

01/02/2019

## Anti-corruption – Extraterritorialité – Export Control

### 1. Anti-corruption - par Charles Duchaine, Directeur AFA, Magistrat de l'Ordre Judiciaire

Réf : PIERRUCCI Frédéric, « Le piège américain » (2019)

#### 1.1. AFA.

L'Agence Française Anticorruption (AFA) exerce des missions :

- De conseil et d'assistance
- De contrôle auprès des acteurs publics et privés

#### 1.2. Droit applicable

- **L'Article 17 de la loi Sapin II et la responsabilité du chef d'entreprise.**  
Le dirigeant (représentant de l'entreprise) peut être tenu responsable à titre personnel au défaut de conformité de son entreprise aux mesures de prévention et de détection de la corruption prévues à l'article 17.
- ➔ **Limité au champ d'application** au bénéfice des entreprises étrangères (siège social hors France) ou de moins de 500 salariés, ou n'atteignant pas 100 millions d'€ de CA.
- ➔ Est-ce que la nouvelle mouture de la loi anti-corruption prévoit la mise à disposition du directeur conformité d'une enveloppe pour mettre en œuvre l'ICP en contrepartie de la création d'une responsabilité du directeur conformité ?
  1. Non, pas dans les tuyaux.

**La loi SAPIN II reste « une loi défensive » à comparer à la loi US qui est offensive. \***

Face à la « guerre économique » pourquoi n'avons-nous pas plus recours à l'extraterritorialité ? (cf. Article 21 de la loi de 2016 sur l'extension au-delà des frontières)

1. Sept mesures obligatoires dans l'ICP : Engagement de la direction à l'égard de la conformité
  2. Structure organisationnelle, responsabilités et ressources
  3. Formation et sensibilisation
  4. Processus et procédures de vérification des transactions
  5. Revues de performance, audits, rapports et mesures correctives
  6. Tenue des dossiers et documentation
  7. Sécurité physique et sécurité de l'information.
- **L'article 40 du Code de Procédure Pénale** : applicable si fait de corruption découvert  
Il est fait obligation aux officiers publics ou fonctionnaires de signaler sans délai au procureur de la République tout délit ou crime dont ils auraient eu connaissance

01/02/2019

## 1.3. Conseil/assistance :

- Voir le questionnaire d'autoévaluation disponible sur le site AFA

## 1.4. La décision de contrôler.

### ➔ **Quels sont les critères sur lesquels l'AFA se base pour contrôler les entreprises et plus de 6000 administrations (personnes publiques)**

- Aucun outil probant de programmation
- 6.600 dossiers ouverts.

### ➔ **Il existe 3 sources d'informations pour déclencher un contrôle :**

- Investigation : mais l'AFA n'a aucun moyen (ni policier, ni judiciaire (le Parquet National Financier - PNF possède 17 magistrats)
- Dénonciation
- Confession (auto-dénonciation) : en ce cas, l'article 40 du CPP est inapplicable

### ➔ **Qu'en est-il de la coordination interministérielle ?**

- Elle reste insuffisante au regard de la collecte, de l'analyse et de l'exploitation du renseignement...
- A noter que les chefs d'entreprises devraient être les plus impliqués à comparer aux associations d'industriels à l'international qui ne sont pas les meilleurs interlocuteurs pour ce sujet.
- La méthode de sélection est artisanale, principalement parce que l'ennemi (corruption) n'est pas identifiable. Le seul indicateur juste et pertinent est la sanction judiciaire, qui est très imparfaite.

### ➔ **Pour 2019, le processus de sélection va être consolidé en tenant compte de l'exposition des entreprises.**

Les cibles ont et auront pour point commun :

- De travailler à l'international (facteur d'exposition) : les tiers les plus « exposés aux risques » sont les fournisseurs et les intermédiaires
- D'être convoitées par des concurrents et grands groupes étrangers
- Le recoupement d'informations diverses collectées

### ➔ **Objectifs du contrôle:**

- protection économique : donner aux entreprises françaises les moyens de se protéger contre le zèle des autorités US (OFAC notamment)
- solde des passifs lourds

## 1.5. L'intérêt de la Convention Judiciaire d'Intérêt Public.

La France s'inscrit dans un système judiciaire « mou » comparé à un système « violent » aux USA.

01/02/2019

C/C d'un concept anglo-saxon :

- US : rémunéré, attractant
- FR : répulsif

## 1.6. Outils

- ➔ **L'AFA organise environ 1 séminaire par mois pour améliorer la prise de conscience des entreprises.**
- ➔ **Cartographie des risques.** Elle est efficace quand elle prend appui :
  - sur les processus en place
  - sur les métiers.Perception détaillée et fine.

