Uni	14 décembre 1998	15 février 1999	14 février 2002
Slovaquie	24 septembre 1999	23 novembre 1999	1 <sup>er</sup> novembre 1999
Slovénie	6 septembre 2001	5 novembre 2001	23 janvier 1999
Suède	8 juin 1999	7 août 1999	1 <sup>er</sup> juillet 1999

De cette manière, « l'acquis de l'OCDE » en matière de lutte contre la corruption, mondialement reconnu, serait intégré au droit européen dérivé.

■ **335.** Cet acquis consiste, en premier lieu, dans les stipulations elles-mêmes de la Convention de l'OCDE de 1997, augmentées de leurs commentaires officiels <sup>247</sup>.

<sup>247</sup>. Commentaires relatifs à la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Il intègre, à ce titre, l'article 1<sup>er</sup> de ladite convention, qui retient une définition étendue de l'infraction de corruption, comme de la notion d'agent public.

### **Article 1** **L'infraction de corruption d'agents publics étrangers**

1. Chaque partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.
2. Chaque partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation. La tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger devront constituer une infraction pénale dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette partie constituent une telle infraction.
3. Les infractions définies aux 1 et 2 ci-dessus sont dénommées ci-après « corruption d'un agent public étranger ».
4. Aux fins de la présente convention :
  - a. « agent public étranger » désigne toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme publics et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique ;
  - b. « pays étranger » comprend tous les niveaux et subdivisions d'administration, du niveau national au niveau local ;
  - c. « agir ou s'abstenir d'agir dans l'exécution de fonctions officielles » désigne toute utilisation qui est faite de la position officielle de l'agent public, que cette utilisation relève ou non des compétences conférées à cet agent.

Les commentaires officiels de cet article précisent notamment que « l'expression "fonction publique" comprend toute activité d'intérêt public déléguée par un pays étranger, comme l'exécution de tâches par délégation de ce pays en liaison avec la passation de marchés publics », et que « l'expression "entreprise publique" désigne toute entreprise, quelle que soit sa forme juridique, sur laquelle un ou plusieurs États peuvent, directement ou indirectement, exercer une influence dominante ».

■ **336.** L'acquis de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption consiste, en second lieu, dans l'ensemble des textes adoptés par les organes de l'OCDE sur le fondement de la Convention de 1997 et parfois désignés sous le nom de « documents connexes », à savoir :

- ▶ la recommandation du Conseil sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, adoptée par le Conseil de l'OCDE le 14 décembre 2006 ;
- ▶ la recommandation du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par le Conseil de l'OCDE le 25 mai 2009 ;
- ▶ la recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par le Conseil de l'OCDE le 26 novembre 2009 ;
- ▶ la recommandation du Conseil à l'intention des acteurs de la coopération pour le développement sur la gestion du risque de corruption, adoptée par le Conseil de l'OCDE le 16 novembre 2016 ;
- ▶ le chapitre VII, intitulé « Lutte contre la corruption, la sollicitation de pots-de-vin et d'autres formes d'extorsion », des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

■ **337.** La reprise de cet acquis dans une directive européenne puis, par voie de transposition, dans les droits nationaux des États membres réaliserait une première étape dans l'harmonisation de ces droits, afin d'instaurer un *level playing field* européen en matière de lutte contre la corruption.

## **2. Imposer aux États membres d'incriminer la corruption de manière extraterritoriale**

■ **338.** Selon la Commission, cette première directive devrait être accompagnée d'une deuxième mesure consistant à abroger la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la corruption dans le secteur privé, puis à reprendre le dispositif de cette décision-cadre dans une directive, adoptée sur le fondement de l'article 83.1 du TFUE, tout en le modernisant.

■ **339.** À l'heure actuelle, la décision-cadre du 22 juillet 2003 est, à la fois, inégalement transposée dans les États membres et insuffisamment mise en œuvre par ceux-ci, ainsi que la Commission et le Parlement européens l'ont récemment relevé, dans un rapport remis au Conseil le 26 juillet 2019<sup>248</sup>.

---

248. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil évaluant dans quelle mesure les États membres ont pris les dispositions nécessaires pour se conformer à la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, COM(2019) 355 final, 22 juillet 2019, voir *supra* n° 321.

**Rapport de la commission au Parlement européen et  
au Conseil évaluant dans quelle mesure les États membres  
ont pris les dispositions nécessaires pour se conformer  
à la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003  
relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé**

Dans l'ensemble, le niveau de transposition de la décision-cadre s'est nettement amélioré depuis le rapport de mise en œuvre de 2011. Le niveau des sanctions prévues dans les codes pénaux nationaux est conforme aux seuils minimaux de la décision-cadre dans tous les États membres.

Toutefois, certaines dispositions de la décision-cadre ont été difficiles à mettre en œuvre dans certains États membres. Par exemple, l'acceptation de la promesse d'un pot-de-vin n'est pas couverte dans la législation nationale de tous les États membres et, dans certains pays, la commission d'une infraction par une personne dans l'exercice d'une fonction de direction ou d'un travail se limite à des postes ou à des pouvoirs spécifiques. La notion d'avantage indu offert ou accordé à des tiers n'est pas entièrement couverte dans quelques États membres. Elle est également définie de différentes manières, couvrant parfois plus que ce qui est strictement nécessaire, mais omettant des éléments importants dans d'autres cas. En outre, certains États membres ont limité le champ de l'infraction liée à la corruption dans le secteur privé, soit en précisant certaines conditions de commission constitutives de l'infraction, soit en limitant le champ de l'infraction aux sociétés et autres entités à but lucratif, omettant ainsi les organisations à but non lucratif. Dans certains États membres, les dispositions pertinentes du code pénal ne s'étendent pas aux entités à but non lucratif.

Si plusieurs États membres se sont efforcés de modifier leur législation nationale, leurs efforts doivent être étendus à l'exécution de ces mesures pénales. Seuls 13 États membres ont fourni des données relatives à la corruption dans le secteur privé, sur les 22 États membres qui ont fourni des statistiques dans le cadre de la mise à jour de 2018 pour les années de référence de 2014 à 2016. Il n'y a eu que très peu de condamnations pour corruption dans le secteur privé au cours de ces années.

■ **340.** La reprise de la décision-cadre du 22 juillet 2013 sous la forme d'une directive devrait s'accompagner à cette occasion d'une modification de son article 7, intitulé « Compétence » et actuellement rédigé dans les termes suivants :

« 1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées au 2 et 3 dans les cas suivants :

- a) l'infraction a été commise, en tout ou en partie, sur son territoire ;
- b) l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants, ou
- c) l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale qui a son siège sur le territoire de cet État membre.



2. Un État membre peut décider de ne pas appliquer ou de n'appliquer que dans des cas ou des conditions spécifiques les règles de compétence définies au paragraphe 1, points b) et c), lorsque l'infraction a été commise en dehors de son territoire. »

En l'état actuel, cet article laisse une grande latitude aux États membres pour ne pas exercer systématiquement leur compétence à l'égard des actes de corruption commis en dehors de leur territoire, mais présentant un lien de rattachement avec celui-ci.

La Commission est convenue que cet article devrait être modifié, afin d'imposer aux États membres d'incriminer les actes de corruption active ou passive dans le secteur privé commis en dehors de leur territoire, mais présentant un lien de rattachement avec celui-ci, ainsi que le permet par exemple l'article 435-6-2 du Code pénal français, depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2.

#### Article 435-6-2 du Code pénal français

Dans le cas où les infractions prévues aux articles 435-1 à 435-4 sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français, la loi française est applicable en toutes circonstances, par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6, et l'article 113-8 n'est pas applicable.

Pour la poursuite de la personne qui s'est rendue coupable sur le territoire français, comme complice, d'une infraction prévue aux articles 435-1 à 435-4 commise à l'étranger, la condition de constatation de l'infraction par une décision définitive de la juridiction étrangère prévue à l'article 113-5 n'est pas applicable.

■ **341.** Cette modification serait conforme à l'approche extraterritoriale retenue par l'article 4 de la convention de l'OCDE de 1997, selon lequel :

« 1. Chaque partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou en partie sur son territoire.

2. Chaque partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes. »

Elle pourrait se recommander, en outre, du point n° 20 de la déclaration des dirigeants du G20 à l'issue du sommet d'Osaka de juin 2019, qui affirmait :

« *We will intensify our efforts to combat foreign bribery and to ensure that each G20 country has a national law in force for criminalizing foreign bribery as soon as possible.* »

■ **342.** Davantage, cette modification permettrait de mettre l'ensemble des juridictions des États membres à égalité d'armes avec les juridictions d'États tiers les plus actives en matière de lutte contre la corruption internationale, en particulier les juridictions américaines et britanniques.

Ce faisant, elle contribuerait à rééquilibrer la relation de l'Union européenne avec les États-Unis d'Amérique et les autres puissances régionales dans ce domaine et, ultimement, à mieux protéger les entreprises européennes.

### **3. Imposer aux États membres de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption**

■ **343.** La Commission a considéré, enfin, qu'une troisième directive devrait imposer aux États membres de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption.

À l'heure actuelle, quatre États membres au moins imposent de telles obligations à leurs entreprises.

L'adoption d'une directive concourrait, en conséquence, à instaurer un *level playing field* européen en matière de lutte contre la corruption, favorable au fonctionnement du marché intérieur.

À ce titre, cette dernière directive pourrait être adoptée sur le fondement de l'article 114.1 du TFUE, selon lequel : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. »

■ **344.** La Commission a, par ailleurs, estimé que le contenu de cette directive pourrait être emprunté à l'acquis de l'OCDE en la matière – en particulier à la recommandation du Conseil de cette organisation du 26 novembre 2019 –, ainsi qu'à une revue des droits nationaux des États membres imposant déjà à leurs entreprises des obligations de prévention et de détection de la corruption.

Le choix de l'autorité en charge de contrôler le respect de ces obligations et d'en sanctionner la violation, le cas échéant, devrait en revanche être laissée à l'appréciation des États membres.

#### ***a) L'acquis de l'OCDE en matière de prévention et de détection de la corruption***

■ **345.** La recommandation du Conseil de l'OCDE « visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », adoptée le 26 novembre

2009, recommande aux entreprises de mettre en œuvre des mesures de prévention de la corruption, en tenant compte des circonstances qui leur sont propres.

Elle les encourage également à évaluer ces mesures régulièrement, de façon à pouvoir en améliorer l'efficacité.

