

Programmatic Cooperation Framework for Armenia, Azerbaijan, Georgia, Republic of Moldova, Ukraine and Belarus



Responsabilité des personnes morales pour les infractions de corruption

Un manuel de formation et une boîte à outils législative

édition anglaise [traduction français automatique non-
autorisée]

Publié par le Conseil de l'Europe

F-67075 Strasbourg Cedex

www.coe.int

Conseil de l'Europe, **septembre 2015**

Auteur :

Tilman Hoppe, expert du Conseil de l'Europe

Examen par les pairs :

Georgi Rupchev, Expert du Conseil de l'Europe

Photos @ Conseil de l'Europe

**Image de la page de couverture utilisée sous licence de
Shutterstock.com**

Mise en page et conception de la couverture : **Nom de la société**

Nom et adresse de la société en caractères d'imprimerie

Circulation : 150 exemplaires

Tous droits réservés. Aucune partie de cette publication ne peut être traduite, reproduite ou transmise, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique (CD-Rom, Internet, etc.) ou mécanique, y compris la photocopie, l'enregistrement ou tout système de stockage ou de récupération de l'information, sans l'autorisation écrite préalable de la Direction de la communication (F-67075 Strasbourg Cedex ou publishing@coe.int).

Cette publication a été réalisée dans le cadre du projet de la Facilité du Partenariat oriental-Conseil de l'Europe "Bonne gouvernance et lutte contre la corruption" avec l'aide financière de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Les opinions exprimées dans ce document ne peuvent en aucun cas être considérées comme reflétant la position officielle de l'Union européenne et/ou du Conseil de l'Europe.

Pour plus d'informations sur le sujet de la publication, veuillez contacter :

Unité de coopération et de lutte contre la criminalité économique

Service de lutte contre la criminalité

Direction générale des droits de l'homme et de l'État de droit

Conseil de l'Europe

Courriel : contact.econcrime@coe.int

Internet : www.coe.int/corruption

Table des matières

Responsabilité des personnes morales pour les infractions de corruption	1
Table des matières.....	3
1 Introduction	6
2 L'importance de la responsabilité des entreprises	8
2.1 Exercice de cas 1 : la colonie grecque.....	8
2.2 Avantages et inconvénients	9
2.3 Histoires de réussite	12
3 Concepts de responsabilité	14
3.1 Imputation	14
3.1.1 Le management : Alter ego de l'entreprise	14
3.1.2 Responsabilité du maître et du serviteur	15
3.2 Objectif	16
3.3 Conventions internationales.....	17
3.4 Exercice de cas 2 : Cas de corruption de Siemens	18
3.4.1 Cartes d'identité argentines.....	18
3.4.2 Réseaux téléphoniques bangladais	19
3.4.3 Métro vénézuélien	20
4 Approches en matière de responsabilité.....	22
4.1 Responsabilité pénale	22
4.1.1 Approche de common law de la responsabilité de la personne morale.....	23
4.1.2 Approche "stricte" de la responsabilité.....	27
4.1.3 Responsabilité "imputée ou présumée	32
4.2 Responsabilité administrative.....	34
4.3 Analyse des deux approches.....	35
5 Éléments de responsabilité	38
5.1 Personne morale	38
5.2 Personne physique délinquante.....	40
5.3 Délit de corruption	42
5.3.1 Types	42
5.3.2 <i>Actus reus et mens rea</i>	43
5.3.3 Acte d'un individu personne physique	43
5.3.4 Condamnation.....	44
5.4 Relation entre l'infraction et la personne morale	45
5.4.1 Prestations.....	46
5.4.2 Intérêt général	47
5.4.3 En rapport avec les opérations.....	47
5.5 Faute de la personne morale	48
5.5.1 Types	48
5.5.2 Diligence raisonnable.....	51
5.6 Excursus : les entreprises affiliées.....	54
5.7 Exercice de cas 3 : L'énergie pour l'Europe.....	56

6	Sanctions	60
6.1	Financier	62
6.1.1	Fine	62
6.1.2	Confiscation à la personne morale	63
6.1.3	Confiscation à un tiers	65
6.1.4	Domages et intérêts	65
6.2	Non-financière	66
6.2.1	Exclusion du financement public	66
6.2.2	Disqualification des marchés publics	66
6.2.3	Annulation des décisions de passation de marchés	67
6.2.4	L'exclusion des banques de développement	68
6.2.5	Perte des privilèges d'exportation	68
6.2.6	Interdiction d'activités	69
6.2.7	Supervision	69
6.2.8	Probation et caution	70
6.2.9	Liquidation	70
6.2.10	Registre public	71
6.2.11	Publication de l'arrêt	73
6.3	Circonstances atténuantes et " regrets effectifs "	73
6.4	Exercice de cas 4 : contrôle du trafic à Moscou	74
6.5	Exercice de cas n° 5 : une enquête digne d'un prix ?	75
7	Aspects procéduraux	80
7.1	Double incrimination ("Ne bis in idem")	80
7.1.1	Personne physique et morale	80
7.1.2	Sanctions administratives et pénales	81
7.1.3	Une seule entreprise - des entités différentes	82
7.2	Garanties procédurales	82
7.3	Tactiques de procès : personnes physiques et morales	83
7.4	Compétence internationale	84
7.4.1	Procès pénal et administratif	84
7.4.2	Litiges privés	87
7.5	Coopération juridique internationale	87
7.6	Exercice de cas 6 : Offshore Limited	89
7.7	Exercice de cas 7 : Transactions à l'étranger	91
7.8	Enquêtes internes et externes	92
7.8.1	Étude de cas	93
7.8.2	Enquête interne	96
7.8.3	Enquête externe	100
8	KIT D'OUTILS LEGISLATIFS	102
	La nécessité d'une boîte à outils législative	102
	Chapitre I : Responsabilité	105
	Note préliminaire : administratif ou pénal ?	105
	Article 1 - Champ d'application : personnes morales ; infractions	105
	Article 2 - Responsabilité pour les défaillances personnelles	110