## 1.7. Chiffres à l'appui.

- ➔ Les entreprises interrogées déclarent :
  - 6% des entreprises interrogées sont en conformité à l'article 17
  - Commentaire CD : c'est plus du 0%.
  - 60% déclare avoir une cartographie des risques non conformes (soit inexistante, soit ancienne et fondée sur des standards anticorruption bancaires : blanchiment, financement du terrorisme)
  - 50% de faits de corruption admis
  - 15% déclare être en conformité avec le **dispositif d'évaluation des tiers**

## 1.8. Coopérations

- ➔ **Coopération inter-agences.** Axe majeur de développement. Abaissement des coûts. Joindre les procédures de contrôle. On évite le double monitoring. Sanction Unique
  - Avec US : Efficace
  - Avec Homologues européens : Coopération opérationnelle difficile car aucun droit de communication (sauf TRACFIN).
- ✓ Dans la nouvelle mouture de la loi anticorruption, il faudra faire sauter le verrou de l'interdiction d'échanger des informations.
- ➔ **Coopération entreprises-agences étrangères.**
- ✓ Si une autorité étrangère anti-corruption donne à l'entreprise l'ordre de donner de l'information et de coopérer aux fins de l'enquête, il faut informer au préalable l'AFA qui a compétence. L'AFA évalue s'il existe des causes réelles et sérieuses et prendra une décision liante.

01/02/2019

## 1.9. Bilan contrasté et peu de propositions permettant aux entreprises de se défendre.

- ➔ **Loi de blocage en cours de modification.**
  - Dispositif sous-exploité à fort potentiel.
  - Avec des effets extraterritoriaux intéressants, à creuser.
  
- ✓ Cette loi de blocage est le dispositif majeur évoqué par le rapport de Raphaël Gauvain, à paraître sous-peu, en vue de recommander au Gouvernement des mesures à prendre contre les dispositifs légaux et réglementaires, anciens et jaillissant portant atteinte à notre souveraineté économique, technologique et industrielle.
  - Point faible:
    - La loi est prise en otage entre ceux qui la violent et ceux qui ne l'appliquent pas
    - Loi méconnue
  
- ➔ **Cartographie des risques**
  
- ➔ **Lanceur d'alerte sans réelle protection, si ce n'est celle prodiguée par le défenseur des droits.**
  
- ➔ **Aucun moyen de cartographier la corruption en l'absence de données sur la corruption puisque :**
  - Pas de communication inter-gouvernementale (contrairement aux USA où tout communique)
  - Pas d'analyse stratégique
  - Pas d'utilisation des moyens de renseignement et de collecte d'information appropriée

01/02/2019

## 2. Extraterritorialité - par Olivier Marleix, député LR

Réf : Rapport de Raphaël Gauvain (Non publié)

### Contexte

Au sens du droit international, l'extraterritorialité s'entend de l'exercice par une puissance étatique d'une compétence (législative, exécutive ou judiciaire) en dehors des limites territorialement admises.

Ce phénomène n'est pas l'exclusivité des USA mais existe du fait de la mondialisation des échanges. L'Extraterritorialité est partout :

#### → En Europe:

- Droit de l'homme (émission de mandat d'arrêt pour poursuivre à l'étranger des personnes responsables de crime contre l'humanité),
- Droits individuels (RGPD: sanction contre Google par la Commission européenne)
- Article 21 loi Sapin II : permet de poursuivre à l'étranger
- Règles anti-trust européenne

### 2.1. Spécificité US

Il est question de s'organiser face à l'usage qu'en font les USA, qui est particulier par sa force, par les moyens d'investigation, et les moyens judiciaires alloués.

Du point de vue judiciaire, il faut préciser que la mise en œuvre de la justice US trouve souvent son initiative dans les contrôles des autorités administratives, du gouvernement.

Le moteur, c'est la crainte pour un opérateur économique européen d'être exclu du marché américain. Ce n'est pas la sanction, bien qu'elle soit immense.

#### → Aux USA:

- FCPA (de 1977)
- Réglementation sur les sanctions internationales contre l'Iran et la Libye
- Bank Secrecy Act
- ITAR (1976)
- EAR
- Cloud Act

✓ Pour les américains cela reste une arme de guerre économique

Le rapport de Karine BERGER et Pierre LELLOUCHE fait état de « versement de plusieurs dizaines de milliards de dollars, en quelques années, par les entreprises européennes... Ce qui représente un prélèvement significatif sur les économies européennes au bénéfice des finances publiques américaines. »

### 2.2. Critères de rattachement jurisprudentiel

→ Par exemple :

# LA COMPLIANCE DANS TOUS SES ETATS

01/02/2019

- \$
- Terminaux de paiement basés aux USA
- Composants d'origine US
- Filiales de sociétés américaines
- Participations « d'US person » dans des projets étrangers

## 2.3. Analyse stratégique et économique.

L'extraterritorialité est un prétexte servant avant tout à s'occuper des affaires du voisin.

En matière d'anticorruption, l'argumentaire est le suivant : protéger l'investissement américain contre la corruption à l'étranger.

Pour ce faire, les administrations US communiquent en permanence (e.g. NSA-DOJ) et mettent à profit les moyens de renseignement (humains et techniques). Né dénie pas et s'en défend en prétextant que les administrations européennes ont les mêmes moyens.