■ **346.** Cette recommandation comporte en outre, depuis le 18 février 2010, une annexe II, intitulée « Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité » et destinée aux entreprises, auxquelles elle recommande de mettre en œuvre les mesures suivantes :

- ▶ « un soutien et un engagement solides, explicites et visibles, au plus haut niveau de la direction, concernant les programmes ou mesures de contrôle interne, de déontologie et de conformité aux fins de prévention et de détection de la corruption transnationale » ;
- ▶ « une politique interne clairement formulée et visible interdisant la corruption transnationale » ;
- ▶ « des programmes ou des mesures de déontologie et de conformité élaborés aux fins de prévenir et détecter la corruption transnationale, applicables à tous les directeurs, cadres et employés ainsi qu'à toutes les entités sur lesquelles une entreprise exerce un contrôle effectif, notamment les filiales, entre autres dans les domaines suivants : (i) cadeaux ; (ii) frais d'hébergement, de divertissement et autres dépenses ; (iii) voyages des clients ; (iv) contributions politiques ; (v) dons à des organismes caritatifs et parrainages ; (vi) paiements de facilitation et (vii) sollicitations et extorsions » ;
- ▶ « des programmes ou des mesures de déontologie et de conformité destinés à prévenir et à détecter la corruption transnationale applicables, en tant que de besoin et sous réserve de dispositions contractuelles, aux tiers, tels que les agents et autres intermédiaires, les consultants, les représentants, les distributeurs, les contractants et les fournisseurs, les partenaires au sein des consortiums et des coentreprises » ;
- ▶ « un système de procédures financières et comptables, notamment des contrôles comptables internes, élaboré de façon adéquate pour assurer la tenue de livres, registres et comptes justes et exactes, afin de faire en sorte qu'ils ne puissent être utilisés à des fins de corruption transnationale ou pour masquer cette corruption » ;
- ▶ « des mesures élaborées en vue d'assurer une communication périodique et des formations documentées à tous les niveaux de l'entreprise, relatives au programme ou aux mesures de déontologie et de conformité de l'entreprise concernant la corruption transnationale, ainsi que, en tant que de besoin, aux filiales » ;
- ▶ « des procédures disciplinaires appropriées pour répondre, entre autres, aux violations, à tous les niveaux de l'entreprise, des lois contre la corruption transnationale et du programme ou des mesures de déontologie et de conformité de l'entreprise concernant la corruption transnationale » ;

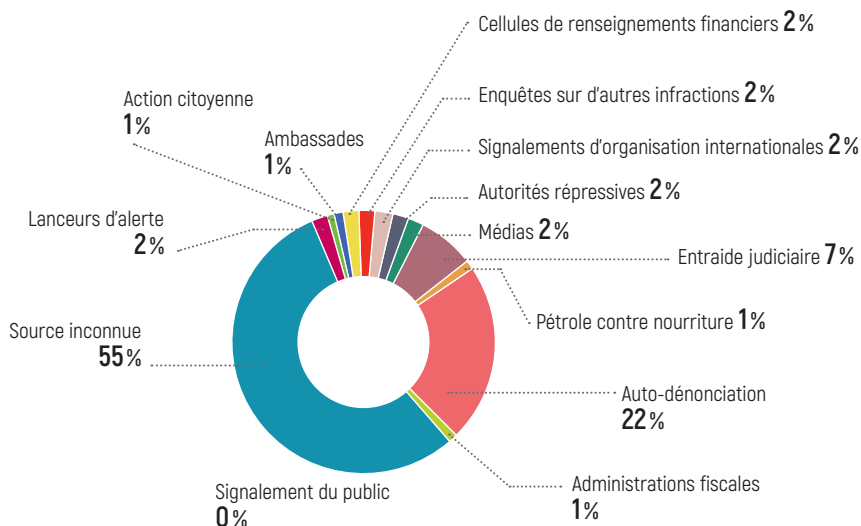
- ▶ « des examens périodiques des programmes ou des mesures de déontologie et de conformité, afin d'évaluer et d'améliorer leur efficacité dans la prévention et la détection de la corruption transnationale, en tenant compte des développements pertinents survenus dans ce domaine et de l'évolution des normes internationales et sectorielles ».

■ **347.** L'efficacité de ces mesures dans la prévention et la détection de la corruption transnationale est attestée notamment par une étude de l'OCDE réalisée en 2017, intitulée « The Detection of Foreign Bribery ».

---

Comment sont détectés les mécanismes de corruption transnationale ?  
1999-2017

---



Source : Base de données de l'OCE sur les affaires de corruption transnationale

Cette étude a établi, en particulier, que 24 % des actes de corruption transnationale mis au jour au cours d'une période de référence l'avait été à la suite d'une autodénonciation ou de la dénonciation d'un lanceur d'alerte.

De fait, au moins quatre États membres de l'Union européenne imposent d'ores et déjà aux entreprises de taille significative des obligations de prévention et de détection de la corruption : l'Allemagne, l'Italie, la France et le Royaume-Uni.

## ***b) Les dispositifs de prévention et de détection de la corruption existant dans les États membres***

■ **348.** À ce propos, la Commission a pris connaissance, en particulier, de l'étude comparative réalisée par la Direction générale du Trésor à la demande de l'Agence française anticorruption en 2018<sup>249</sup>, ainsi que des ressources de droit comparé disponibles.

Elle en a tiré les principales constatations suivantes.

■ **349.** En Allemagne, le droit fédéral n'impose pas d'obligation légale de prévention ou de détection de la corruption, à proprement parler, aux entreprises, quelles qu'elles soient.

En revanche, lorsqu'il est établi qu'une entreprise a participé à un acte de corruption, par l'intermédiaire d'un dirigeant ou d'un salarié, l'absence de mise en œuvre de mesures destinées à prévenir la commission d'un tel acte peut être appréciée par le Parquet du Länd compétent<sup>250</sup>.

Dans le cas où un acte de corruption a été commis par un dirigeant d'une entreprise, une amende peut être prononcée à l'encontre de cette entreprise, sur le fondement de l'article 30 de la loi fédérale relative aux infractions administratives<sup>251</sup>.

Dans le cas où un tel acte a été commis par un salarié d'une entreprise, une amende peut encore être prononcée à l'encontre de cette entreprise, à la condition de démontrer que celle-ci a été négligente dans la mise en œuvre de mesures destinées à prévenir la commission d'actes de corruption.

En tout état de cause, le montant de l'amende prononcée tient compte des mesures adoptées ou non par l'entreprise en matière de conformité et, plus précisément, de prévention de la corruption<sup>252</sup>.

■ **350.** En Italie, un décret-loi du 8 juin 2001 a défini un dispositif de prévention des infractions de corruption, dont la mise en œuvre par les entreprises de taille significative est impérative<sup>253</sup>.

Les entreprises assujetties à la mise en œuvre de ce dispositif ont pour obligation d'élaborer, en particulier, un code d'éthique et un « modèle d'organisation et de gestion » destiné à prévenir la commission d'infractions, parmi lesquelles figurent les infractions de corruption.

À ce titre, le décret-loi impose aux entreprises assujetties :

---

249. Direction générale du Trésor, *Étude comparative internationale, Prévention de la corruption*, janvier 2018.

250. *Ibid.*

251. *Ibid.*

252. *Ibid.*

253. Décret n° 231/2001 du 8 juin 2001.

- ▶ d'identifier les activités dans lesquelles des infractions peuvent être commises ;
- ▶ d'identifier les modalités de gestion des ressources financières susceptibles d'empêcher la commission de telles infractions ;
- ▶ de prévoir un système disciplinaire permettant de sanctionner l'inobservation des mesures adoptées <sup>254</sup>.

Le respect de ce dispositif permet aux entreprises qui y sont assujetties de s'exonérer de leur responsabilité pénale, instituée par le décret-loi du 8 juin 2001, dans le cas où l'une des infractions couvertes serait commise en son nom ou dans son intérêt <sup>255</sup>.

Une loi du 6 novembre 2012 a également imposé aux entreprises publiques des mesures de prévention supplémentaires et aggravé les sanctions de la violation de ces mesures <sup>256</sup>.

■ **351.** En France, on l'a vu, la loi du 9 décembre 2016 « relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », dite Sapin 2, impose aux entreprises dépassant certains seuils de mettre en œuvre un programme de conformité composé de plusieurs mesures et procédures <sup>257</sup>.

### Article 17

II. – Les personnes mentionnées au I mettent en œuvre les mesures et procédures suivantes :

- 1° Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ce code de conduite est intégré au règlement intérieur de l'entreprise et fait l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du Code du travail ;
- 2° Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société ;
- 3° Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activité et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité ;
- 4° Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ;
- 5° Des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas

254. <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>.

255. *Rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, Italie : phase 2*, OCDE, 2004.

256. Loi n° 190/2012 du 6 novembre 2012.

257. Voir *supra* n° 5.

utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la société, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du Code de commerce ;

6° Un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ;

7° Un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société ;

8° Un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Indépendamment de la responsabilité des personnes mentionnées au I du présent article, la société est également responsable en tant que personne morale en cas de manquement aux obligations prévues au présent II.

Une autorité administrative créée par la même loi, l'Agence française anticorruption (AFA), contrôle le respect de ces mesures et procédures par les entreprises qui y sont assujetties, et dispose du pouvoir de sanctionner leur violation, le cas échéant.

■ **352.** Au Royaume-Uni, enfin, le United Kingdom Bribery Act (UKBA), adopté en 2010, crée une infraction de défaut de prévention de la corruption applicable aux organisations commerciales (*failure of commercial organisations to prevent bribery*) et érige l'existence de « procédures adéquates » (*adequate procedures*) en fait justificatif de cette infraction<sup>258</sup>.

Une *guidance* publiée par le ministère de la Justice ajoute que ces procédures, quoique laissées à l'appréciation des organisations commerciales, doivent obéir à plusieurs principes.

Il est recommandé, en particulier, aux organisations commerciales assujetties au UKBA :

- ▶ de mettre en place des procédures proportionnées aux dimensions de l'organisation ainsi que la nature de ses activités : ceci inclut, notamment, la mise en place d'une procédure d'alerte éthique permettant de garantir la confidentialité des dénonciations ;
- ▶ d'affirmer un engagement clair et non univoque des dirigeants de l'organisation en matière de lutte contre la corruption : la guidance précise que cette exigence s'impose, indépendamment des dimensions ou de la nature des activités de l'organisation ;
- ▶ de procéder à une évaluation des risques de corruption internes et externes à l'organisation : cette évaluation doit être régulière et documentée ; elle doit permettre une catégorisation des risques de corruption, selon le pays, le secteur d'activité et la nature de la transaction ;

---

258. UKBA 2010, Section 7 (2).

- ▶ de prévoir la mise en œuvre d'audits et de vérifications des partenaires commerciaux, de manière à éviter que l'organisation n'entre en relation d'affaires avec des partenaires ayant commis ou susceptibles de commettre des actes de corruption ;
- ▶ de communiquer, en interne et en externe, sur la politique de l'organisation en matière de lutte contre la corruption, et de former leurs personnels à la prévention des risques de corruption ;
- ▶ enfin, de contrôler et d'évaluer périodiquement les procédures mises en place, de manière à pouvoir améliorer leur efficacité.