Article 3 - Responsabilité en cas de défaillance d'une société	115
Article 4 - Responsabilité élargie	116
Article 5 - Sanctions	120
Article 6 - Peine ; circonstances atténuantes	126
Article 7 - Responsabilité des successeurs et des partenaires.....	128
Article 8 - Applicabilité du droit interne	131
Article 9 - Application du droit administratif/pénal général	134
Chapitre II : Questions de procédure	135
Note préliminaire : nécessité de dispositions distinctes ?.....	135
Article 10 - Juridiction nationale.....	135
Article 11 - Procédure autonome.....	136
Article 12 - Double peine	137
Article 13 - Privilège contre l'auto-incrimination.....	139
Article 14 - Mesures préliminaires	141
Article 15 - Succession légale.....	143
Article 16 - Coopération internationale	143
Article 17 - Application du droit procédural	144
9 Annexe	146
9.1 Conventions internationales.....	146
9.1.1 Comparaison systématique.....	147
9.1.2 Convention pénale du Conseil de l'Europe	151
9.1.3 Deuxième protocole de l'UE.....	152
9.1.4 Convection des Nations unies contre la corruption	153
9.1.5 Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.....	154
9.1.6 Régions non-européennes	154
9.2 Normes non conventionnelles.....	154
9.2.1 Résolution du Conseil de l'Europe (97) 24	154
9.2.2 Recommandation du Conseil de l'Europe R (88) 18	155
9.2.3 Décision-cadre 2003/568/JAI de l'UE.....	158
9.3 Réponses suggérées pour l'exercices de cas	159
9.3.1 Exercice de cas 1.....	159
9.3.2 Exercice de cas 2.....	160
9.3.3 Exercice de cas 3.....	161
9.3.4 Exercice de cas 4.....	162
9.3.5 Exercice de cas 5.....	163
9.3.6 Exercice de cas 6.....	163
9.3.7 Exercice de cas 7.....	165
9.4 Exercice de cas 8 : Investigation simulée	167

1 INTRODUCTION

Ce manuel de formation en deux parties répond aux besoins des praticiens qui n'ont pas, ou relativement peu, d'expérience pour comprendre la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales dans leur pays et plus largement dans toute l'Europe.

La responsabilité des personnes morales est une question qui a traditionnellement été couverte - si tant est qu'elle l'ait été - par une littérature académique hautement spécialisée sur les législations nationales, par des présentations et des débats lors de quelques séminaires internationaux, et par une étude législative comparative récente sur les États membres de l'Union européenne. Cependant, il existe pratiquement :

- aucun cas concret pour illustrer les questions relatives à la responsabilité des personnes morales ;
- un aperçu complet des questions juridiques et pratiques relatives à la responsabilité des personnes morales en vertu de diverses conventions internationales.

Les sections 1 à 7, le manuel de formation, visent à combler cette lacune. Il est conçu pour :

- faciliter la formation et l'éducation dans le pays ;
- fournir aux procureurs et aux juges les connaissances nécessaires ;
- sensibiliser les décideurs politiques à l'éventail des questions qui pourraient nécessiter une réglementation ;
- servir de guide de ressources sur les normes internationales et le suivi des résultats (Nations unies, Conseil de l'Europe, OCDE, entre autres) ;
- et éventuellement inspirer des discussions académiques dans les pays où la législation a été introduite récemment.

Le manuel de formation a été rédigé par Tilman Hoppe, conseiller à long terme du projet, et révisé par Georgi Rupchev, expert du Conseil de l'Europe. Il a été piloté lors d'une formation de deux jours organisée à Kiev les 2 et 3 juillet 2013, et lors de trois autres formations dans les pays à Bakou (15-16 septembre 2014), Tbilissi (17-18 septembre 2014) et Minsk (21-22 octobre 2014), toutes dans le cadre du projet Partenariat oriental-Conseil de l'Europe " Bonne gouvernance et lutte contre la corruption ".

En outre, la section 8 présente une boîte à outils législative qui vise à fournir des conseils en particulier aux praticiens des pays en transition. La boîte à outils fournit des lignes directrices en matière de réglementation, qui offrent aux utilisateurs un point de départ pour élaborer leurs propres projets de loi, et des commentaires, pour clarifier le raisonnement et illustrer la nécessité de la réglementation en se référant aux normes internationales.

La boîte à outils législative a été préparée par Tilman Hoppe, avec des contributions et des révisions de Mark Livschitz, expert du Conseil de l'Europe, et de Jelena Jolić, Secrétariat du Conseil de l'Europe (tous deux concernant également la section 7.8.2).

2 L'IMPORTANCE DE LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES

La responsabilité des personnes physiques existe depuis des milliers d'années. Le concept de personne morale, en comparaison, n'est reconnu que depuis le 19^e siècle. Avec l'émergence des personnes morales, il est rapidement apparu que la responsabilité des personnes physiques ne suffisait pas et que la responsabilité des personnes morales devait également être réglementée. C'est particulièrement vrai dans le domaine de la corruption :

- La corruption sans entrave peut être une activité **rentable** pour les entreprises : le retour sur les pots-de-vin serait en moyenne dix fois supérieur au montant du pot-de-vin. ¹
- 15% des entreprises dans le monde pensent qu'il est **justifié de** verser des pots-de-vin dans certaines circonstances. ²

2.1 Exercice de cas 1 : la colonie grecque

Contexte

Le scandale de corruption de Siemens en Grèce concernait une série de contrats d'État conclus entre Siemens AG et des fonctionnaires du gouvernement grec au début des années 2000.

En versant des sommes importantes à des fonctionnaires, Siemens aurait réussi à remporter une série de contrats prestigieux, notamment des contrats de sécurité pour les Jeux olympiques d'été de 2004, un contrat pour le métro d'Athènes et en relation avec d'autres achats effectués par l'OTE dans les années 1990. Selon des rapports de presse, des responsables de l'entreprise Siemens ont affecté plus de 12 millions d'euros aux principaux partis politiques grecs entre 1998 et 2005.³ La Grèce avait affirmé que les pots-de-vin versés par Siemens aux différents gouvernements grecs entre la fin des années 1990 et 2007 avaient coûté près de 2 milliards d'euros aux contribuables.

Une centaine de personnes, dont d'anciens cadres de l'unité grecque de Siemens AG et de l'OTE, ont témoigné auprès du bureau du procureur d'Athènes au cours de l'enquête qui a duré deux ans, jusqu'en 2008. Plusieurs hommes d'affaires et agents de change soupçonnés d'avoir servi d'intermédiaires pour les versements ont également témoigné devant la justice.

En 2008, le procureur ne pouvait déposer des accusations non individuelles que contre "tous les responsables". Ce type d'inculpation permet aux autorités d'ouvrir

¹ The Economist (2 juin 2012), *You get who you pay for*, www.economist.com, consulté le 11 juin 2015.

