REVUE LAMY

droit des affaires

OCTOBRE 2011

Les pouvoirs du directeur général délégué de SAS
Par Christine LEBEL

Créances non déclarées et droits de la caution
Par Jean-Luc VALLENS

Gestion d'actifs : les principales modifications apportées par l'ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011 et ses décrets d'application
Par Isabelle RIASSETTO

Ventes liées, ventes avec prime, loteries commerciales : le protectionnisme français à l'épreuve du libéralisme communautaire
Par Thierry TITONE et Matthieu DARY

Forfait-jours : sanction du non-respect par l'employeur des stipulations de la convention collective
Par Florence CANUT

ÉTUDES

Le juge du lieu de livraison
Par Christoph Martin RADTKE

La force du secret professionnel face au perquisitions chez l'avocat
Par Vincent NIORÉ

DOSSIER SPÉCIAL

Le risque pénal de l'entreprise : approche pratique des évolutions actuelles
Par Émilie BAILLY, Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION, Julien CHEVAL, Emmanuel DAOUD, Marie DESPLANQUES, Catherine GAMBETTE, César GURÉNASSIA, Julie FERRARI et l'équipe d'APCO Worldwide Paris : Nicolas BOUVIER, Elvira KORMANN-ESMEL et Anne KUENTZ-LAFOURCADE

Collection LAMY DROIT DES AFFAIRES

64

Lamy
une marque Wolters Kluwer

LE RISQUE PÉNAL DE L'ENTREPRISE : APPROCHE PRATIQUE DES ÉVOLUTIONS ACTUELLES

INTRODUCTION
Emmanuel DAOUD, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

LE CHARME DISCRET DE LA GARDE À VUE : ERREMENTS ET AMBIGUÏTÉS DE LA LOI DU 14 AVRIL 2011
César GHRÉNASSIA, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire de la Conférence

INFORMATIONS ET OUTILS PRATIQUES RELATIFS AUX DIFFÉRENTES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE PÉNALE
Julie FERRARI, Avocat associé, VIGO Cabinet d'avocats

LA DÉGÉNÉRESCENCE DE L'ARTICLE 121-2 DU CODE PÉNAL
Emmanuel MERCINIER, Avocat associé, VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire de la Conférence

LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS : PRINCIPES ET ACTUALITÉS
Marie DESPLANQUES, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

HARCÈLEMENT MORAL ET JUGE PÉNAL : UN JUGE DE PLUS EN PLUS COURTISÉ
Catherine GAMBETTE, Avocat, VIGO Cabinet d'avocats

LES RISQUES LIÉS À LA CORRUPTION
Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

L'ENTREPRISE FACE AUX RISQUES INFORMATIQUES : LES RÉPONSES DU DROIT PÉNAL
Émilie BAILLY, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ : UN REGRETTABLE *STATU QUO*
Julien CHEVAL, Avocat Associé, VIGO Cabinet d'avocats

RESPONSABILITÉ PÉNALE EN ENTREPRISE ET DOMMAGE DE RÉPUTATION
Par l'équipe d'APCO Worldwide Paris, Cabinet de conseil en affaires publiques et communication stratégique : Nicolas BOUVIER, Directeur général, Anne-Elvire KORMANN-ESMEL, Directrice Conseil, Anne KUENTZ-LAFOURCADE, Consultante

RDA 3684

Par Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION
Avocat à la Cour
VIGO Cabinet d'avocats

Les risques liés à la corruption

Trop longtemps la corruption a été considérée comme un mal existant avec lequel il fallait composer. Aujourd'hui, une réelle volonté politique des États les a conduits à renforcer leurs législations pénales contre la corruption dépassant ainsi le stade desdéclarations de principe sans effets concrets. Les entreprises, au cœur de ce dispositif, doivent s'adapter à ces nouvelles normes et mettre en place des procédures de prévention et de contrôle efficaces sauf à prendre le risque, trop important, d'être un jour poursuivies et peut être sanctionnées pour des faits de corruption.