Ainsi conçue, la législation anglaise est généralement considérée comme l'une des plus exigeantes au monde <sup>259</sup>.

■ **353.** Au terme de cette revue, la Commission a estimé que le contenu de la directive imposant aux États membres de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption devrait être emprunté aux législations existantes des États membres, ainsi qu'à l'acquis de l'OCDE en la matière.

Elle a voulu envisager également la question de l'autorité en charge de contrôler le respect de ces obligations et d'en sanctionner la violation, le cas échéant.

### ***c) L'autorité en charge de contrôler le respect des obligations de prévention et de détection de la corruption***

■ **354.** À cet égard, la Commission a estimé que la directive adoptée devrait imposer aux États membres de désigner une autorité en charge de contrôler le respect des obligations de prévention et de détection de la corruption pesant sur les entreprises de taille significative, tout en laissant ceux-ci libres du choix de cette autorité, qui pourrait être administrative autant que judiciaire.

■ **355.** Le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit « RGPD », offre un exemple en la matière.

Aux termes de son article 51, intitulé « Autorité de contrôle » :

« 1. Chaque État membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques indépendantes sont chargées de surveiller l'application du présent règlement, afin de protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement et de faciliter le libre flux des données à caractère personnel au sein de l'Union (ci-après dénommée « autorité de contrôle »).

2. Chaque autorité de contrôle contribue à l'application cohérente du

---

259. Rapport anticorruption de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 21.



présent règlement dans l'ensemble de l'Union. À cette fin, les autorités de contrôle coopèrent entre elles et avec la commission conformément au chapitre VII.

3. Lorsqu'un État membre institue plusieurs autorités de contrôle, il désigne celle qui représente ces autorités au comité et définit le mécanisme permettant de s'assurer du respect, par les autres autorités, des règles relatives au mécanisme de contrôle de la cohérence visé à l'article 63.

4. Chaque État membre notifie à la commission les dispositions légales qu'il adopte en vertu du présent chapitre, au plus tard, le 25 mai 2018 et, sans tarder, toute modification ultérieure les affectant. »

Un premier bilan d'application du RGPD a montré, d'une part, que les États membres s'étaient conformés à l'obligation qui leur est faite de désigner une autorité indépendante chargée du traitement des données à caractère personnel, et, d'autre part, que les autorités désignées avaient fait un usage efficace des pouvoirs qui leur sont conférés par le règlement <sup>260</sup>.

■ **356.** En matière de lutte contre la corruption, certains États membres, tels que la France, disposent déjà d'autorités spécifiques en charge de contrôler les obligations de prévention et de détection de la corruption pesant sur les entreprises de taille significative.

D'autres États membres ont fait le choix différent de doter l'autorité judiciaire d'une compétence spécifique en matière de lutte contre la corruption <sup>261</sup>.

■ **357.** Dans ces conditions, il est apparu à la Commission que, s'il serait opportun que la directive adoptée impose aux États membres de désigner une autorité en charge de contrôler le respect des obligations de prévention et de détection de la corruption pesant sur les entreprises de taille significative, ceux-ci devraient rester libres du choix de cette autorité.

La création d'une autorité ou d'une agence européenne unique en charge de ce contrôle est, par ailleurs, apparue irréaliste à ce stade à la Commission.

#### **4. Les recommandations de la Commission**

■ **358.** Pour atteindre les objectifs d'une politique globale et cohérente de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption, la Commission recommande d'envisager, en parallèle l'une de l'autre :

260. Commission européenne, « Le règlement général sur la protection des données donne des résultats, mais les travaux doivent se poursuivre », communiqué de presse, 24 juillet 2019 : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_19\\_4449](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_4449).

261. Rapport anticorruption de l'Union européenne, préc., p. 15.

- ▶ l'adoption d'un paquet anticorruption de droit européen, composé de plusieurs textes nouveaux ;
- ▶ l'insertion de clauses anticorruption dans les actes de droit européen dérivé, existants et à venir.

■ **359.** Le paquet anticorruption de droit européen devrait être composé de trois textes, adoptés en la forme de directives.

■ **360.** Une première directive devrait imposer aux États membres de se conformer aux principes et recommandations dégagés par l'OCDE en matière de lutte contre la corruption, sur le fondement en particulier de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997.

Cette directive réaliserait une première étape dans l'harmonisation des droits nationaux des États membres et augmenterait aussitôt la crédibilité de l'Union européenne dans le monde, toute en manifestant la confiance de cette dernière dans le fonctionnement des institutions multilatérales.

Elle pourrait être adoptée sur le fondement de l'article 83.1 du TFUE, sans blocage prévisible, dans la mesure où la plupart des États membres ont d'ores et déjà ratifié la convention de l'OCDE de 1997, à l'exception de Chypre, de la Croatie, de Malte et de la Roumanie.

■ **361.** Cette première directive devrait être accompagnée d'une deuxième mesure consistant à abroger la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la corruption dans le secteur privé, puis à reprendre le contenu de cette décision-cadre dans une directive, également adoptée sur le fondement de l'article 83.1 du TFUE, tout en le modernisant.

En particulier, la nouvelle directive adoptée devrait imposer aux États membres d'incriminer les actes de corruption active ou passive dans le secteur privé commis en dehors de leur territoire, mais présentant un lien de rattachement avec celui-ci, ainsi que le permet par exemple l'article 435-6-2 du Code pénal français, depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2.

Cette modification permettrait de mettre l'ensemble des juridictions des États membres à égalité d'armes avec les juridictions des États tiers les plus actives en matière de lutte contre la corruption internationale, en particulier les américaines et britanniques.

Ce faisant, elle contribuerait à rééquilibrer la relation de l'Union européenne avec les États-Unis d'Amérique et à mieux protéger les entreprises européennes.

■ **362.** Une troisième directive, enfin, devrait imposer aux États membres de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption, tout en laissant ceux-ci libres

du choix de l'autorité en charge de contrôler le respect de ces obligations et d'en sanctionner la violation, le cas échéant.

Le contenu de cette directive devrait être emprunté à l'acquis de l'OCDE en la matière – en particulier à la recommandation du Conseil de cette organisation du 26 novembre 2019 –, ainsi qu'à une revue exhaustive des droits des États membres imposant déjà à leurs entreprises des obligations de prévention et de détection de la corruption.

Cette dernière directive concourrait à instaurer un *level playing field* européen en matière de lutte contre la corruption, favorable au fonctionnement du marché intérieur.

À ce titre, elle pourrait être adoptée sur le fondement de l'article 114.1 du TFUE.

## **B. INSÉRER DES CLAUSES ANTICORRUPTION DANS LES ACTES DE DROIT EUROPÉEN DÉRIVÉ**

■ **363.** Parallèlement à l'adoption d'un paquet anticorruption, des clauses anticorruption devraient être insérées dans les actes de droit européen dérivé, en particulier dans les directives sectorielles et les accords commerciaux conclus par l'Union européenne.

### **1. Insérer des clauses anticorruption dans les directives sectorielles**

■ **364.** La Commission a constaté que de telles clauses existent déjà, en ce qui concerne l'accès à la commande publique, dans les directives relatives aux marchés publics, depuis que celles-ci ont été refondues en 2014.

■ **365.** À titre d'exemple, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics affirme, dans un considérant :

« Les marchés publics ne devraient pas être attribués à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou ont été déclarés coupables de corruption, de fraude au détriment des intérêts financiers de l'Union, d'infractions terroristes, de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme <sup>262</sup>. »

Après quoi, la directive énonce, dans son article 57, intitulé « Motifs d'exclusion » :

« Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils

---

262. Considérant 100.

ont établi, en procédant à des vérifications [...], ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, pour l'une des raisons suivantes :

[...]

b) corruption, telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, ou telle qu'elle est définie dans le droit national du pouvoir adjudicateur ou de l'opérateur économique. »

Des dispositions comparables existent dans la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports et des services postaux <sup>263</sup>, ainsi que dans la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession <sup>264</sup>.

■ **366.** L'efficacité de ces différentes dispositions est attestée, pourvu que les pouvoirs adjudicateurs usent effectivement de la faculté d'exclusion a priori des opérateurs économiques non fiables en termes de conflits d'intérêts, de corruption ou de fraude qui leur est ouverte.

Dans un arrêt « Meca » du 19 juin 2019, la Cour de justice de l'Union européenne a ainsi confirmé la faculté d'exclusion a priori ouverte aux pouvoirs adjudicateurs, en reconnaissant la possibilité pour ceux-ci d'exclure un soumissionnaire en cas de faute grave, y compris lorsqu'un recours contestant cette faute est pendant <sup>265</sup>.

### **CJUE, 19 juin 2019, Meca, extrait**

42. Compte tenu de ce qui précède, il y a donc lieu de répondre à la question posée que l'article 57, paragraphe 4, sous c) et g), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle l'introduction d'un recours juridictionnel contre la décision de résilier un contrat de marché public prise par un pouvoir adjudicateur en raison de défaillances importantes survenues lors de son exécution empêche le pouvoir adjudicateur qui lance un nouvel appel d'offres de porter une quelconque appréciation, au stade de la sélection des soumissionnaires, sur la fiabilité de l'opérateur concerné par cette résiliation.

De même, une violation du droit de la concurrence a-t-elle été considérée récemment par la CJUE comme une « faute grave », constituant un motif

263. À l'article 53.

264. À l'article 35.

265. CJUE, 19 juin 2019, Meca, aff. C-41/18.

légitime d'exclusion des marchés publics <sup>266</sup>.

Par analogie, il apparaît évident qu'un acte de corruption constituerait une faute grave, au sens de la jurisprudence de la CJUE, ouvrant aux pouvoirs adjudicateurs la faculté d'exclure a priori un opérateur économique de la possibilité de soumissionner à un marché public.