² Idem.

³ Deutsche Welle (2 juillet 2008), *Siemens Hit by Corruption Charges in Greece, Norway*, www.dw.de, consulté le 11 juin 2015.

une enquête de grande envergure dans laquelle toute personne considérée comme suspecte est automatiquement inculpée.

L'ancien ministre des transports et des communications sous l'administration du PASOK en 1998 a admis en mai 2010 devant une commission d'enquête parlementaire que la somme de 200 000 marks allemands avait été déposée en 1998 sur un compte bancaire suisse de Siemens sous son administration, prétendument pour financer sa campagne électorale.

Cependant, jusqu'en 2012, aucun acte individuel de corruption n'a été prouvé par Siemens, par des fonctionnaires du gouvernement grec ou par quiconque.

En août 2012, le ministère grec des finances et Siemens ont signé un accord de 330 millions d'euros.⁴ À l'époque, le premier ministre grec était à Berlin pour demander à la chancière "du temps pour respirer" concernant les échéances du plan de sauvetage de la crise de la dette grecque.

Selon les termes de l'accord, le groupe allemand a accepté d'annuler 80 millions d'euros que lui doit l'État grec et de garantir 250 millions d'euros d'investissements supplémentaires dans le pays. Siemens versera 90 millions d'euros sur cinq ans pour financer les infrastructures du gouvernement grec, depuis les équipements médicaux jusqu'aux programmes de recherche universitaire. Elle s'est également engagée à investir 100 millions d'euros en Grèce au cours de l'année 2012 "pour assurer la présence et l'activité continues de l'entreprise, qui emploie actuellement plus de 600 personnes". En outre, la société a accepté de "construire une nouvelle usine en Grèce avec un budget de plus de 60 millions d'euros, ce qui entraînera l'emploi de plus de 700 personnes."⁵

Questions

- a. Quels sont les avantages et les inconvénients de la responsabilité non pénale (administrative et civile) et pénale des personnes morales dans ce cas ?
- b. Qu'est-ce que la responsabilité non pénale et pénale des personnes morales ne peut pas réparer dans ce cas ?
- c. Êtes-vous en faveur de l'accord, ou non ?

2.2 Avantages et inconvénients

Les principaux arguments en faveur de la nécessité de compléter la responsabilité des personnes physiques par celle des personnes morales sont les suivants :

⁴ Siemens AG (5 avril 2012), *Siemens et la République hellénique parviennent à un accord de règlement et marquent un nouveau départ*, www.siemens.com, consulté le 11 juin 2015.

⁵ The Telegraph (27 août 2012), *Debt crisis : Greek government signs €330m settlement with Siemens*, www.telegraph.co.uk, consulté le 11 juin 2015.

- Les entreprises sont souvent impliquées dans la corruption, soit délibérément, soit en tolérant une culture de la corruption ; en tant que telles, elles devraient être responsables pour la simple raison que la **justice** l'exige.
- Les grandes entreprises sont décentralisées ; il est donc difficile, voire **impossible**, de trouver un individu responsable d'une décision de corruption.
- Il peut être **injuste** d'attribuer la responsabilité à une personne spécifique lorsqu'une structure décisionnelle complexe et diffuse est impliquée.
- La corruption en tant que phénomène social ne peut être **évitée** si l'on ne s'attaque pas à l'une de ses sources : le profit des entreprises qui corrompt l'État.
- La prévention au niveau des entreprises peut être plus **efficace** : celles-ci ont tendance à réfléchir de manière plus rationnelle aux risques économiques d'une infraction que les particuliers. Ces risques peuvent être considérables : Les entreprises américaines qui font l'objet de poursuites pour corruption perdent en moyenne 9 % de leur valeur marchande. ⁶
- La responsabilité des entreprises **incite** les personnes morales à mettre en place des mesures de lutte contre la corruption.
- Les sociétés "sont des **véhicules** fréquents pour le paiement de pots-de-vin, et sont facilement adaptables à cet effet. L'utilisation de structures financières et de techniques comptables élaborées pour dissimuler la nature des transactions est monnaie courante" ; elles doivent donc être ciblées.
- La **confiscation** des produits de la corruption est facilitée si l'on inclut la responsabilité des entreprises. ⁸
- La responsabilité des personnes morales peut générer des sommes d'argent substantielles pour le **budget** public ; le grand public, qui est finalement victime de la corruption, reçoit ainsi une certaine réparation pour l'infraction.
- Les pots-de-vin n'étant pas déductibles des impôts, la responsabilité d'une personne morale pour un pot-de-vin entraînera régulièrement des recettes **fiscales** supplémentaires pour l'État à la suite d'une enquête sur la corruption.
- La **responsabilité civile** pour les dommages ne serait pas suffisante. Souvent, il **n'y a pas de plaignant**, pas de cause ou pas assez de preuves pour tenter une action civile pour le préjudice économique global causé par la corruption. Un concurrent devrait prouver que sans le pot-de-vin, il aurait remporté le marché et l'État qui a attribué le marché à l'entreprise corruptrice devrait prouver qu'il aurait attribué le marché à un autre soumissionnaire s'il n'y avait pas eu de pot-de-vin. La situation est encore plus compliquée lorsque des concurrents se sont entendus avec

⁶ The Economist (2 juin 2012), *You get who you pay for*, www.economist.com, consulté le 11 juin 2015.

⁷ OCDE (6 juin 2003), *Bulgarie : Rapport de phase 2 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.27, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

⁸ OCDE, Bulgarie : Phase 2 (voir ci-dessus note 7) p.27 : " L'utilité de la confiscation dans les affaires de corruption transnationale est gravement compromise, de l'avis des examinateurs principaux, par l'absence de responsabilité des personnes morales. "

l'entreprise corruptrice afin de bénéficier de contrats de sous-traitance avec cette dernière (voir ci-dessous l'exercice de cas n° 4).

- Les **preuves** étudiées pour la responsabilité des personnes morales sont souvent utiles pour établir la responsabilité des personnes physiques ; souvent, ces preuves ne seraient pas disponibles s'il n'y avait pas eu de procédure contre la personne morale.