La corruption est une réalité qui affecte l'économie mondiale et le coût y afférant est considérable. Elle fait de nombreuses victimes collatérales et l'impact social de ce délit est parfois dramatique. Selon la Banque mondiale, la corruption dans le monde sous forme de pots-de-vin représente plus de mille milliards de dollars et peut réduire le taux de croissance d'un pays de 0,5 à 1 point de pourcentage par an. Selon le FMI, les investissements réalisés dans les pays corrompus sont inférieurs d'environ 5 % à ceux réalisés dans les pays non corrompus. À titre d'exemple, la corruption coûte au continent Africain environ 148 milliards de dollars par an et engendre une augmentation des coûts de l'ordre de 20 % (selon le rapport de la convention africaine de prévention et de lutte contre la corruption présenté au siège de l'Union Africaine).

Dans ce contexte, plusieurs conventions internationales ont été signées afin de conduire les états à renforcer leurs dispositifs de lutte contre la corruption.

La convention du 27 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, la convention OCDE du 17 décembre 1997 de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999, la convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999, la décision-cadre du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 15 mai 2003 ou encore la convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption dite « *convention de Mérida* » sont autant de textes qui ont conduit les législations nationales à évoluer.

La France, pour répondre à ses engagements internationaux, s'est dotée d'un arsenal répressif important qui s'est notamment renforcé au travers des lois n° 2005-750 du 4 juillet 2005 et n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

Tout récemment, le texte britannique (*UK BriberyAct* adopté le 8 avril 2010) considéré comme le plus ambitieux et le plus répressif en matière de lutte contre la corruption internationale est entré en vigueur le 1er juillet 2011.

Plus spécifiquement, un grand nombre de pays se sont dotés d'agences de lutte contre la corruption, comme en France où le « *service central de prévention de la corruption* » (ci-après « *SCPC* ») remplit une mission avant tout préventive depuis 1993.

Dans son rapport annuel remis le 15 juin 2011 (Rapp. Act. SCPC 2010, 15 juin 2011, p. 125 et s.), le SCPC a rappelé sa mission de coopération avec les différents acteurs qui interviennent dans la lutte contre la corruption et plus spécifiquement sa collaboration avec les services de TRACFIN.

En 2004, la France a créé, au sein du ministère de l'Intérieur, la Brigade centrale de lutte contre la corruption (ci-après « *BCLC* »), organisme pluridisciplinaire qui procède à tous les actes d'enquête relatifs à des faits de corruption.

S'ajoute à cela, *Transparency International France* (ci-après « *TI France* »), la section française de Transparency International, principale organisation de la société civile qui se consacre à la transparence et à l'intégrité de la vie publique et économique. TI France a par exemple déposé plainte à l'encontre de l'ancien Président tunisien Ben Ali et son entourage afin d'empêcher la fuite des avoirs détenus et d'obtenir l'ouverture d'une information judiciaire. Également, le 25 février 2011, SHERPA et TI France ont déposé une plainte auprès du Procureur de la République de Paris à l'encontre de différents membres de la famille de Mouammar Kadhafi dans le but d'obtenir l'ouverture d'une information judiciaire relativement aux avoirs qu'ils pourraient posséder en France.

Dans ce contexte international de lutte contre la corruption, TI France souhaite que la police et la justice disposent de moyens suffisants pour traiter les affaires de corruption. L'OCDE salue cependant les efforts entrepris par la France dans ce domaine.

Face à la réalité du risque de corruption auquel toute entreprise peut être confrontée, il convient de revenir sur les principales infractions prévues par le Code pénal français (I) ainsi que sur la façon de prévenir et de gérer ce type de risque (II).

Dans cette présentation, nous exclurons de notre analyse les délits voisins, proches de la corruption tels que le trafic d'influence, le délit de favoritisme ou encore la prise illégale d'intérêt.

I.– LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DES INFRACTIONS DE CORRUPTION

A.– Cadre général

En matière de corruption, on distingue :

– la corruption active qui désigne les actes d'une personne qui s'efforce d'obtenir, moyennant don ou promesse d'une personne chargée d'une fonction, qu'elle accomplisse ou n'accomplisse pas un acte de sa fonction. La corruption active se caractérise également par le fait de céder aux sollicitations d'une personne qui, moyennant don ou promesse, accomplit ou s'abstient d'accomplir un acte de sa fonction.