■ **367.** Aussi, la Commission a-t-elle estimé que des clauses anticorruption, comparables à celles existant déjà dans les directives relatives aux marchés publics, devraient être insérées dans les actes de droit européen dérivé sectoriels subordonnant à autorisation l'exercice de certaines activités réglementées, comme en matière de banque, de services d'investissement et d'assurance.

Ces clauses, en conditionnant l'accès des opérateurs économiques au marché intérieur à des exigences de probité, contribueraient à rétablir un rapport équilibré entre l'Union européenne et les États-Unis, ainsi que les autres puissances régionales, en matière de lutte contre la corruption.

Elles pourraient être introduites dans les actes de droit européen dérivé sectoriels concernés sur le fondement de l'article 114.1 du TFUE, selon la procédure législative ordinaire.

## **2. Insérer des clauses anticorruption dans les accords commerciaux conclus par l'Union européenne**

■ **368.** La Commission a constaté également que les accords d'association conclus entre l'Union européenne et les États tiers comportent usuellement une clause, parfois dite « clause droits fondamentaux et État de droit », permettant de déchoir des avantages qui leur sont accordés les États tiers qui ne respecteraient pas certains engagements pris en matière de droits fondamentaux.

Cette clause, introduite à l'origine dans les accords conclus avec l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie en 1992, a été depuis étendue à l'ensemble des accords d'association conclus par l'Union européenne <sup>267</sup>.

■ **369.** En outre, les accords commerciaux dits « de nouvelle génération » conclus entre l'Union européenne et les États tiers contiennent parfois des clauses relatives à la corruption ou, plus largement, à la gouvernance.

Ainsi, l'accord de partenariat et de coopération conclu par l'Union européenne avec l'Indonésie en 2009 comporte-t-il une clause, aux termes de laquelle :

---

266. CJUE ord., 4 juin 2019, CNS.

267. Voir par exemple LOCHAK (D.), « Les droits de l'homme dans les accords d'association et de coopération conclus par l'Union européenne », *Union européenne et droit international*, Pedone, 2012, p. 539.

« Les parties conviennent de coopérer et de contribuer à la lutte contre la criminalité organisée, à caractère économique et financier, et contre la corruption, dans le respect total de leurs obligations mutuelles et internationales dans ce domaine, notamment par une coopération efficace dans le recouvrement d'actifs ou de fonds provenant d'actes de corruption. Cette disposition constitue un élément essentiel du présent accord. »

De même, l'accord de partenariat économique conclu par l'Union européenne avec le Japon en 2019, récemment entré en vigueur, contient-il une clause, selon laquelle :

« 1. Les parties reconnaissent l'importance de disposer d'un cadre de gouvernance d'entreprise efficace pour parvenir à la croissance économique au moyen de marchés performants et de systèmes financiers sains fondés sur les principes de transparence, d'efficacité, de confiance et d'intégrité.

2. Chaque partie prend des mesures appropriées pour mettre en place un cadre de gouvernance d'entreprise efficace sur son territoire, étant entendu que ces mesures permettront d'attirer et d'encourager les investissements par le renforcement de la confiance des investisseurs et l'amélioration de la compétitivité, ce qui permettra aux parties de profiter au mieux des possibilités découlant de leurs engagements respectifs en matière d'accès aux marchés. »

Cette dernière clause, si elle ne mentionne pas expressément la lutte contre la corruption, fait néanmoins référence aux principes de transparence et d'intégrité.

Il est permis de penser que le « cadre de gouvernance d'entreprise efficace » qu'elle exige des États parties devrait permettre de prévenir et de détecter efficacement les actes de corruption.

■ **370.** Sur la base de ces constatations, la Commission est convenue qu'une clause de conditionnalité relative à la lutte contre la corruption devrait être systématiquement imposée par l'Union européenne dans les accords de partenariat économique de nouvelle génération conclus avec des États tiers.

À l'instar de la clause « droits fondamentaux et État de droit » généralisée dans les accords d'association conclus par l'Union européenne, cette autre clause permettrait de déchoir des avantages commerciaux qui leur sont accordés les États tiers qui ne respecteraient pas certains engagements fondamentaux pris en matière de lutte contre la corruption.

Elle contribuerait ainsi à asseoir la crédibilité internationale de l'Union européenne, de ses normes et de ses pratiques en matière de lutte contre la corruption.

### **3. Les recommandations de la commission**

■ **371.** Parallèlement à l'adoption d'un paquet anticorruption de droit européen, des clauses anticorruption devraient être insérées dans les actes de droit européen dérivé, en particulier dans les directives sectorielles et les accords commerciaux conclus par l'Union européenne.

■ **372.** De telles clauses existent déjà, en ce qui concerne l'accès à la commande publique, dans les directives relatives aux marchés publics, depuis que celles-ci ont été refondues en 2014.

Des clauses analogues devraient également être introduites dans les actes de droit européen dérivé sectoriels subordonnant à autorisation l'exercice de certaines activités réglementées, comme en matière de banque, de services d'investissement et d'assurance.

Ces clauses, en conditionnant l'accès des opérateurs économiques au marché intérieur à des exigences de probité, contribueraient à rétablir un rapport équilibré entre l'Union européenne et les États-Unis, ainsi que les autres puissances régionales, en matière de lutte contre la corruption.

Elles pourraient être introduites dans les actes de droit européen dérivé sectoriels concernés sur le fondement de l'article 114.1 du TFUE.

■ **373.** Les accords d'association conclus entre l'Union européenne et les États tiers comportent usuellement une clause, parfois dite « clause droits fondamentaux et État de droit », permettant de déchoir des avantages qui leur sont accordés les États tiers qui ne respecteraient pas certains engagements pris en matière de droits fondamentaux.

Une clause de conditionnalité relative à la lutte contre la corruption devrait être systématiquement imposée par l'Union européenne dans les accords de partenariat économique de nouvelle génération conclus avec les États tiers.

À l'instar de la clause « droits fondamentaux et État de droit » généralisée dans les accords d'association conclus par l'Union européenne, cette clause permettrait de déchoir des avantages commerciaux qui leur sont accordés les États tiers qui ne respecteraient pas certains engagements fondamentaux pris en matière de lutte contre la corruption.

Elle contribuerait ainsi à asseoir la crédibilité internationale de l'Union européenne, de ses normes et de ses pratiques en matière de lutte contre la corruption.

## CHAPITRE III

---

# AMÉLIORER LA COOPÉRATION ENTRE LES ÉTATS MEMBRES EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

---

■ **374.** L'adoption d'un paquet anticorruption de droit européen devrait s'accompagner, sur le plan processuel, d'un renforcement de la coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale.

■ **375.** Sur cet autre plan, la Commission a souhaité mener une réflexion sur la possibilité d'étendre la compétence du Parquet européen, récemment créé, à l'ensemble des actes de corruption transnationale, indépendamment du point de savoir si ceux-ci portent ou non atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

À l'issue de cette réflexion, elle a constaté cependant qu'une telle extension, bien que souhaitable à terme, se heurterait néanmoins dans l'immédiat à plusieurs obstacles dirimants.

Aussi, la Commission a-t-elle fait le choix de recommander, dans un premier temps, un renforcement de la coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale au sein principalement d'Eurojust, qui constitue le cadre naturel de résolution des conflits de juridictions en matière répressive.

### A. À TERME, ÉTENDRE LA COMPÉTENCE DU PARQUET EUROPÉEN

#### 1. Les limites à la compétence du Parquet européen

■ **376.** La compétence du Parquet européen, créé par le règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017, est actuellement limitée à plusieurs égards : dans le temps ; dans l'espace – au sein de l'Union européenne et en dehors de celle-ci – ; et quant aux infractions couvertes.

##### *a) La limitation de la compétence du Parquet européen dans le temps*

■ **377.** La Commission est convenue, à l'issue de ses travaux, que l'Union européenne devrait se doter plus tarder d'une politique globale et cohérente en matière de lutte contre la corruption <sup>268</sup>.

■ **378.** Or, la mise en place du Parquet européen, puis l'exercice effectif de sa compétence par celui-ci, s'inscriront nécessairement dans le temps.

---

268. Voir *supra* n° 330.



■ **379.** Certes, le règlement du 12 octobre 2017 est entré en vigueur le vingtième jour suivant sa publication au *Journal officiel* de l'Union européenne, soit le 20 novembre 2017.

Mais ses effets dans le temps sont différés, en application de son article 120.2, selon lequel :

« Le Parquet européen exerce sa compétence à l'égard de toute infraction relevant de ses attributions commise après la date d'entrée en vigueur du présent règlement.

Le Parquet européen assume les tâches d'enquête et de poursuite qui lui incombent en vertu du présent règlement à une date qui sera fixée par une décision de la commission, sur proposition du chef du Parquet européen, dès que le Parquet européen aura été mis en place. La décision de la commission est publiée au *Journal officiel* de l'Union européenne.

La date est fixée par la commission au plus tôt trois ans après la date d'entrée en vigueur du présent règlement. »

■ **380.** De ces dispositions, il résulte que le Parquet européen ne sera mis en place que le 20 novembre 2020 au plus tôt.

■ **381.** En outre, celui-ci ne sera compétent qu'à l'égard des infractions relevant de ses attributions commises après le 20 novembre 2017, à l'exclusion des infractions commises avant cette date.

Ceci soulèvera alors la question de la compétence du Parquet européen à l'égard des infractions continues nées avant le 20 novembre 2017, dont les effets se prolongeraient après cette date.

■ **382.** Enfin, dans le cadre de la mise en œuvre du règlement du 20 novembre 2017, l'adoption des textes suivants est prévue sur le plan national.

- ▶ une loi organique sur les aspects statutaires du Parquet européen ;
- ▶ une loi spéciale sur les modalités procédurales de fonctionnement du Parquet européen ;
- ▶ une inscription, dans les lois de finances annuelles, des dépenses budgétaires afférentes au fonctionnement du Parquet européen <sup>269</sup>.

### ***b) La limitation de la compétence du Parquet européen au sein de l'Union européenne***

■ **383.** La limitation de la compétence du Parquet européen dans l'espace, au sein de l'Union européenne, est liée au fait que le règlement du 12 octobre 2017 a été adopté selon la procédure des coopérations renforcées.

---

269. Voir, sur ce point, le rapport Bigot-Joissains au Sénat n° 509 (2018-2019) du 16 mai 2019.

■ **384.** À l'origine, le règlement a été adopté à la demande de seize États membres : l'Allemagne, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, la Lituanie, le Luxembourg, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie.

Il a été adopté ensuite par quatre États membres en 2017 (l'Autriche, l'Estonie, l'Italie et la Lettonie), puis par deux autres États membres supplémentaires en 2018 (Malte et les Pays-Bas).