La responsabilité **civile** des entreprises, telle que la responsabilité délictuelle, existe dans toutes les juridictions du monde. La responsabilité administrative des entreprises pour manquement à leurs obligations envers l'État et les municipalités est également relativement bien connue, notamment dans les pays d'Europe centrale et orientale.⁹ En revanche, la responsabilité **pénale** des personnes morales est un concept assez nouveau et n'est pas encore acceptée dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe ou de l'OCDE. Les arguments les plus couramment utilisés contre la responsabilité pénale des personnes morales sont les suivants :

- Seule une personne **physique** peut être pénalement responsable car le lien entre une infraction et une fiction juridique abstraite ne peut exister en termes de culpabilité ("*nulla poena sine culpa*"). Cette notion est également forte dans les pays ex-communistes et non-capitalistes dont les systèmes juridiques ne reconnaissaient pas les personnes morales (à l'exception des sociétés et organes d'État).
- Le système de **justice pénale** est conçu autour d'un être humain (garanties relatives à la détention provisoire, aux tests ADN, etc.)
- La principale sanction du droit pénal, l'**emprisonnement**, ne pouvait pas s'appliquer à une personne morale.
- La personne morale et ses propriétaires et actionnaires honnêtes sont aussi souvent **victimes** de la corruption ; une infraction commise par les actions de quelques-uns au sein de l'entreprise peut nuire à la réputation de l'entreprise et à la valeur actionnariale.
- Il peut être plus facile de poursuivre les personnes morales que les personnes physiques, ce qui peut conduire à **négliger les** poursuites à l'encontre des personnes physiques.

Cependant, chacun des arguments ci-dessus peut être contré :

- Si une personne morale peut être civilement et/ou **administrativement responsable** de violations de la sécurité ou de l'environnement, il s'ensuit qu'elle devrait avoir suffisamment de "personnalité" pour être également jugée pénalement responsable.
- Il n'existe aucun système juridique connu dans lequel la **constitution** ou les décisions d'une **cour suprême** ou d'une cour constitutionnelle empêcheraient l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales.

⁹ Voir par exemple la *loi bulgare sur les infractions et les sanctions administratives* de 1969, Art. 83.

- Les mécanismes du système de **justice pénale** qui ne peuvent s'appliquer qu'aux êtres humains concernant leur corps ne s'appliquent naturellement pas aux personnes morales (garanties concernant la détention provisoire, les tests ADN, etc.) et n'ont pas besoin de le faire, alors que tous les autres mécanismes s'appliqueraient toujours (droit de garder le silence, droits procéduraux, etc.).
- L'emprisonnement n'est pas nécessaire ; une **amende** monétaire, par exemple, est une sanction appropriée et efficace pour une personne morale.
- La personne morale et les propriétaires/actionnaires **profiteraient** de la corruption si elle restait cachée. En outre, ils peuvent se prémunir contre toute responsabilité en mettant en place des mesures de prévention efficaces. S'ils choisissent de ne pas le faire, il est raisonnable que la loi garantisse qu'il y aura des répercussions si la corruption est toujours présente.
- La responsabilité pénale des personnes morales ne fait pas obstacle à la poursuite des personnes physiques impliquées. En fait, sans la responsabilité des personnes morales, dans de nombreux cas, **personne ne** serait tenu responsable.

2.3 Histoires de réussite

De 2008 à 2016, les États-Unis ont collecté 4,7 milliards de dollars américains auprès des entreprises. Ce chiffre ne comprend que les cas de corruption à l'étranger, et ne prend en compte que les 10 plus gros dossiers de ces cinq années. ¹⁰Les règlements les plus importants sont classés par ordre d'importance jusqu'en février 2016 :

1. Siemens AG, Allemagne : 800 millions de dollars US en 2008.
2. Alstom, France : 772 millions de dollars US en 2014.
3. KBR/Halliburton, États-Unis : 579 millions de dollars US en 2009.
4. BAE, Royaume-Uni : 400 millions de dollars US en 2010.
5. Total SA, France : 398 millions de dollars US en 2013.
6. VimpelCom, Pays-Bas : 397,6 millions de dollars américains en 2016.
7. Alcoa, États-Unis : 384 millions de dollars américains en 2014.
8. Snamprogetti Netherlands B.V./ENI S.p.A : 365 millions de dollars américains en 2010.
9. Technip S.A., France : 338 millions de dollars US en 2010.
10. JGC Corporation, Japon : 218,8 millions de dollars US en 2011.

L'accusation portée par le ministère américain de la justice (DOJ) contre le géant européen de l'ingénierie, Siemens AG, en 2008, a lancé la tendance des amendes élevées pour les organisations accusées de corruption. L'amende de 800 millions de dollars a été multipliée par vingt par rapport à la plus importante amende FCPA antérieure de 44 millions de

¹⁰ Cassin R. (2010), *The FCPA's Top Ten*, www.fcpablog.com, consulté le 9 mai 2016.

dollars, infligée à Baker Hughes Inc. pour des pots-de-vin présumés versés à des fonctionnaires du Kazakhstan. Selon les documents judiciaires, Siemens AG avait falsifié ses livres d'entreprise à partir des années 1990 et s'est prévalu de la loi en Allemagne, qui stipulait que les pots-de-vin versés à l'étranger n'étaient pas criminels et étaient déductibles des impôts. Elle a continué à corrompre des fonctionnaires étrangers pendant la décennie suivante et a plaidé coupable de violations de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA), acceptant de payer une amende de 450 millions de dollars au DOJ. Combinée à une autre amende de 350 millions de dollars pour la restitution des bénéfices à la Securities and Exchange Commission (SEC) des États-Unis, l'amende totale de 800 millions de dollars payée par Siemens est la plus grande sanction monétaire FCPA imposée à une seule entreprise. En 2008, Siemens a accepté de payer un montant supplémentaire de 395 millions d'euros (540 millions de dollars américains). Avec les autres ajouts, l'amende globale payée par Siemens aux États-Unis et en Allemagne s'est élevée à 1,6 milliard de dollars. En outre, ¹¹Siemens a dû payer 850 millions d'euros d'honoraires d'avocats et de comptables. ¹²

L'affaire Siemens a suscité une série de nouvelles enquêtes sur la corruption à travers le monde, les conglomérats étant de plus en plus souvent invités à payer des amendes plus importantes que celles observées avant l'affaire Siemens. En 2014, le géant ferroviaire français Alstom a été reconnu coupable d'avoir versé des dizaines de millions de dollars de pots-de-vin pour obtenir des projets d'une valeur de 4 milliards de dollars auprès d'organismes publics dans des pays comme l'Indonésie, l'Arabie saoudite et Taïwan. Après avoir profité de près de 300 millions de dollars de ce système, Alstom a été reconnu coupable d'avoir poursuivi ses actes répréhensibles en falsifiant ses livres et registres pour dissimuler les paiements. Elle a ensuite accepté de réformer son système de conformité et de payer 772 millions de dollars pour mettre fin à l'enquête.