## 2.4. Intérêts nationaux fondamentaux en danger.

- Le cas de la branche Energie d'Alstom racheté par GE
- Le cas de Technip racheté par FMC
- IDE entrant\*80 en vingt ans

Ceci sans que les mécanismes nationaux d'alerte n'aient fonctionné afin de mesurer les risques face à ces situations en vue de mettre en place des mesures de protection... Comme sont en cause les intérêts fondamentaux de la Nation, le législateur cherche une réponse à fournir.

## 2.5. Les instruments prévoyant des mesures de protection pour l'entreprise.

- Rapport de Raphaël Gauvain sur la protection du patrimoine industriel et technologique.
- Convention de l'OCDE de 1997, si complétée : Non bis in idem, partage de l'enquête, critères explicites d'attribution de compétence
- Lois de blocage modifiée permettant de s'opposer au transfert de données techniques, financières, sensibles.

## 2.6. Axes de développement.

- Initiatives timides après les sanctions secondaires contre l'Iran...
- ➔ Le dispositif INSTEX de troc devrait encore obtenir l'aval des 28 EM de l'UE...
- Projet de règlement européen sur les contrôles des IDE en cours de finalisation (encore très loin du CIFUS)

## 2.7. Réflexions pêle-mêle

- Fonction de Directeur Juridique ou Chief Compliance Officer: la Suisse a adopté une réglementation pour donner des moyens pour agir au DJ/CCO. Les US les

# LA COMPLIANCE DANS TOUS SES ETATS

01/02/2019

- considèrent indépendants, dotés de moyens afin d'être capables d'engager leur société.
- Etoffer le statut du lanceur d'alerte ;
- Créer le statut de salarié protégé.

## **2.8. CHINE - Révisions de la Loi sur le renseignement (2017) et l'obligation de coopération.**

La loi sur le renseignement de 2017 va obliger les entreprises et les citoyens à «coopérer, soutenir ou assister les institutions nationales du renseignement ».

Impacts : ils ont obligation de collaborer dans d'éventuelles opérations d'espionnage.

La sanction en Chine est la peine de mort.

La loi impose aux opérateurs d'infrastructures dites "critiques" de stocker en Chine les données personnelles de leurs utilisateurs et de faire contrôler leur matériel informatique.

## **2.9. Bilan "gros chantiers" .**

Réécrire la convention d'entraide franco-américaine en matière judiciaire

Procédures pénales asymétriques

01/02/2019

### 3. Export Control (Overview) - par Thomas Courbe (Directeur Général DGE)

En matière de contrôle des exportations, la France est, à l'instar des autres Etats Européens, sinon à peu de choses près, un acteur qui applique à la lettre les accords internationaux de non-prolifération.

- Message principal : refuser qu'on travestisse la réglementation européenne CE/428/2009 en lui accolant du droit de l'homme et des biens listés par les soins d'autres entités que celles des accords internationaux habituels.

L'administration mène une politique de sécurité économique qui vise à identifier / réduire et répondre aux menaces infligées aux entreprises françaises dans l'objectif de protéger le patrimoine technologique français.

- En revanche, en dehors de l'Union, deux Etats se distinguent de par l'agressivité de leur réglementation : les Etats-Unis et la Chine.

#### **Aux Etats-Unis, le contrôle des exportations est conçu comme un outil protectionniste.**

Protectionniste en ce sens que l'objectif n'est pas de mettre sous cloche les exportations vis-à-vis de tiers malveillant mais davantage de chasser en dehors de leur propre territoire, le patrimoine industriel, scientifique et technologique stratégique et plus globalement toute activité qui pénaliserait le commerce des Etats Unis.

Cette utilisation du contrôle des exportations par les Etats-Unis est comme une seconde nature.

En complément d'outils tels que le FCPA, le CIFUS, ITAR et le Double Usage avec les EAR, le Cloud Act est la dernière étape connue de l'Extraterritorialité américaine.

#### **→ Comment les entreprises françaises se protègent-elles ?**

- Mise en place d'un Programme de Conformité Interne « ICP ». Groupe de travail mis en place visant à éditer un canevas type, notamment pour les PME qui offrirait des conditions d'accès à une procédure allégée;
- valider l'ICP au plus haut niveau de l'entreprise ce qui représente une exigence de recevabilité du Programme.
- Refuser sinon maîtriser les IDE (surtout Chinois!), donc conserver une base industrielle compétitive française
- Refuser les JV en Chine dans lesquelles se préparent des transferts de technologies considérables (en raison de la loi sur le renseignement par exemple)
- Afin de répondre au Cloud Act américain Bercy mène une réflexion sur le développement d'un Cloud souverain.

01/02/2019

➔ **Questions:**

- Le screening des IDE est-il en conflit avec la réglementation sur le droit du travail ?
- Est-ce que l'application de normes américaines peut teinter la technologie ?

➔ **Échéance:** 12 février : négociations sur le règlement Double usage européen à Bercy avec les entreprises. Aujourd'hui : refonte du règlement dans l'impasse à Bruxelles.

➔ **The Export Practitioner.** Intérêt considérable pour les USA. Cette revue publie la liste des condamnations des entreprises, notamment étrangères, avec le détail des infractions et des pénalités infligées... C'est un outil éminemment dissuasif pour les entreprises étrangères.