À l'heure actuelle, le règlement du 12 octobre 2017 « mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen » s'applique donc dans vingt-deux États membres, sur un total de vingt-huit.

Cinq États membres disposent, par ailleurs, d'une possibilité d'adhésion au règlement (*opt in*) : le Danemark, l'Irlande, la Hongrie, la Pologne et la Suède.

■ **385.** Le règlement prévoit, en ce qui concerne la coopération avec les États membres qui ne participent pas à la coopération renforcée, deux dispositions particulières.

D'une part, l'article 99, intitulé « Dispositions communes », envisage l'existence de « relations de coopération » et la conclusion « d'arrangements de travail de nature technique et/ou opérationnelle ».

#### **Article 99** **Dispositions communes**

1. Dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions, le Parquet européen peut nouer et entretenir des relations de coopération avec des institutions, organes et organismes de l'Union conformément à leurs objectifs respectifs, ainsi qu'avec les autorités d'États membres de l'Union européenne qui ne participent pas à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, les autorités de pays tiers et des organisations internationales.
2. Dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions, le Parquet européen peut, conformément à l'article 111, échanger directement toutes les informations avec les entités visées au paragraphe 1 du présent article, sauf disposition contraire du règlement.
3. Aux fins exposées aux paragraphes 1 et 2, le Parquet européen peut conclure des arrangements de travail avec les entités visées au paragraphe 1. Ces arrangements de travail sont de nature technique et/ou opérationnelle et visent, en particulier, à faciliter la coopération et l'échange d'informations entre les parties. Les arrangements de travail ne peuvent pas servir de base pour permettre l'échange de données à caractère personnel ni avoir des effets juridiquement contraignants pour l'Union ou ses États membres.

D'autre part, l'article 105, intitulé « Relations avec les États membres de l'Union européenne qui ne participent pas à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen », précise le contenu des arrangements de travail visés à l'article 99 et prévoit d'autres possibilités de coopération, jugées complexes par la Commission de manière unanime.

## Article 105

### **Relations avec les États membres de l'Union européenne qui ne participent pas à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen**

1. Les arrangements de travail visés à l'article 99, paragraphe 3, mis en place avec les autorités des États membres de l'Union européenne qui ne participent pas à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen peuvent porter en particulier sur l'échange d'informations stratégiques et le détachement de fonctionnaires de liaison auprès du Parquet européen.
2. En accord avec les autorités compétentes concernées, le Parquet européen peut désigner des points de contact dans les États membres de l'Union européenne qui ne participent pas à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen afin de faciliter la coopération, en fonction des besoins du Parquet européen.
3. En l'absence d'instrument juridique relatif à la coopération en matière pénale et de remise entre le Parquet européen et les autorités compétentes des États membres de l'Union européenne qui ne participent pas à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, les États membres notifient le Parquet européen en tant qu'autorité compétente aux fins de la mise en œuvre des actes de l'Union applicables dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale pour les affaires relevant de la compétence du Parquet européen, dans leurs relations avec les États membres de l'Union européenne qui ne participent pas à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

■ **386.** En dépit de ces possibilités de coopération, la circonstance que le règlement ne soit actuellement applicable que dans certains États membres, à l'exclusion des autres, limite l'intérêt d'étendre la compétence du Parquet européen à l'ensemble des actes de corruption transnationale.

À la supposer ainsi étendue, la compétence du Parquet européen ne s'imposerait pas, en tout état de cause, aux États membres concernés par ces actes qui ne participent pas à la coopération renforcée relative au Parquet européen.

### ***c) La limitation de la compétence du Parquet européen en dehors de l'Union européenne***

■ **387.** L'article 23 du règlement du 12 octobre 2017, intitulé « Compétences territoriale et personnelle du Parquet européen », prévoit que le Parquet européen sera compétent, à compter de son installation, à l'égard des infractions relevant de ses attributions, « lorsque ces infractions :

- a) ont été commises en totalité ou en partie sur le territoire d'un ou de plusieurs États membres ;
- b) ont été commises par un ressortissant d'un État membre, pour autant qu'un État membre soit compétent à l'égard de ses infractions lorsqu'elles sont commises en dehors de son territoire ; ou
- c) ont été commises en dehors des territoires visés au point a) par une personne qui, au moment de l'infraction, était soumise au statut des fonctionnaires ou au régime applicable aux autres agents, pour autant qu'un État membre soit compétent à l'égard de ces infractions lorsqu'elles sont commises en dehors de son territoire. »

■ **388.** Ainsi conçu, cet article entérine l'absence de solution commune retenue par le règlement pour fonder la compétence du Parquet européen à l'égard des infractions relevant de ses attributions qui ne sont pas commises sur le territoire d'un État membre.

Dans ce cas, en effet, il est renvoyé par le règlement aux règles nationales de compétence, territoriale ou personnelle, par exemple aux articles 113-1 et suivants du Code pénal, s'agissant du droit français.

■ **389.** C'est pourquoi la Commission recommande, par ailleurs, de réviser la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, de manière à imposer aux États membres d'incriminer les actes de corruption active et passive dans le secteur privé, commis en dehors de leur territoire mais présentant un lien de rattachement avec celui-ci <sup>270</sup>.

### ***d) La limitation de la compétence du Parquet européen quant aux infractions couvertes***

■ **390.** Il s'agit là de la principale difficulté en présence, dans la perspective d'étendre la compétence du Parquet européen à l'ensemble des actes de corruption transnationale.

■ **391.** Selon l'article 22 du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017, intitulé « Compétence matérielle du Parquet européen », le Parquet européen est compétent, à titre principal, « à l'égard des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qui sont prévues par la directive (UE) 2017/1371 » – et ce, « indépendamment de

---

270. Voir *supra* n° 292.

la question de savoir si le même comportement délictueux pourrait être classé comme un autre type d'infraction en droit interne ».

■ **392.** a) La compétence matérielle du Parquet européen se trouve ainsi limitée, en premier lieu, par la définition des infractions visées par la directive (UE) 2017/1371 du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

■ **393.** L'article 3 de cette directive vise en particulier la « fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union », en procédant à une énumération détaillée d'infractions.

### **Article 3** **Fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union**

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union constitue une infraction pénale, lorsqu'elle est intentionnelle.

2. Aux fins de la présente directive, les éléments suivants sont considérés comme étant une fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union :

- a) en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics, tout acte ou omission relatif :
  - i) à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet le détournement ou la rétention indue de fonds ou d'avoirs provenant du budget de l'Union ou des budgets gérés par l'Union ou pour son compte ;
  - ii) à la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet ; ou
  - iii) au détournement de tels fonds ou avoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été initialement accordés ;
  
- b) en matière de dépenses relatives aux marchés publics, à tout le moins en vue, pour son auteur ou une autre personne, de réaliser un gain illicite en causant un préjudice aux intérêts financiers de l'Union, tout acte ou omission relatif :
  - i) à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet le détournement ou la rétention indue de fonds ou d'avoirs provenant du budget de l'Union ou des budgets gérés par l'Union ou pour son compte ;
  - ii) à la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet ; ou
  - iii) au détournement de tels fonds ou avoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été initialement accordés, qui porte atteinte aux intérêts de l'Union ;

- c) en matière de recettes autres que les recettes issues des ressources propres provenant de la TVA visées au point d), tout acte ou omission relatif :
  - i) à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la diminution illégale de ressources du budget de l'Union ou des budgets gérés par l'Union ou pour son compte ;
  - ii) à la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet ; ou
  - iii) au détournement d'un avantage légalement obtenu, ayant le même effet ;
  
- d) en matière de recettes issues des ressources propres provenant de la TVA, tout acte ou omission commis dans le cadre d'un système frauduleux transfrontière concernant :
  - i) l'utilisation ou la présentation de déclarations ou de documents relatifs à la TVA qui sont faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la diminution des ressources du budget de l'Union ;
  - ii) la non-communication d'une information relative à la TVA en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet ; ou
  - iii) la présentation de déclarations relatives à la TVA correctes aux fins de la dissimulation frauduleuse d'une absence de paiement ou de la création illégitime de droits à des remboursements de TVA.

■ **394.** En outre, l'article 4 de la directive impose aux États membres de sanctionner pénalement le blanchiment de capitaux, ainsi que la corruption passive et la corruption active.

#### **Article 4** **Autres infractions pénales liées portant atteinte** **aux intérêts financiers de l'Union**

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le blanchiment de capitaux, tel que décrit à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive (UE) 2015/849, concernant des biens provenant des infractions couvertes par la présente directive constitue une infraction pénale.
  
2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la corruption passive et la corruption active, lorsqu'elles sont intentionnelles, constituent des infractions pénales :
  - a) aux fins de la présente directive, on entend par « corruption passive », le fait, pour un agent public, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages, de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir un acte relevant de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union ;

b) aux fins de la présente directive, on entend par « corruption active », le fait, pour quiconque, de promettre, de proposer, ou de donner, directement ou par l'intermédiaire de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un agent public, pour lui-même ou pour un tiers, pour que cet agent public accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte relevant de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

■ **395.** Le même article vise encore le détournement de fonds.

#### **Article 4** **Autres infractions pénales liées portant atteinte** **aux intérêts financiers de l'Union**

3. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'un détournement, lorsqu'il est intentionnel, constitue une infraction pénale. Aux fins de la présente directive, on entend par « détournement », le fait, pour un agent public auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

■ **396.** Pour chacune des infractions qu'elle vise, la directive du 5 juillet 2017 adopte, en outre, une définition étendue de la notion d'agent public, qui englobe les agents de l'Union et les agents nationaux, au sens du droit national de l'État qui les emploie, mais aussi « toute autre personne investie d'une fonction de service public ».

#### **Article 4** **Autres infractions pénales liées portant atteinte** **aux intérêts financiers de l'Union**

4. Aux fins de la présente directive, on entend par « agent public » :

- a) un agent de l'Union ou un agent national, y compris tout agent national d'un autre État membre et tout agent national d'un pays tiers ;
  - i) par « agent de l'Union », on entend une personne qui est :
    - fonctionnaire ou autre agent engagé par contrat par l'Union au sens du statut des fonctionnaires de l'Union européenne et du régime applicable aux autres agents de l'Union européenne fixé par le règlement (CEE, Euratom, CECA) no 259/68 du Conseil (16) (ci-après dénommé « statut »),
    - ou détachée auprès de l'Union par un État membre ou par tout organisme public ou privé et qui y exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents de l'Union.