De même, la société américaine KBR et la société britannique BAE ont également été inculpées pour des montants élevés de 579 millions et 400 millions de dollars, respectivement. KBR a été inculpée après avoir payé des fonctionnaires au Nigeria pour obtenir des contrats d'ingénierie, d'approvisionnement et de construction d'une valeur de plus de 6 milliards de dollars, tandis que BAE Systems a été arrêtée pour avoir fait de fausses déclarations sur la conformité au FCPA dans le cadre de ventes d'armes. La tendance se poursuit plus ou moins sans relâche. Rien qu'en 2012, les États-Unis ont perçu 138 millions de dollars américains auprès des entreprises, et ce chiffre ne comprend que les cas de corruption à l'étranger. ¹³

De même, d'autres pays ont également imposé des amendes importantes. En 2011, un tribunal français a ordonné au groupe français d'électronique de défense Thales, ainsi qu'au gouvernement français, de payer une amende record de **630 millions d'euros** (920 millions

¹¹ New York Times (15 décembre 2008), *Siemens to Pay \$1.34 Billion in Fines*, www.nytimes.com, consulté le 11 juin 2015.

¹² The Guardian (16 décembre 2008), *Record US fine ends Siemens bribery scandal*, www.guardian.co.uk, consulté le 11 juin 2015.

¹³ U.S. SEC, *SEC Enforcement Actions : FCPA Cases*, www.sec.gov, consulté le 11 juin 2015.

de dollars américains) pour des pots-de-vin dans la vente de six frégates à Taïwan en 1991, pour un montant de 2,8 milliards de dollars américains.¹⁴ Le montant de l'amende dépasse celui de l'amende la plus élevée jamais payée aux États-Unis.

Sans la responsabilité des personnes morales, peu, voire aucune, des amendes susmentionnées n'auraient été possibles. En plus de ces amendes infligées aux personnes morales, de nombreuses personnes physiques ont été poursuivies pour des infractions pénales. Par exemple, l'un des PDG de Siemens a été poursuivi et son procès s'est terminé par un paiement de 175 000 euros. Siemens a réussi à lui réclamer, ainsi qu'à ses collègues, des millions d'euros de dommages et intérêts.

3 CONCEPTS DE RESPONSABILITE

Le principe selon lequel les sociétés ne peuvent commettre de crimes ("*societas delinquere non potest*") était autrefois universellement accepté. Cela a commencé à changer dans un premier temps dans certains systèmes de common law. Aujourd'hui, le débat séculaire sur la question de savoir si les personnes morales peuvent porter une responsabilité pénale s'est déplacé plus largement vers la question de savoir comment définir et réglementer cette responsabilité.¹⁵

Il existe deux façons d'établir la responsabilité de la société : soit en imputant la responsabilité de la personne morale sur la base de la responsabilité personnelle de son personnel, soit en s'appuyant sur un aspect fautif de la personne morale elle-même.

3.1 Imputation

Le modèle d'imputation fait dériver la responsabilité de la personne morale de la responsabilité personnelle d'une personne physique travaillant pour la société. Il existe deux approches différentes pour tracer une ligne de démarcation entre la personne physique corrompue et la personne morale : soit la personne physique est considérée comme l'"alter ego" de la société, soit la société est considérée comme le maître qui est responsable des actes de son serviteur (la personne physique).

3.1.1 Le management : Alter ego de l'entreprise

Vue d'ensemble

¹⁴ Thales, *document de référence 2011, rapport financier annuel*, p.20,

www.thalesgroup.com, consulté le 11 juin 2015 ; Defense Industry Daily (17 avril 2014), *Taiwan's Frigate Corruption Investigation : Can they Collect ?* , www.defenseindustrydaily.com, consulté le 11 juin 2015.

¹⁵ CNUCC (2012), *Guide législatif*, n° 316, p.108, www.unodc.org, consulté le 11 juin 2015.

Principe	L'acte du chef d'entreprise est un acte de l'entreprise elle-même.
Avantage	L'entreprise est en faute lorsque le chef est en faute.
Inconvénients	Limité aux actes du chef Il faut prouver la faute individuelle, sinon la compagnie n'est pas responsable.

Par exemple, le code pénal géorgien utilise ce concept à l'article 107.1, paragraphes 2 et 3 :

“Une personne morale est tenue pénalement responsable de l’infraction prévue par le présent code qui est commise au nom ou par l’intermédiaire (en utilisant) ou/et pour le bénéfice de la personne morale, par une personne responsable.

La personne responsable en vertu du paragraphe 2 du présent article est une personne autorisée à gérer, représenter et/ou prendre des décisions en son nom ou/et un membre de l’organe de surveillance, de contrôle ou d’audit de l’entité juridique.”

La responsabilité personnelle de la direction n'est pas limitée à l'implication intentionnelle dans l'infraction de corruption elle-même, mais peut également découler d'un manque de supervision. La loi slovène sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales fonde la responsabilité des entreprises, dans son article 4 n° 4, sur le manque de surveillance de la part de la direction :

“Une personne morale est responsable d’une infraction pénale commise par son auteur au nom, pour le compte ou en faveur de la personne morale : [...] 4. si ses organes de direction ou de contrôle ont omis le contrôle obligatoire de la légalité des actes des employés qui leur sont subordonnés.”¹⁶

3.1.2 Responsabilité du maître et du serviteur

Vue d'ensemble	
Principe	Maître (personne morale) responsable de son serviteur (personnel).
Avantage	L'entreprise est en faute lorsque l'employé est en faute.
Inconvénients	Il faut prouver la faute individuelle, sinon la compagnie n'est pas responsable.

¹⁶ Loi slovène de 1999 sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales (telle que modifiée en 2004), www.mp.gov.si, consulté le 11 juin 2015.

L'exemple le plus marquant de la responsabilité maître-serviteur est la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger de 1977. ¹⁷Elle comprend :

"tout dirigeant, administrateur, employé ou agent de cet émetteur ou tout actionnaire de celui-ci agissant au nom de cet émetteur [de titres]".