– la corruption passive qui désigne les actes de la personne investie d'une fonction et qui sollicite ou accepte par faiblesse ou par intérêt un don ou une

offre afin qu'elle accomplisse, retarde ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction.

Dans le premier cas, on parlera de « *corrupteur* » et dans le second cas de « *corrompu* ».

Le délit de corruption induit l'existence d'un pacte de corruption. Ce pacte doit avoir pour objet des sollicitations, propositions ou agréments d'offres, de promesses, de dons ou d'avantages quelconques, sans droit.

Avant la loi du 30 juin 2000 (L. n° 2000-595, 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale, relative à la lutte contre la corruption), il était nécessaire que les propositions ou sollicitations soient antérieures à l'acte ou à l'abstention sollicitée, ce qui excluait du champ de la corruption la remise ou l'acceptation d'un cadeau à titre de remerciements, sans sollicitation, promesse ou offre antérieure.

Or, la loi du 30 juin 2000 a modifié les textes incriminant la corruption d'une façon ambiguë laissant planer le doute sur la nécessité ou non que les propositions soient antérieures à l'acte ou à l'abstention sollicitée. Dès lors, certains auteurs ont estimé qu'il s'agissait de la suppression pure et simple de cette exigence d'antériorité d'autres s'en tenaient à la lettre des textes pour qui cette exigence subsistait et imposait qu'un pacte corrupteur comportant sollicitation ou offre d'un don ou d'une promesse ait été conclu avant l'exécution de l'acte. Récemment encore cette interrogation demeurait à la suite d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 janvier 2011 (Cass. crim., 26 janv. 2011, n° 10-80.155, Dr pén. 2011, comm. 45, Veron M.).

Cependant, la récente loi du 17 mai 2011 (L. n° 2011-525, 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit) de simplification et d'amélioration de la qualité du droit vient clarifier les textes relatifs aux incriminations des infractions de corruption en les modifiant. Cette loi prévoit que désormais, le pacte de corruption peut, sans la moindre ambiguïté, intervenir après la réalisation des actes souhaités. Toutes les jurisprudences antérieures qui s'attachaient à démontrer l'antériorité de la convention conclue entre le corrupteur et le corrompu pour caractériser le délit de corruption deviennent donc obsolètes (Cass. crim., 6 févr. 1968, n° 63-93.181, Bull. crim., n° 37 ; Cass. crim., 29 sept. 1993, n° 91-82.674, Bull. crim., n° 271 ; Cass. crim., 12 mai 1998, Dr. pén. 1998., comm 152 ; Cass. crim., 1er mars 2000, n° 98-86.353, Bull. crim., n° 251 ; Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 07-80.533).

Toutefois, pour incriminer le comportement de la personne qui est à l'initiative de la corruption, il n'est pas indispensable de démontrer l'existence d'un pacte de corruption.

Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 16 juin 2010 (Cass. crim., 16 juin 2010, n° 09-86.280) a considéré que dès lors que l'offre d'une somme d'argent a été faite à une personne déjà investie d'un mandat électif, que cette offre soit acceptée ou non, la corruption active est caractérisée et le corrupteur doit être sanctionné.

Cet arrêt rappelle que la condamnation au titre de la corruption active n'induit pas nécessairement une condamnation au titre de la corruption passive. Ces incriminations ne sont pas dépendantes l'une de l'autre.

Il n'est donc pas nécessaire que la sollicitation ou la proposition ait été suivie de la réalisation des avantages demandés, le délit est constitué.

Plus spécifiquement, on distingue la corruption dans le secteur public (B) de la corruption dans le secteur privé (C) dont nous évoquerons ici le cadre général. Toutefois et pour être parfaitement exhaustif, des incriminations spécifiques sanctionnent la corruption affectant le fonctionnement de la justice (C. pén., art. 434-9°) ou conduisant à l'établissement d'un certificat ou d'une attestation (C. pén., art. 441-8°).