Sans préjudice des dispositions sur les privilèges et immunités figurant dans les protocoles nos 3 et 7, sont assimilés aux fonctionnaires de l'Union les membres des institutions, organes et organismes de l'Union créés conformément aux traités, ainsi que le personnel de ces derniers, pour autant que le statut ne s'applique pas à leur égard ;

- ii) les termes « agent national » s'entendent par référence à la définition du « fonctionnaire » ou de l'« agent public » dans le droit national de l'État membre ou du pays tiers dans lequel la personne en question exerce ses fonctions.

Néanmoins, lorsqu'il s'agit de poursuites impliquant un agent national d'un État membre ou un agent d'un pays tiers et engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition d'« agent national » que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national.

Les termes « agent national » incluent toute personne exerçant une fonction exécutive, administrative ou juridictionnelle au niveau national, régional ou local. Toute personne exerçant des fonctions législatives au niveau national, régional ou local est assimilée aux agents nationaux ;

- b) toute autre personne investie d'une fonction de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou comportant des décisions relatives à ceux-ci dans les États membres ou dans des pays tiers et qui exerce une telle fonction.

■ **397.** À ce point de vue, et contrairement à ce qui est affirmé parfois, il existe donc bien un acquis européen en matière de manquements à la probité, notamment de corruption, pour l'application duquel le Parquet européen sera compétent, à la condition que ces manquements portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

En particulier, le Parquet européen sera compétent à compter de son installation pour rechercher, enquêter, poursuivre et renvoyer en jugement devant les juridictions nationales compétentes les auteurs et complices de corruption passive et de corruption active, telles que ces infractions sont définies par la directive du 15 juillet 2017, et ce alors même que les comportements visés ne seraient pas constitutifs d'infractions dans les droits internes des États membres.

■ **398.** Cette avancée n'élimine toutefois pas une difficulté majeure, qui fait obstacle à l'extension immédiate de la compétence du Parquet européen à l'ensemble des actes de corruption transnationale.

■ **399.** b) La compétence matérielle du Parquet européen est, en effet, limitée à deux égards encore.

■ **400.** D'une part, le Parquet européen n'est compétent que lorsque les infractions relevant de ses attributions entraînent un préjudice supérieur à 10 000 euros et, s'agissant des fraudes à la TVA, à 10 000 000 d'euros.



Dans une logique de subsidiarité, les Parquets nationaux des États membres sont considérés comme étant mieux placés et plus efficaces, lorsque les infractions en cause entraînent un préjudice inférieur à ces seuils.

■ **401.** D'autre part, et surtout, le Parquet européen n'est compétent que lorsque ces infractions « portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union », au sens de la directive du 5 juillet 2017.

Il en résulte en particulier que les actes de corruption transnationale qui ne portent pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne échappent à la compétence du Parquet européen.

## **2. Les moyens de surmonter les limites à la compétence du Parquet européen**

■ **402.** Pour surmonter les limites mises à la compétence du Parquet européen, plusieurs possibilités se présentent.

■ **403.** Une première possibilité consisterait à préconiser une interprétation large de la notion « d'infraction indissociablement liée » à une autre infraction relevant des attributions du Parquet européen.

Selon l'article 22.3 du règlement du 12 octobre 2017, « le Parquet européen est également compétent à l'égard de toute autre infraction pénale indissociablement liée à un comportement délictueux relevant du champ d'application du paragraphe 1 du présent article ».

La notion d'infraction indissociablement liée est précisée par deux considérants du règlement, de la manière suivante :

« (55) Le Parquet européen devrait avoir le droit d'exercer sa compétence lorsque des infractions sont indissociablement liées et que l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union est prépondérante au regard de la gravité de l'infraction concernée, telle qu'elle ressort de la peine maximale susceptible d'être infligée.

(56) Toutefois, le Parquet européen devrait aussi avoir le droit d'exercer sa compétence en cas d'infractions indissociablement liées lorsque l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union n'est pas prépondérante au regard du niveau de sanction, mais que l'autre infraction indissociablement liée est réputée accessoire par nature parce qu'elle sert uniquement à commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, en particulier lorsque cette infraction a été commise dans le but principal de créer les conditions permettant de commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, telle qu'une infraction ayant pour seul objectif de se procurer les moyens matériels ou légaux de commettre ladite infraction, d'en tirer profit ou d'en obtenir le produit. »

La notion apparaît toutefois complexe et, en tout état de cause, étroitement liée à l'existence d'une infraction principale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

■ **404.** Aussi, une autre possibilité, pour étendre la compétence du Parquet européen au-delà des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, serait-elle de faire prévaloir une interprétation large de la notion de « protection des intérêts financiers de l'Union » elle-même.

Des indices d'une telle interprétation existent, dès à présent, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), en particulier depuis un arrêt « Taricco » du 8 septembre 2015, qui s'est déterminé par les motifs suivants :

« 38 La Cour a souligné, à cet égard, [qu'un] lien direct existe entre la perception des recettes provenant de la TVA dans le respect du droit de l'Union applicable et la mise à disposition du budget de l'Union des ressources de TVA correspondantes, dès lors que toute lacune dans la perception des premières se trouve potentiellement à l'origine d'une réduction des secondes. »

[...]

« 42 En l'occurrence, il ressort de la décision de renvoi que la réglementation nationale prévoit des sanctions pénales pour les délits faisant l'objet des poursuites au principal, à savoir, notamment, la formation d'une association de malfaiteurs en vue de commettre des délits en matière de TVA ainsi qu'une fraude en cette même matière à hauteur de plusieurs millions d'euros. Il y a lieu de constater que de tels délits constituent des cas de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. »

[...]

« 58 Il incombe à la juridiction nationale de donner plein effet à l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE, en laissant, au besoin, inappliquées les dispositions de droit national qui auraient pour effet d'empêcher l'État membre concerné de respecter les obligations mises à sa charge par l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE <sup>271</sup>. »

La pertinence et l'importance de cette jurisprudence, à présent constante en matière de fraude<sup>272</sup>, sont illustrées par le fait que la Commission européenne la mentionne, dans son vingt-neuvième rapport sur la lutte

---

271. CJUE, 8 sept. 2015, Taricco, aff. C-105/14. Adde : CJUE, 5 décembre 2017, MAS et MB, aff. C-42/17, Europe 2018, comm. 84 par D. Simon.

272. Voir également en ce sens : CJUE, 20 mars 2018, Menci, aff. C-524-15 ; CJUE, 20 mars 2018, Garisson Real Estate SA, aff. C. 537/16 ; CJUE, 20 mars 2018, Di Puma, aff. jointes C-596/16 et C-597/16. Sur ces trois dernières affaires, voir : Europe 2018, comm. 169 par D. Simon. Adde : CJUE, 2 mai 2018, Scialdone, aff. C-574/15.

contre la fraude publié en 2018, comme un indice du renforcement de la lutte contre la fraude <sup>273</sup>.

Toutefois, si ces considérations jurisprudentielles valent pour les fraudes à la TVA, dont le lien avec la protection des intérêts financiers de l'Union européenne est évident, elles ne suffisent pas à établir une compétence potentielle du Parquet européen à l'égard des actes de corruption transnationale sans lien apparent avec la protection des intérêts financiers de l'Union.

■ **405.** La solution la plus radicale, à ce dernier point de vue, consisterait bien entendu à recommander une extension de la compétence du Parquet européen aux actes de corruption transnationale, en rompant le lien actuellement établi par le règlement du 12 octobre 2017 entre la compétence matérielle de ce Parquet et la protection des intérêts financiers de l'Union européenne.

■ **406.** La Commission est toutefois convenue que l'on ne saurait se dissimuler les difficultés pratiques, politiques et juridiques d'une telle extension.

■ **407.** Sur le plan pratique, le Parquet européen, dont la création a été obtenue dans le cadre d'une procédure de coopération renforcée, n'a pas encore été installé et ne pourra logiquement asseoir sa crédibilité que progressivement, au fur et à mesure de son action.

À ce seul égard, une extension immédiate de sa compétence matérielle aux actes de corruption transnationale ne portant pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne serait prématurée.

■ **408.** Sur le plan politique, en outre, on toucherait là à la matière du droit pénal qui demeure, en dépit de la mise en place de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) depuis le traité d'Amsterdam en 1997, un élément du noyau dur de la souveraineté nationale reconnue aux États membres.

À ce point de vue, une extension de la compétence matérielle du Parquet européen à l'ensemble des actes de corruption transnationale serait de nature à susciter des réactions nationales de blocage, dans le contexte géopolitique actuel.

■ **409.** Sur le plan juridique, enfin, une telle extension ne pourrait pas être réalisée par voie de révision du règlement du 12 octobre 2017, dans le cadre d'une nouvelle procédure de coopération renforcée, compte tenu de l'obstacle posé par l'article 86 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

---

273. Rapport de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil, 29<sup>e</sup> rapport annuel sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne et la lutte contre la fraude (2017), COM(2018) 553 final, 3 sept. 2018.

Le premier paragraphe de cet article limite, en principe, la compétence du Parquet européen aux « infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ».

Certes, le quatrième paragraphe du même article énonce, ensuite :

« Le Conseil européen peut, simultanément ou ultérieurement, adopter une décision modifiant le paragraphe 1 afin d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière et modifiant en conséquence le paragraphe 2 en ce qui concerne les auteurs et les complices de crimes graves affectant plusieurs États membres. Le Conseil européen statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen et après consultation de la commission. »

Mais une telle décision, s'analysant en une révision simplifiée du TFUE, ne pourrait être adoptée par le Conseil européen qu'à l'unanimité de ses membres, après approbation du Parlement européen et consultation de la Commission européenne.

Il apparaît donc juridiquement impossible, pour les États membres participant à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, d'étendre la compétence de ce dernier à des infractions ne portant pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, sans que le Conseil européen ait statué à l'unanimité de ses membres.

Tout au plus, pourrait-on concevoir que la faculté prévue au quatrième paragraphe de l'article 86 du TFUE soit ouverte, conformément à la procédure fixée par ce paragraphe, puis que l'extension de la compétence du Parquet européen aux actes de corruption transnationale ne portant pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union soit ensuite opérée par les États membres participant à la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, par voie de révision du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017.

■ **410.** Pour l'ensemble de ces raisons, la Commission a conclu, en définitive, que l'extension de la compétence du Parquet européen aux actes de corruption transnationale ne portant pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union, si elle devrait être envisagée à terme, se heurterait néanmoins dans l'immédiat à plusieurs obstacles dirimants.