3.2 Objectif

Vue d'ensemble	
Principe	L'absence de prévention crée une responsabilité pour les pots-de-vin.
Avantage	Il n'est pas nécessaire de prouver la faute individuelle.
Inconvénients	Pourrait favoriser la négligence de la faute individuelle. Responsabilité pénale anonyme. Il faut prouver l'absence de prévention de la part de l'entreprise.

Le code pénal finlandais fournit un exemple d'attribution objective au chapitre 9, section 2, paragraphe 1. 1 :

"Une société peut être condamnée à une amende d'entreprise [...] si le soin et la diligence nécessaires à la prévention de l'infraction n'ont pas été observés dans les opérations de la société." ¹⁸

La ligne de démarcation entre la responsabilité objective et le manque de surveillance de la part de la direction (voir ci-dessus au point 3.1.1) peut être très fine ; en substance, une législation n'imputant pas le manque de mesures de prévention à un individu de l'entreprise serait attribuée au modèle objectif ; dans le cas contraire, la législation suivrait le modèle d'imputation.

¹⁷ *Loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger de 1977*, www.justice.gov (en anglais, azéri, roumain, russe et autres langues), consulté le 11 juin 2015.

¹⁸ *Code pénal finlandais de 1889* (modifié par la loi n° 927/2012), www.finlex.fi, consulté le 11 juin 2015.

3.3 Conventions internationales

Toutes les conventions ayant une portée européenne ou mondiale incluent la responsabilité des personnes morales pour les délits de corruption comme une norme explicite. Seules les conventions de l'Union africaine et de l'Organisation des États américains ne reprennent pas cette question.

La Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption de 1999 établit la responsabilité des personnes morales dans son article 18 et suit initialement le principe de l'"alter ego" dans son paragraphe 1. 1 :

1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions pénales [...], commises pour leur compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur la base de :

- *un pouvoir de représentation de la personne morale ; ou*
- *une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ; ou*
- *un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale ;*

ainsi que pour l'implication d'une telle personne physique en tant que complice ou instigateur des infractions susmentionnées.

Cependant, au paragraphe 2, la Convention s'oriente vers une norme plus objective établissant le manque de surveillance ou de contrôle comme motif de responsabilité :

2 Outre les cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque Partie prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission des infractions pénales mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique placée sous son autorité.

Cependant, la responsabilité maître-serviteur est un concept qui irait au-delà des exigences de la Convention du Conseil de l'Europe (et de toutes les autres normes internationales) car il criminalise les actions de tous les employés.

Les deux conventions de l'Union européenne sur la corruption ¹⁹elle-même ne font pas explicitement référence à la responsabilité des personnes morales. Toutefois, la Convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes est complétée par

¹⁹ *Convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes* (1995),

<http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015 ;

Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne (1997),

<http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015.

un (deuxième) protocole.²⁰ Celui-ci établit la "responsabilité des personnes morales" dans son article 3. Le libellé est presque littéralement le même que celui de la Convention pénale du Conseil de l'Europe et combine donc la responsabilité par imputation et la responsabilité objective.

Il en va de même pour la "décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé", qui n'est pas applicable²¹.²²

Toutes les autres conventions établissant la responsabilité des personnes morales (Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et Convention des Nations unies contre la corruption) ne font pas allusion à un concept de responsabilité spécifique, mais demandent simplement "d'établir la responsabilité des personnes morales" (voir également ci-dessous l'aperçu comparatif 9.1.1).

3.4 Exercice de cas 2 : Cas de corruption de Siemens

3.4.1 Cartes d'identité argentines

Contexte

Basée à Buenos Aires, Siemens Argentine - une filiale contrôlée de Siemens AG - a travaillé à la passation de contrats et à la gestion de projets obtenus par sa société mère dans la région. Siemens Argentina a participé à plusieurs projets gouvernementaux avec les autorités nationales argentines, dont un projet de carte d'identité nationale, évalué à 1 milliard de dollars. Après avoir été invitée à soumissionner pour ce projet particulier, Siemens aurait commencé à effectuer des paiements à des fonctionnaires à partir de septembre 1998. Par la suite, entre mars 2001 et janvier 2007, Siemens Argentine a versé près de 31 millions de dollars de pots-de-vin à des fonctionnaires argentins afin de s'appropriier le projet.²³

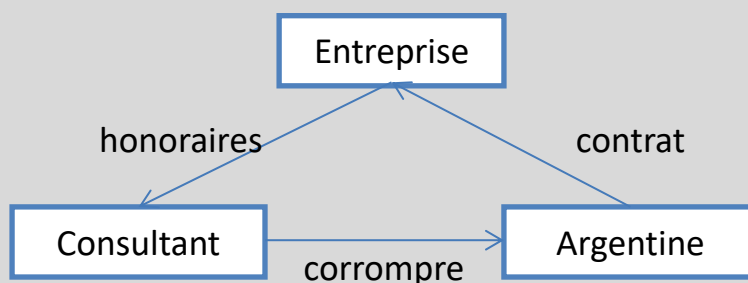
²⁰ *Deuxième protocole, établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes - Déclaration commune concernant l'article 13 (2) - Déclaration de la Commission concernant l'article 7*, <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015.

²¹ Voir l'article 34 du traité sur l'Union européenne (abrogé par le traité de Lisbonne) : "2. Le Conseil prend des mesures et favorise la coopération, selon la forme et les procédures appropriées prévues au présent titre, qui contribuent à la réalisation des objectifs de l'Union. À cette fin, le Conseil, statuant à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la Commission, peut : [...] b) adopter 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 comportent pas d'effet direct [...]".

²² *Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil*, <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015.

²³ Cadwalder, Wickersham & Taft (2008), *Siemens-Potential Interplay of FCPA Charges and L'exclusion obligatoire dans le cadre des marchés publics* (consulté le 11 mai 2016).

Ces paiements ont été effectués principalement avec l'aide de consultants, sous la forme d'"honoraires de conseil" ou de "frais juridiques" - comme indiqué dans les rapports financiers de Siemens.