> **Pour incriminer le comportement de la personne qui est à l'initiative de la corruption, il n'est pas indispensable de démontrer l'existence d'un pacte de corruption.**

B.– La corruption active et passive publique

La corruption publique est prévue par les articles 433-1-1°, 433-1, alinéa 2, et 432-11-1° du Code pénal qui incriminent :

– la corruption active par un particulier qui propose des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques sans droit à une personne exerçant une fonction publique ainsi que celui qui cède aux sollicitations d'une personne exerçant une fonction publique ;

– la corruption passive par une personne exerçant une fonction publique qui sollicite ou agrée des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques.

On entend par personne exerçant une fonction publique, toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public.

La peine encourue est de 10 ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende outre les peines complémentaires prévues aux articles 432-17, 433-22 et 432-23 du Code pénal concernant les personnes physiques et 433-25 du Code pénal concernant les personnes morales.

Les personnes morales encourent quant à elles à titre de peine principale une amende d'un montant de 750 000 €.

Une interrogation demeurait sur le point de savoir si ces dispositions sont applicables aux personnes qui influencent une décision.

Or, la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 30 juin 2010 qui concernait un cas de corruption active de personne exerçant une fonction publique, a rappelé qu'une personne peut être condamnée pour avoir émis un avis destiné à influencer ceux qui prendront la décision finale : « *qu'il n'importe que les corrompus n'aient pas eu le pouvoir de choisir seuls les entreprises attributaires des marchés dans la mesure où il entrait dans leurs fonctions de les proposer à l'autorité compétente* » (Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-83.659 ; dans le même sens : Cass. crim., 14 janv. 1949, JCP 1949, II, 4866, note Colombini).

Dès lors, le délit de corruption ne se limite pas à sanctionner ceux qui prennent la décision, il touche aussi ceux qui influencent le choix d'une décision.

C.– La corruption active et passive privée

Alors que traditionnellement la corruption ne concernait quasiment que le secteur public, le Code pénal depuis la loi du 4 juillet 2005 a créé un nouveau chapitre intitulé « *De la corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique* ».

On peut alors se demander dans quelle mesure les textes permettent de combattre cette corruption dite privée.

Les articles 445-1, 445-2, 445-3 et 445-4 du Code pénal prévoient le délit de corruption active et passive des personnes n'exerçant pas une fonction publique. Le champ d'application de la corruption dite privée a donc été élargi puisqu'avant, seul l'article 152-6 de l'ancien Code du travail, désormais abrogé, s'attachait à sanctionner la corruption de dirigeants ou de salariés.

Ces articles incriminent :

– la corruption active par un particulier envers une personne exerçant dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale ainsi que le fait de céder aux sollicitations d'une personne exerçant dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale ;

– la corruption passive d'une personne exerçant dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale.

Ces articles s'appliquent aux personnes exerçant dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque pour qu'elles accomplissent ou s'abstiennent d'accomplir ou parce qu'elles ont accompli ou se sont abstenues d'accomplir un acte de leur activité ou de leur fonction ou facilité par leur activité ou leur fonction en violation de leur obligation légales, contractuelles ou professionnelles.

La peine encourue est de 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende à laquelle peuvent s'ajouter des peines complémentaires prévues aux articles 445-3 du Code pénal pour les personnes physiques et 445-4 du Code pénal pour les personnes morales.

Les personnes morales encourent quant à elles à titre de peine principale une amende d'un montant de 375 000 €.

La chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 19 mai 2010 a souligné que les nouvelles dispositions étaient plus répressives que celles prévues par l'article 152-6 de l'ancien Code du travail et n'étaient pas applicables pour les faits commis antérieurement à la loi introduisant les nouvelles dispositions (Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-83.685).

D.– La corruption internationale

Afin de respecter ses engagements internationaux, la France, a transposé en droit interne des dispositions permettant d'incriminer des faits de corruption active et passive auprès d'agents publics étrangers comme en disposent les articles 435-1 et 435-3 du Code pénal.

Dès lors, la peine encourue est de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende (750 000 € pour les personnes morales).