Aussi, a-t-elle préféré recommander, dans un premier temps, un renforcement de la coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale principalement au sein d'Eurojust, qui constitue le cadre naturel de résolution des conflits de juridictions en matière répressive.

### **3. Les recommandations de la Commission**

■ **411.** La Commission recommande d'envisager, à terme, la possibilité d'étendre la compétence matérielle du Parquet européen à l'ensemble

des actes de corruption transnationale, indépendamment du fait de savoir si ceux-ci portent ou non atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

■ **412.** Dans l'immédiat, cependant, la Commission mesure l'importance des obstacles qui s'opposent à une telle extension :

- ▶ sur le plan pratique, le Parquet européen, dont la création a été obtenue dans le cadre d'une coopération renforcée, n'a pas encore été installé et ne pourra gagner sa crédibilité que progressivement, au fur et à mesure de son action ;
- ▶ sur le plan politique, une telle extension concernerait la matière pénale qui demeure, en dépit de la mise en place de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice depuis le traité d'Amsterdam en 1997, un élément important de la souveraineté nationale reconnue aux États membres et risquerait, en conséquence, de susciter des réactions de blocage ;
- ▶ sur le plan juridique, enfin, l'extension de la compétence du Parquet européen à l'ensemble des actes de corruption transnationale ne pourrait pas être réalisée par la voie d'une révision du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017, dans le cadre d'une nouvelle procédure de coopération renforcée, mais devrait, en application de l'article 86.4 du TFUE, être adoptée par le Conseil européen à l'unanimité de ses membres, après approbation du Parlement européen et consultation de la Commission européenne.

## **B. DANS L'IMMÉDIAT, RENFORCER LA COOPÉRATION ENTRE LES ÉTATS MEMBRES**

### **1. Les possibilités de coopération en matière répressive existant entre les États membres**

■ **413.** La Commission a tenu, tout d'abord, à examiner les possibilités de coopération en matière répressive existant entre les États membres au sein de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), depuis la mise en place de celui-ci par le traité d'Amsterdam en 1997.

■ **414.** Les actes de corruption peuvent, en effet, donner lieu dès à présent à :

- ▶ une décision d'enquête européenne <sup>274</sup> ;
- ▶ l'émission d'un mandat d'arrêt européen <sup>275</sup> ;

---

274. Directive 2014/14/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, annexe D.

275. Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remises entre États membres. La corruption fait partie des infractions pour lesquelles le contrôle préalable de la double incrimination n'est pas requis.

- ▶ des actes de coopération dans le cadre d'Eurojust <sup>276</sup> ;
- ▶ des actes de coopération dans le cadre d'Europol <sup>277</sup>.

En outre, les décisions de gel ou de confiscation des instruments et des produits d'actes de corruption <sup>278</sup>, de même que les décisions (judiciaires ou administratives) imposant des sanctions pécuniaires aux auteurs de tels actes <sup>279</sup>, peuvent bénéficier de la reconnaissance mutuelle entre États membres.

Enfin, les actes de corruption font partie des infractions donnant lieu aux mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme <sup>280</sup>, et autorisant l'utilisation des données des dossiers passagers <sup>281</sup>.

■ **415.** Eurojust, en particulier, a pour mission, aux termes de l'article 85 du TFUE, « d'appuyer et de renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites relatives à la criminalité grave affectant deux ou plusieurs États membres ou exigeant une poursuite sur des bases communes, sur la base des opérations effectuées et des informations fournies par les autorités des États membres et par Europol ».

Eurojust poursuit, dans l'exercice de cette mission, trois objectifs principaux, détaillés à présent par le règlement (UE) 2018/1727 du 14 novembre 2018 :

- ▶ promouvoir et améliorer la coordination entre les autorités judiciaires compétentes des États membres, en particulier en ce qui concerne les formes graves de criminalité organisée ;
- ▶ promouvoir et améliorer la coopération entre les mêmes autorités, en facilitant notamment la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale et l'exécution des demandes d'extradition ;
- ▶ soutenir les mêmes autorités, afin de renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites.

Ces objectifs concernent notamment la lutte contre la corruption, désignée comme l'une des priorités d'Eurojust par le Conseil de l'Union européenne.

---

276. Règlement (UE) 2018/1727 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) et remplaçant et abrogeant la décision 2002/187/JAI du Conseil. La corruption fait partie des infractions visées par l'Annexe I de ce règlement.

277. Règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI : voir Annexe I.

278. Règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation, article 3.

279. Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires.

280. Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, article 2.

281. Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, annexe II.

## Présentation d'Eurojust

Fondée en 2002, Eurojust a pour mission de promouvoir et renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales dans la lutte contre la criminalité transfrontalière grave engagée dans l'Union européenne. Chacun des vingt-huit États membres a détaché un représentant dans les locaux d'Eurojust, situés à La Haye. Ces représentants sont des procureurs, des juges expérimentés ou des policiers de compétence équivalente. Ils remplissent ensemble le mandat d'Eurojust afin de coordonner les autorités nationales à chacune des étapes d'une enquête criminelle ou de poursuites judiciaires, et résolvent également les difficultés et problèmes pratiques générés par les divergences entre les systèmes juridiques des différents États membres. Les membres nationaux sont secondés par des adjoints, des assistants et des experts nationaux détachés par les États membres. Lorsqu'un accord de coopération a été conclu entre Eurojust et un État tiers, des magistrats de liaison de cet État peuvent travailler dans les locaux d'Eurojust. Actuellement, Eurojust accueille des magistrats de liaison détachés par la Norvège et les États-Unis. Une récente décision européenne prévoit également le détachement de magistrats de liaison par Eurojust dans les États tiers. En outre, Eurojust abrite les secrétariats du Réseau judiciaire européen (EJN), du Réseau des points de contact traitant de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, et du Réseau des équipes communes d'enquête (JITs). Eurojust s'appuie sur quelque deux cent soixante collaborateurs qui veillent à répondre dans les meilleurs délais aux demandes d'assistance émanant des autorités nationales et d'autres organes européens.

Chaque année, Eurojust traite approximativement deux mille dossiers et tient environ deux cents réunions de coordination. Ces réunions rassemblent les autorités judiciaires ainsi que les autorités chargées des enquêtes et des poursuites des États membres et des États tiers, le cas échéant. Elles ont pour but de résoudre les problèmes rencontrés dans le cadre des dossiers traités et d'élaborer des plans pour la mise en œuvre d'actions opérationnelles, telles que des arrestations et des perquisitions simultanées.

Les réunions de coordination portent spécifiquement sur des types de criminalité, identifiés par le Conseil de l'UE comme des priorités : le terrorisme, le trafic de drogues, la traite des êtres humains, la fraude, la corruption, la cybercriminalité, le blanchiment d'argent ainsi que d'autres activités liées à la criminalité organisée dans la sphère économique.

■ **416.** Par ailleurs, l'Union européenne dispose d'un mécanisme de résolution des conflits de juridictions entre États membres en matière répressive avec la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 « relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales ».

Selon son article 1<sup>er</sup>, cette décision poursuit les deux objectifs suivants :

- « a) éviter les situations dans lesquelles une même personne fait l'objet, pour les mêmes faits, de procédures pénales parallèles dans différents États membres qui seraient susceptibles de donner lieu à des jugements définitifs dans deux États membres ou plus, constituant ainsi une violation du principe *non bis in idem* ;
- b) et dégager un consensus sur toute solution efficace visant à éviter les conséquences négatives découlant de l'existence de telles procédures parallèles. »

À cet effet, la décision-cadre du 30 novembre 2009 met à la charge des autorités judiciaires des États membres deux obligations en particulier :

- ▶ une « obligation de prendre contact » : « lorsqu'une autorité compétente d'un État membre a des motifs raisonnables de croire qu'une procédure parallèle est en cours dans un autre État membre, elle prend contact avec l'autorité compétente de cet autre État membre pour obtenir confirmation de l'existence de cette procédure parallèle, en vue d'engager des consultations directes, comme prévu à l'article 10 » (article 5) ;
- ▶ une « obligation d'engager des consultations directes » : « Lorsqu'il est établi qu'une procédure parallèle existe, les autorités compétentes des États membres concernés engagent des consultations directes en vue de dégager un consensus sur toute solution efficace visant à éviter les conséquences négatives découlant de l'existence d'une telle procédure parallèle et qui peut, le cas échéant, conduire à la concentration de la procédure pénale dans un État membre. »

Ensemble, ces obligations doivent concourir à éviter les inconvénients liés à l'existence de procédures parallèles, à raison des mêmes faits, et favoriser, dans la mesure du possible, la concentration de ces procédures dans un seul État membre.

Pour autant, la décision-cadre du 30 novembre 2009 ne va pas jusqu'à imposer aux États membres un critère unique de résolution des conflits de juridictions en matière répressive.

## **2. Le renforcement de la lutte contre la corruption au sein d'Eurojust**

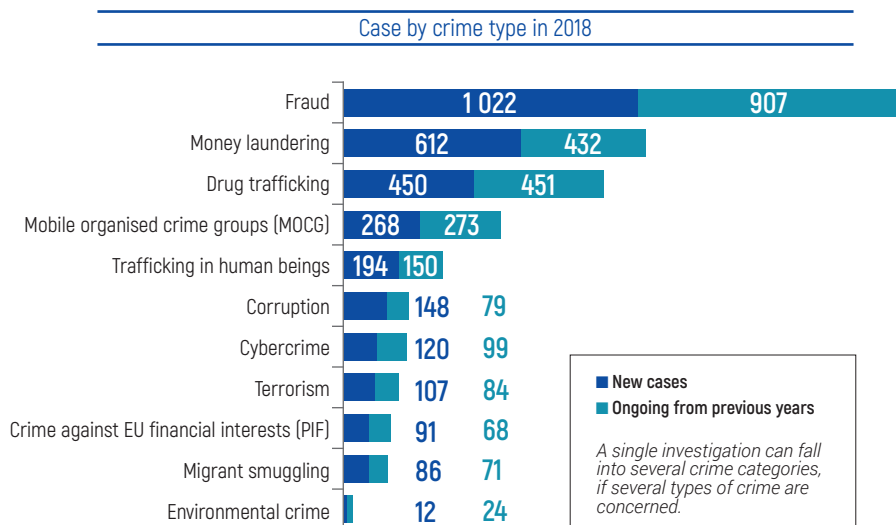
■ **417.** En dépit de l'existence de ces instruments juridiques relativement nombreux, la Commission a fait le constat que les possibilités de coopération en matière répressive existant entre les États membres au sein de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice n'étaient pas suffisamment exploitées et demeuraient beaucoup des « virtualités » en ce qui concerne la lutte contre la corruption transnationale.