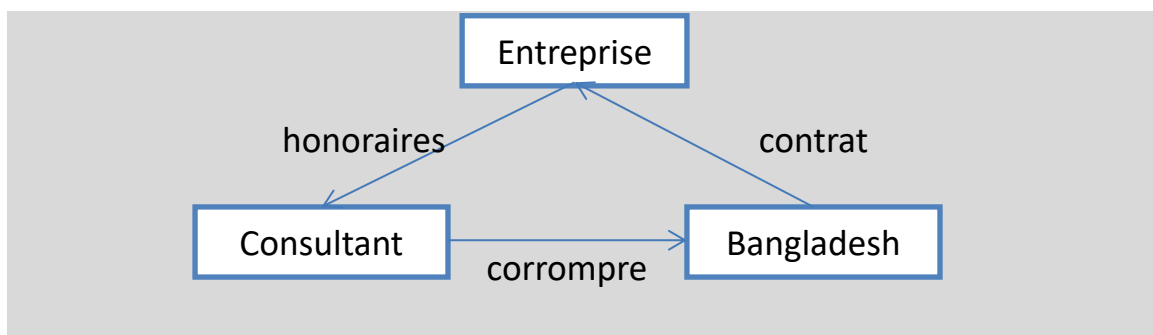
3.4.2 Réseaux téléphoniques bangladais

Contexte

Comme les filiales décrites ci-dessus, Siemens Bangladesh est une société régionale dont le siège est à Dhaka, qui passe des contrats et gère des projets pour le compte de sa société mère, Siemens AG. Entre mai 2001 et août 2006, Siemens Bangladesh a effectué une série de paiements à des fonctionnaires du gouvernement afin d'obtenir des avantages commerciaux dans le cadre d'un projet pour lequel elle avait commencé à soumissionner et qui concernait la construction d'un réseau de téléphonie mobile numérique à l'échelle nationale. Siemens cherchait à obtenir un contrat de 40 millions de dollars et, pour surpasser ses concurrents, elle a engagé un consultant bangladais ayant des liens avec le fils du Premier ministre pour augmenter ses chances. Les paiements ont de nouveau été effectués par l'intermédiaire de consultants, qui ont été classés simplement comme "commissions" et "honoraires de conseil commercial" dans ses livres et registres.

Siemens Bangladesh a ensuite plaidé coupable d'un chef d'accusation de conspiration pour avoir violé les dispositions du FCPA relatives aux livres et aux registres. Elle a également plaidé coupable de violation des dispositions relatives à la lutte contre la corruption prévues par la FCPA, admettant avoir versé près de 5,3 millions de dollars au cours de l'affaire de corruption. Arafat Rahman, le fils de l'ancien Premier ministre Khaleda Zia, a ensuite été formellement accusé d'avoir blanchi près de 2 millions de dollars en paiements de corruption, dont un total de 180 000 dollars provenant de Siemens.²⁴

²⁴ Ibid.

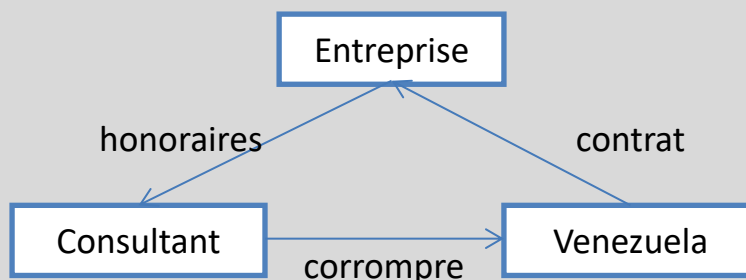


3.4.3 Métro vénézuélien

Contexte ²⁵

Entre 2001 et 2007, Siemens Transportation Systems et Siemens S.A., une société régionale du Venezuela, ont versé des pots-de-vin d'un montant estimé à 16,7 millions de dollars américains à des représentants du gouvernement vénézuélien dans le cadre de la construction de systèmes de transport en commun par métro dans les villes de Valence et de Maracaibo, au Venezuela. Les deux projets, Metro Valencia et Metro Maracaibo, ont généré des revenus d'environ 642 millions de dollars américains pour Siemens.

L'une des sources d'où provenaient les pots-de-vin est la suivante : en 2002 et 2003, le chef d'un département de Siemens Transportation Systems a conclu un accord fictif avec un consultant commercial basé à Dubaï pour fournir au projet Metro Maracaibo des équipements d'atelier pour un montant d'environ 2,6 millions de dollars américains. L'équipement a en fait été fourni par un autre fournisseur, et le consultant en affaires n'a fourni aucune marchandise dans le cadre du contrat (comme cela était secrètement prévu). Après que le consultant en affaires ait été soupçonné dans le cadre d'une enquête distincte en Italie, le directeur financier de la division de Siemens Transportation Systems (qui n'était jusqu'alors pas au courant du stratagème) a reçu l'ordre de résilier le contrat. Cependant, le chef du département a fait en sorte que le contrat soit attribué à un autre consultant en affaires basé à Dubaï, qui a poursuivi le simulacre de contrat d'équipement d'atelier.



²⁵ Note : Les faits de cet exercice sont tirés presque littéralement des documents originaux de la plainte et de l'accusation concernant l'affaire Siemens, mais sont légèrement modifiés à des fins didactiques. Il faut garder à l'esprit que les faits présentent l'affaire telle qu'elle a été exposée par les procureurs et ne sont ni confirmés formellement par Siemens ni une décision de justice dans tous les aspects et détails.

Questions

- a. Quelles personnes physiques et morales sont responsables de quoi dans les cas relevant des différents concepts décrits ci-dessus ?
- b. Qu'est-ce qu'un procureur/plaignant devrait introduire comme preuve selon les différents modèles afin d'établir la responsabilité de la personne morale ?

4 APPROCHES EN MATIERE DE RESPONSABILITE

La question de la responsabilité de la personne morale est une question cruciale, mais parfois complexe. Dans toutes les juridictions, le droit pénal a évolué en tant que réponse de la société et de l'État aux actions des individus. Dans le monde moderne, et en ce qui concerne les affaires de corruption, c'est très souvent la personne morale, l'entreprise, qui est à l'origine de l'activité de corruption et en tire profit. Aucune stratégie de lutte contre la corruption ne peut réussir si le volet répressif ne prévoit pas la responsabilité des personnes morales.

L'article 26 de la CNUCC, comme on pourrait s'y attendre de la part d'un instrument international à cet égard, ne cherche pas à amener les États parties à modifier l'ensemble des fondements de leur droit interne, mais leur demande plutôt d'établir la responsabilité pour corruption sur la base d'une équivalence fonctionnelle avec l'approche du droit interne existant. Cependant, ce principe d'équivalence fonctionnelle ne s'applique que lorsqu'un Etat dispose déjà d'une responsabilité pénale, civile ou administrative pour les personnes morales. Il est intéressant de noter que certains Etats (par exemple le Japon, la République de Corée) reconnaissent la responsabilité d'une personne morale en matière de corruption étrangère mais ne peuvent être tenus responsables de la corruption nationale.