Ainsi, les entreprises françaises qui interviennent à l'étranger peuvent être confrontées aux larges effets extra-territoriaux de la loi pénale française des articles 113-6 et suivants du Code pénal. Une infraction est en effet réputée commise sur le territoire de la République Française dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire. Il faut également que le délit commis par des Français hors du territoire de la République soit un fait puni par la législation du pays où ils ont été commis. Or, la corruption est un délit puni dans une très grande majorité d'États ; dès lors une entreprise française pourra aisément être poursuivie en France pour tous faits de corruption commis à l'étranger.

Cependant, la poursuite d'un tel délit ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public et doit être précédée d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis.

Autre particularité procédurale en matière de corruption internationale, les dispositions de l'article 706-1-3 du Code de procédure pénale applicables à la criminalité et à la délinquance organisée sont applicables aux faits de corruption internationale. Cela signifie que des mesures de surveillance et d'infiltration, d'écoute téléphonique en phase d'enquête, de sonorisation et fixations d'images de certains lieux et véhicules ainsi que la possibilité de mettre en place des mesures conservatoires sont applicables aux fait de corruption internationale.

Les effets extra-territoriaux de la loi pénale française sont bien réels et les moyens mis en œuvre pour la combattre sont importants. La loi pénale française s'applique donc aux faits de corruptions qui pourraient être commis à l'étranger par les entreprises françaises. D'autres législations ayant des effets extraterritoriaux comme les législations anti-corruption américaines (FCPA) et britanniques (*UK BriberyAct*) peuvent leur être applicables.

Ainsi, une entreprise qui souhaite s'implanter sur un marché étranger devra se montrer particulièrement vigilante. Le simple fait d'investir ou d'exercer son activité à l'étranger ne la fait pas échapper à la loi pénale française. Parfois, un simple mail suffit à considérer que l'un des éléments constitutifs du délit de corruption a eu lieu sur le territoire national et conduit alors à appliquer la loi pénal française à une entreprise.

E.– La question de la dénonciation des faits de corruption

Le renforcement de la lutte contre la corruption a conduit le législateur à adopter des systèmes permettant de dénoncer des faits de corruption tout en protégeant ceux qui les dénoncent.

Ainsi, en parallèle de ces incriminations, la loi du 13 novembre 2007 a créé un régime protecteur pour les salariés ou les candidats à un emploi, un stage ou une formation qui relatent de bonne foi des faits de corruption dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (C. trav., art. 1161-1). Toute rupture de leur contrat de travail qui en résulterait ainsi que toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

La corruption dite privée se trouve donc renforcée par des textes qui protègent ceux qui, de bonne foi, la dénoncent.

Les entreprises peuvent également se doter de systèmes d'alerte en interne permettant ainsi de prévenir les risques liés à la corruption tout en respectant certaines limites (voir II, B).

Dans ce dernier cas, le rapport d'activité 2010 du SCPC (SCPC Rapp. act. 2010, 15 juin 2011, p. 72) souligne que ces procédures sont désormais mieux acceptées dans les entreprises et ont pour finalité d'améliorer la gouvernance d'entreprise.

Enfin, de la même façon qu'un salarié dans le secteur privé peut dénoncer de bonne foi des faits de corruption, il existe une obligation de dénonciation pour 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 (C. proc. pén., art. 40, al. 2).

Le rapport d'activité 2010 du SCPC propose à cet effet de modifier l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale pour lever le doute sur les autorités qui y sont assujettis en particulier les autorités juridictionnelles (SCPC Rapp. act. 2010, 15 juin 2011, p. 150 et s.).

Une précision qui vaut pour l'ensemble des textes incriminants la corruption, l'intention frauduleuse est implicitement établie par les autres éléments constitutifs de l'infraction. Elle n'a donc pas à être établie expressément.

F.– Prescription des infractions de corruption

La corruption est un délit dont l'action publique se prescrit par trois ans. En comparaison avec les règles en vigueur dans les autres États membres du Conseil de l'Europe et de l'OCDE, le délai français de prescription de trois ans est particulièrement court. Aussi les instances de suivi de ces deux organisations ont-elles à plusieurs reprises recommandé à la France d'allonger ce délai mais rien n'a été fait en ce sens.