Ils ont observé en particulier que l'activité d'Eurojust restait concentrée sur certaines formes de criminalité organisée – la fraude, le blanchiment



de capitaux, le trafic de stupéfiants et le trafic d'êtres humains, principalement –, davantage que sur la corruption, quoique cette dernière ait été désignée par le Conseil de l'Union européenne comme l'une des priorités d'Eurojust.

Au cours de l'année 2018, par exemple, les enquêtes coordonnées par Eurojust se répartissaient, en fonction du type d'infraction concerné, selon les proportions suivantes <sup>282</sup> :



■ **418.** Sur la base de ce constat, la Commission est convenue de recommander de renforcer la coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale au sein d'Eurojust, qui constitue le cadre naturel de résolution des conflits de juridictions en matière répressive, en l'état actuel du droit européen et dans l'attente de la montée en puissance du futur Parquet européen.

La lutte contre la corruption devrait être affirmée derechef comme l'un des objectifs prioritaires d'Eurojust.

Pour que cette affirmation devienne réalité, les États membres devraient allouer à l'agence les moyens humains et financiers correspondants.

■ **419.** Enfin, la Commission a constaté que, par l'effet de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil de 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits

282. Eurojust Annual Report 2018, p. 18.

en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales se trouvait à présent placée sous le contrôle de la Commission européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par la voie du recours en manquement d'État.

Ceci est la conséquence de l'article 10 du protocole n° 36 sur les dispositions transitoires du traité de Lisbonne du 9 mai 2008, selon lequel :

« 1. À titre de mesure transitoire, et en ce qui concerne les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les attributions des institutions sont les suivantes à la date d'entrée en vigueur dudit traité : les attributions de la commission en vertu de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne seront pas applicables et les attributions de la Cour de justice de l'Union européenne en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne, dans sa version en vigueur avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, restent inchangées, y compris lorsqu'elles ont été acceptées conformément à l'article 35, paragraphe 2, dudit traité sur l'Union européenne.

2. La modification d'un acte visé au paragraphe 1 entraîne l'application, en ce qui concerne l'acte modifié et à l'égard des États membres auxquels cet acte s'applique, des attributions des institutions visées audit paragraphe telles que prévues par les traités.

3. En tout état de cause, la mesure transitoire visée au paragraphe 1 cesse de produire ses effets cinq ans après la date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. »

Il faut déduire de ces dispositions que la décision-cadre du 30 novembre 2009 entre dans le champ de compétences de la Commission européenne et de la CJUE depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2014, date à laquelle la mesure transitoire de l'article 10 précité a cessé de produire ses effets.

L'exécution par les États membres des obligations « de prendre contact » et « d'engager des consultations directes », qui leur échoient en présence de procédures pénales parallèles ouvertes à raison des mêmes faits, se trouve donc à présent placée sous le contrôle de la Commission européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par la voie du recours en manquement d'État, en application de l'article 258 du TFUE, selon lequel :

« Si la commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne. »

En pratique, les États membres pourraient être condamnés par la CJUE pour ne s'être pas informés ou consultés, afin d'éviter un conflit de juridictions en présence d'actes de corruption ou de tous autres actes qualifiables pénalement.

### **3. Les recommandations de la Commission**

■ **420.** Compte tenu des obstacles qui s'opposent à l'extension immédiate de la compétence du Parquet européen, la Commission recommande dans un premier temps de renforcer la coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale.

■ **421.** À cet égard, la Commission tient à rappeler les possibilités de coopération en matière répressive existant entre les États membres au sein de l'espace européen de liberté de sécurité et de justice, depuis la mise en place de celui-ci par le traité d'Amsterdam en 1997, en particulier l'existence d'Eurojust et de la décision-cadre 2009/948/JAI du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales.

■ **422.** En dépit de l'existence de ces instruments, la Commission a fait le constat que les possibilités de coopération existant entre les États membres au sein de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice étaient encore insuffisamment exploitées et demeuraient beaucoup des « virtualités », en ce qui concerne la lutte contre la corruption transnationale.

■ **423.** Elle a observé, en particulier, que l'activité d'Eurojust restait concentrée sur certaines formes de criminalité organisée – la fraude, le blanchiment de capitaux, le trafic de stupéfiants et le trafic d'êtres humains, principalement –, davantage que sur la corruption, quoique cette dernière ait été désignée par le Conseil de l'Union européenne comme l'une des priorités d'Eurojust.

Sur la base de ces observations, la Commission recommande de renforcer la coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale au sein d'Eurojust, qui constitue l'organisme naturel de résolution des conflits de juridictions en matière répressive, en l'état actuel du droit européen et dans l'attente de la montée en puissance du Parquet européen.

Elle estime que la lutte contre la corruption devrait être affirmée derechef comme l'un des objectifs prioritaires d'Eurojust, et que les moyens humains et financiers nécessaires à la poursuite de ces objectifs devraient être alloués par les États membres à Eurojust.

■ **424.** Enfin, la Commission rappelle que la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil de 30 novembre 2009 est entrée dans le domaine de compétences de la Commission européenne et de la Cour de justice de

l'Union européenne (CJUE), par l'effet de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

En conséquence, l'exécution par les États membres des obligations « de prendre contact » et « d'engager des consultations directes », qui leur incombent en présence de procédures pénales parallèles ouvertes à raison des mêmes faits, se trouve désormais placée sous le contrôle de la Commission européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par la voie du recours en manquement d'État.

En pratique, les États membres pourraient donc être condamnés par la CJUE pour ne s'être pas informés ou consultés, afin d'éviter un conflit de juridictions en présence d'actes de corruption ou de tous autres actes qualifiables pénalement.

# ANNEXES



# ANNEXE I

---

## LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LA COMMISSION

---

- **Frédéric Baab**, Ancien représentant français au sein d'Eurojust.
- **Karine Berger**, Ancienne Députée.
- **Nicola Bonucci**, ancien Directeur des affaires juridiques de l'Organisation de la coopération et du développement économique (OCDE)
- **William Bourdon**, Avocat, Président-fondateur de l'association Sherpa
- **Dominique Bourrinet**, Directeur juridique du Groupe Société Générale
- **Odile de Brosses**, Directrice du service juridique de l'Association française des entreprises privée (AFEP)
- **Jocelyne Cabanal**, Secrétaire nationale de la Confédération française démocratique du travail (CFDT)
- **Emmanuelle Claudel**, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Directrice du Master Droit européen des affaires et de la concurrence
- **Sébastien Denaja**, Maître de conférences de droit public à l'Université Toulouse 1 - Capitole, Ancien député et rapporteur de la loi Sapin 2
- **Olivier Dorgans**, Avocat, Hugues Hubbard & Reed.
- **Charles Duchaine**, Directeur de l'Agence française anticorruption.
- **Gianluca Esposito**, Secrétaire exécutif du Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO)
- **Marc-André Feffer**, Président de l'association Transparency International France
- **Mathilde Frapard**, Juriste en charge des questions européennes et internationales à la CFDT.
- **Elisabeth Gambert**, Directrice de la Responsabilité sociale des entreprises (RSE) et affaires internationales de l'AFEP.
- **Lisa Gamgani**, Secrétaire générale de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique
- **Raphaël Gauvain**, Député de Saône-et-Loire
- **Grégoire Guinand**, chargé de mission senior au MEDEF
- **Eliane Houlette**, ancien Procureur de la République financier
- **Helena Kazamaki**, Senior vice-President, General Counsel Europe & France, ABB
- **Corinne Lagache**, Chief compliance officer du groupe Safran

- **Juliette Lelieur**, Professeur de droit pénal à l'Université de Strasbourg
- **Madame Frédérique Lellouche**, Vice-présidente de la plateforme RSE
- **Jean-Claude Marin**, Procureur général honoraire près la Cour de cassation
- **Astrid Mignon-Colombet**, Avocat associé, Cabinet August Debouzy
- **Jean-Christophe Picard**, Président de l'association Anticor
- **Jeanne-Marie Prost**, Conseillère maître à la Cour des comptes, ancienne Déléguée nationale à la lutte contre la fraude aux finances publiques
- **Didier Rebut**, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Membre du Club des juristes
- **Michel Sapin**, Ancien ministre de l'Economie et des Finances, ancien Ministre du travail
- **Pierre Servan-Schreiber**, Avocat aux barreaux de Paris et de New York, Médiateur
- **Joëlle Simon**, Directrice générale adjointe Juridique, Ethique et Gouvernance des entreprises du Mouvement des entrepreneurs français (MEDEF)

## ANNEXE II

---

### MEMBRES DE LA COMMISSION « COMPLIANCE » DU CLUB DES JURISTES

---

#### PRÉSIDENT

- **Bernard Cazeneuve**, Ancien Premier ministre, Avocat associé, August & Debouzy

#### RAPPORTEUR

- **Antoine Gaudemet**, Rapporteur, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

#### MEMBRES

- **Louis d'Avout**, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
- **Pascal Cardonnel**, Référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne
- **Denis Colin**, Responsable conformité pour l'Iran, Total
- **Blandine Cordier Palasse**, Présidente de BCP Executive Search
- **Anaïs Coviaux**, Avocat au barreau de Paris
- **Catherine Delhaye**, Directeur Ethique et Conformité du Groupe Valeo et Présidente du Cercle de la Compliance
- **Charles Duchaine**, Directeur de l'Agence française anticorruption
- **Fabrice Fages**, Avocat associé, Latham & Watkins LLP
- **Cecilia Fellouse-Guenkel**, Secrétaire générale du Cercle de la Compliance
- **Dominique de la Garanderie**, La Garanderie Avocats, Ancien Bâtonnier du Barreau de Paris
- **Aurélien Hamelle**, Directeur juridique du Groupe Total
- **Jean-Pierre Picca**, Avocat associé, White & Case LLP
- **Jacqueline Riffault-Silk**, Conseiller-doyen à la chambre commerciale de la Cour de cassation
- **Pascal Saint-Amans**, Directeur du centre de politique et d'administration fiscale de l'OCDE
- **Pierre Sellal**, Ambassadeur de France
- **Denys Simon**, Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne
- **Benjamin Van Gaver**, Avocat associé, August & Debouzy

#### SECRÉTAIRE DE COMMISSION

- **Antoine Ory**, Avocat à la Cour











4, rue de la Planche 75007 Paris  
Tél. : 01 53 63 40 04

[www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)

RETROUVEZ-NOUS SUR