La corruption est un délit instantané dont le point de départ est fixé au jour de la commission de l'infraction. Or, la corruption est une infraction occulte et cette prescription de courte durée n'est pas sans nuire à l'efficacité de la lutte contre la corruption.

Ainsi, pour pallier ces difficultés et éviter que le spectre de la prescription ne ressurgisse dans la plupart des cas, la Cour de cassation considère que le point de départ est reporté à la date du dernier versement, de la dernière perception de ce qui a été promis. En somme, si le délit est une infraction instantanée, consommée dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu, il se renouvelle à chaque acte d'exécution (Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.693, Bull. crim., n° 352), le point de départ de la prescription devenant le jour du dernier acte d'exécution (Cass. crim., 29 juin 2005, n° 05-82.265 ; Cass. crim., 15 déc. 2004, n° 03-83.474).

Lors de la conclusion de pactes successifs pour des marchés successifs, le point de départ de la prescription sera reporté au dernier versement de l'avantage indu et vaudra aussi pour le premier marché (Cass. crim., 8 oct. 2003, n° 03-82.698).

Lorsque les faits de corruption sont dissimulés, la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé dans un arrêt en date du 6 mai 2009 que « *le point de départ du délai de* prescription *des faits de* corruption *qui ont été dissimulés est reporté à la date où ceux-ci sont apparus et ont pu être constatés dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique* » (Cass. crim., 6 mai 2009, n° 03-84.107).

La prescription triennale reste toutefois un frein à l'efficacité de la lutte contre la corruption et tout comme les débats sur la prescription de l'infraction d'abus de biens sociaux, une réforme est sollicitée depuis quelques années (Lelieur J., La prescription des infractions de corruption, D. 2003 p. 1076, J. ; Rapport d'activité annuel du service central de prévention de la corruption (SCPC) de 2007) pour allonger la prescription des incriminations de corruption.

II.- PRÉVENTION DES RISQUES LIÉS À LA CORRUPTION.

A.- L'instauration de programmes de prévention

En droit français, aucune obligation légale ne contraint les entreprises à adopter des programmes de prévention, la loi se cantonne à interdire l'acte de corruption. D'autres législations sont en revanche beaucoup plus contraignantes sur ce point comme le *UKBirberyAct* entré en vigueur le 1er juillet 2011 qui érige en délit le défaut de prévention de la corruption.

À cet effet, les lignes directrices émises le 30 mars 2011 par le ministère de la Justice Britannique sont venues préciser l'application de ce texte novateur et sévère.

Ainsi, une entreprise est responsable d'actes de corruption (active/passive) sauf pour cette personne morale à démontrer qu'elle avait mis en place et fait fonctionner des « *procédures adéquates* », conçues pour prévenir de tels actes.

Les entreprises françaisessont soumises à cette législation dès lors qu'elles ont une relation commerciale (« *conduisent des affaires* » selon le texte), même partielle avec le Royaume uni ou qu'elles sont partenaires de sociétés soumises au *UK BriberyAct*. Leur responsabilité pénale est engagée si l'un de leurs préposés ou une « *personne associée* » commet un acte de corruption. Elles doivent donc s'assurer que leurs partenaires soumis au *UKBriberyAct* respectent bien les obligations de prévention prévues par ce texte.

Les « *personnes associées* » à une entreprise désignent dans le *UK BriberyAct* toute personne fournissant des services ou accomplissant des prestations au bénéfice ou pour le compte d'une personne morale. Les lignes directrices envisagent assez largement cette définition puisqu'elles visent aussi bien les salariés d'une entreprise, les agents commerciaux, les mandataires, les filiales ainsi que les sous-contractants ou fournisseurs amenés à accomplir des prestations pour le compte d'une entreprise.

> Si le délit est une infraction instantanée, consommée dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu, il se renouvelle à chaque acte d'exécution, le point de départ de la prescription devenant le jour du dernier acte d'exécution.

Toutefois, les lignes directrices n'ont pas de valeur légale et peuvent être modifiées. Il faudra donc attendre l'interprétation qui sera faite par les juridictions britanniques pour donner davantage de précisions.

En tout état de cause, les peines prévues par le *UKBriberyAct* sont :

– pour les personnes physiques : une peine d'emprisonnement de 10 ans, assortie d'une amende non plafonnée. La loi prévoit que ces peines peuvent s'appliquer aux dirigeants de l'entreprise si la corruption a été commise avec leur consentement ;

– pour les personnes morales : une peine d'amende illimitée qui sera selon toute vraisemblance, fonction des bénéfices tirés de la corruption, de la gravité des faits et de l'importance de l'entreprise concernée.

D'après les lignes directrices, les procédures de prévention seraient adéquates :

– si elles sont proportionnées aux activités et risques de l'entreprise,

– si ces procédures sont mises en œuvre au plus haut niveau de l'entreprise, par la désignation d'une personne en charge du contenu et la supervision des procédures au sein de l'entreprise,

– si elles découlent d'une analyse des risques régulière et documentée,

– si elles permettent des vérifications et audits relatifs aux « *personnes associées* »,

– si une bonne communication interne et externe est assurée par des formations notamment.

– si les programmes de prévention sont contrôlés et révisés de manière périodique.

B.- La difficulté de mettre en œuvre des programmes de prévention

Pour des entreprises françaises ayant une activité au Royaume-Uni, la mise en place de tels systèmes de prévention sera d'autant plus complexe que les systèmes d'alertes professionnelles ont été sanctionnés par la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre sociale rendu le 8 décembre 2009 (Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, Bull. civ. V, n° 276 ; Barrière F., Les dispositifs d'alertes professionnelles : le temps de l'apaisement ?, Rev. sociétés 2011, p. 276 ; Daoud E. et Bailly E., Le whistleblowing et la protection des données à caractère personnel : le compromis américano-européen, AJ pénal 2010, p. 269).

Ainsi ces dispositifs d'alerte doivent répondre aux exigences suivantes :

– obligation pour l'employeur d'obtenir de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) une autorisation préalable ;

– restreindre les alertes aux seules infractions comptables, financières, bancaires et aux faits de corruption ;

– ne pas encourager les dénonciations anonymes ;

– disposer d'une organisation spécifique pour traiter les alertes ;

– informer la personne concernée.

On mesure alors la difficulté pour les entreprises françaises de répondre à la fois aux exigences du droit français et du droit anglais pour adopter un programme de prévention contre la corruption.

Dans ce contexte, la signature de codes de bonne conduite et de chartes d'éthique reste une façon de se prémunir efficacement contre le risque de corruption.

Auprès d'un juge ce type d'engagements pris en interne aura un réel impact et permettra de moduler la responsabilité des entreprises en fonction des systèmes de prévention adoptés.

C.– La mise en place de codes de bonne conduite et de chartes éthiques

Ces documents sont présentés comme des outils de gestion de l'entreprise fédérant ses salariés autour de certaines valeurs et/ou leur fixant un certain nombre de règles de conduite à suivre dans l'exercice de leurs missions.

C'est pourquoi aujourd'hui ils ne sont plus l'apanage des entreprises cotées au CAC 40 mais sont également adoptés par des PME.

Ces documents éthiques sont désormais présentés et perçus comme un outil de prévention des risques de corruption bien qu'il ne soit pas possible de dresser un contenu type ou de tracer une démarche unique.

Leur contenu variera en fonction de la taille de l'entreprise ou du groupe, de la nature de son activité, de son implantation (nationale ou internationale), de ses préoccupations et des objectifs poursuivis.

Les noms donnés à ces outils reflètent cette hétérogénéité puisqu'ils sont appelés charte éthique, code éthique, code d'éthique, code de déontologie, code de bonne conduite, ou encore charte de valeurs, sans que cette liste ne puisse être considérée comme exhaustive. Le choix de l'intitulé de cet outil n'est pas neutre puisque le nom retenu reflète généralement en partie l'objectif poursuivi : un outil intitulé charte éthique aura généralement un contenu qui demeurera au niveau des grands principes plus ou moins incantatoires alors qu'un code de conduite contiendra notamment des dispositions prescrivant des règles de conduite précises.

Certaines entreprises n'hésitent pas à adopter plusieurs documents qui reflètent la même démarche alors que d'autres centralisent leurs préoccupations dans un seul.

L'on précisera que ces catégories ne sont pas exclusives les unes des autres puisqu'il est fréquent que les codes de bonne conduite prescrivant des règles de comportement contiennent également des dispositions rappelant les principes et valeurs de l'entreprise.

L'on peut ainsi dégager deux types de normes contenues dans ces documents : celles traduisant des déclarations d'intention et affirmant les valeurs de l'entreprise (promouvoir la diversité...), alors que d'autres prescrivent précisément une conduite à tenir (interdiction d'accepter des cadeaux des fournisseurs...). Parmi les clauses prescrivant une conduite à tenir, certaines prévoient qu'une sanction disciplinaire peut être prononcée en cas de violation et peuvent même préciser le type de sanction (avertissement, mise à pied...).

Ce sont à l'évidence les documents prescrivant des règles de comportement qui seront le mieux à même de remplir un rôle de prévention du risque pénal. Au contraire, les documents se contentant de formuler des principes et valeurs ne pourront remplir cette fonction.

C'est pourquoi le SCPC sensibilise les acteurs économiques sur les risques liés à la corruption et assiste les entreprises dans l'élaboration de codes de déontologie interne ainsi que pour la mise en place des systèmes d'alerte éthique(SCPC Rapp. act. 2010, 15 juin 2011, p. 124 et s.).

D.– La nécessité d'adopter une approche par les risques et de former les opérationnels

Toute entreprise doit favoriser une approche par les risques et doit, en fonction de l'activité qui est la sienne, mesurer les risques de corruption. Les secteurs les plus touchés sont la construction/immobilier, les industries extractives, les télécommunications, l'industrie de l'armement, les ressources naturelles et l'énergie, le secteur médical et pharmaceutique, les transports.

Le classement *Transparency International*, qui est un indice de perception de la corruption, peut être utile pour jauger ce risque.

La prévention la plus efficace reste la formationsur les risques pénaux en matière de corruption.

Ces programmes de prévention auront pour but de former les équipes, définir le rôle des dirigeants pour adopter les bons comportements face à des sollicitations, apprendre à réagir par rapport à une situation à risque.

Lorsqu'une entreprise dispose d'une dimension internationale, il devient incontournable de former les équipes qui seront exposées au risque de corruption afin de mieux connaître la loi du lieu d'implantation et la possible cumulation avec d'autres lois (effets extraterritoriaux des lois pénales étrangères).

Il est également indispensable d'assurer une remontée des informations en interne s'agissant des risques rencontrés sur le terrain.

Il est évident que dans certains pays, les coutumes locales, les cadeaux ou gestes d'hospitalité font parties des pratiques courantes et ne relèvent pas systématiquement de la corruption. Toutefois, les entreprises doivent adopter des politiques claires et transparentes pour éviter tout risque pénal.

Un contrôle attentif des intermédiaires, des représentants ou consultants s'avère également nécessaire pour juger de leur fiabilité. Il faut souligner que le délit de corruption est caractérisé si l'acte délictuel est commis « *directement ou indirectement* ». Ce point est donc essentiel.

Les entreprises doivent également opérer un contrôle des flux financiers et se doter de procédures internes d'approbation.

En définitive, la corruption touche aussi bien les entreprises nationales que les entreprises internationales. Au regard des réglementations Françaises, Britanniques et Américaines, aujourd'hui très répressives, la lutte contre la corruption s'est indéniablement intensifiée. Un activisme plus important des Parquets pour réprimer de telles pratiques à entrainer des condamnations plus nombreuses et importantes. Les entreprises doivent donc se doter d'outils de prévention efficace pour une tolérance zéro.

Reste qu'à l'échelle internationale, la convention de l'OCDE, par exemple, n'a pas été ratifiée par la Chine, la Russie, l'Inde, l'Indonésie ou l'Arabie Saoudite alors que ces pays pèsent sur l'économie mondiale, ce qui constitue un frein en matière de la lutte contre la corruption. ◆