Pour les Etats qui ne reconnaissent aucune forme de responsabilité de la personne morale, ou lorsque les lois prévoient une responsabilité légale, mais que le critère d'attribution reste flou, la CNUCC exige l'introduction de l'une des trois formes de responsabilité :

- i. Promettre, offrir ou donner un pot-de-vin par une entreprise.
- ii. Ordonner ou autoriser, par la société mère, le versement d'un pot-de-vin par une filiale nationale.
- iii. Le fait pour une société d'ordonner ou d'autoriser le versement d'un pot-de-vin par une filiale étrangère. (Cela nécessitera, à son tour, l'examen de la responsabilité, le cas échéant, d'une société mère pour les activités d'une filiale et le test pertinent à déployer).

4.1 Responsabilité pénale

L'approche de la criminalisation dépendra de deux facteurs principaux :

- i. Le type de système juridique concerné (les juridictions de common law ont une approche différente de celle des pays de droit romain ou du code Napoléon) ;
- ii. La base de la compétence revendiquée en ce qui concerne les infractions de corruption elles-mêmes.

Il est important pour les praticiens d'avoir une compréhension de base des façons dont les États ont abordé la responsabilité pénale, car les affaires de corruption et de pots-de-vin

impliqueront invariablement des demandes d'entraide judiciaire (générale et recouvrement d'avoirs), l'extradition et la compétence concurrente.

4.1.1 Approche de common law de la responsabilité de la personne morale

Dans l'examen du modèle de common law, l'accent sera mis sur le Royaume-Uni et le Canada.

ROYAUME-UNI

La loi britannique sur la corruption de 2010 (qui a été adoptée pour aligner les infractions de corruption au Royaume-Uni sur les normes internationales et pour se conformer à la convention anti-corruption de l'OCDE) ne mentionne pas expressément la responsabilité des personnes morales. Le mot "personne" dans la législation est interprété (par l'Interpretation Act 1978) comme incluant non seulement les personnes physiques mais aussi "un corps de personnes constitué ou non en société".

Un organisme non constitué en personne morale, tel qu'un trust, reste le même et est capable de commettre une infraction pénale au Royaume-Uni, mais il est particulièrement difficile de poursuivre une telle entité. En substance, il faut prouver que chaque personne qui est partie ou membre de l'entité non constituée en société est coupable de l'infraction pénale.

La situation des sociétés est plus importante pour la présente discussion. La difficulté à laquelle est confronté le Royaume-Uni, et la common law en général, est la difficulté d'attribuer des actes criminels à une personne morale en common law. Le concept de la responsabilité pénale d'une société s'est développé au XIXe siècle lorsque, bien sûr, il était relativement simple d'identifier qui dirigeait en fait une société. Malheureusement, avec quelques gloses supplémentaires et dans l'intervalle, le critère du dix-neuvième siècle reste celui qui est encore en vigueur aujourd'hui. Au Royaume-Uni, lorsqu'une infraction implique un élément mental tel que l'intention, la détermination de la responsabilité d'une personne morale dépend de l'identification d'une personne au sein d'une société ayant un niveau d'autorité approprié et dont on peut dire qu'elle possède l'état d'esprit de la société : en d'autres termes, "l'esprit dit de "direction" ou de "contrôle"

Le test traditionnel pour déterminer qui était l'âme dirigeante était la "théorie de l'identification". Elle part du principe que certains dirigeants d'une société l'incarnent lorsqu'elle agit dans le cadre de ses activités. Les actes et les états d'esprit de ces dirigeants sont réputés être ceux de la société. L'arrêt de principe est celui de *Tesco Supermarkets Limited v Natrass* [1972] AC 153 qui limite cette responsabilité aux actes du "conseil d'administration, du directeur général et peut-être d'autres cadres supérieurs de la société qui exercent des fonctions de gestion et parlent et agissent au nom de la société". Ainsi, sur la base de ce test, il faut considérer, entre autres, la constitution de la société, son memorandum ou ses statuts, les actions des administrateurs en assemblée générale, etc. et l'étendue, le cas échéant, de la délégation.

Cependant, un test d'attribution plus récent, et peut-être plus proche des réalités de la vie des entreprises, est celui de l'affaire *Meridian Global Funds Management Asia Limited v*

Securities Commission [1995] 2 AC 500 du Conseil privé. Dans cette affaire, il a été décidé que le critère devait dépendre de l'objectif des dispositions qui créent l'infraction pertinente plutôt que de rechercher simplement un esprit dirigeant. Elle envisageait un test plus large, qui cherchait à identifier l'objectif de l'infraction. Cependant, l'affaire *Meridian* concernait la divulgation d'informations en matière de droit des valeurs mobilières (infractions réglementaires) et non la criminalité au sens classique du terme.

Quel que soit le test préféré, la position traditionnelle de la common law ne permet pas la création d'une intention corporative par l'agrégation des états d'esprit de plus d'une personne au sein de la société. Même dans le cas du test *Meridian*, une seule personne doit être la société aux fins de l'élément mental. En substance, la responsabilité pénale d'une personne morale dépend de la preuve de l'acte/omission coupable et de l'élément mental requis par une seule personne au sein de la société, même si une condamnation pénale de cet individu particulier n'est pas une condition préalable.

L'approche traditionnelle de la common law en matière de responsabilité crée une autre difficulté en ce qui concerne la mise en œuvre de la lutte contre la corruption : dans le cas où une filiale étrangère à 100 % d'une société mère britannique verse un pot-de-vin, la société mère ne sera, bien entendu, responsable que s'il peut être démontré qu'elle a ordonné ou autorisé le pot-de-vin. De plus, en vertu du principe d'attribution que nous venons d'évoquer, il devra être démontré que ces instructions ou autorisations ont été données par l'esprit contrôlant ou dirigeant.

Outre la responsabilité pénale des personnes morales, le Royaume-Uni a pris l'initiative de demander des comptes aux organisations commerciales, en vertu de la loi sur la corruption de 2010, pour ne pas avoir empêché la corruption. Compte tenu de son importance en tant que nouvelle mesure de lutte contre la corruption et de responsabilisation des entreprises, il s'agit d'une mesure que d'autres États pourraient envisager d'adopter.

L'infraction consistant à "ne pas empêcher la corruption" est définie à l'article 7 de la loi et crée une infraction de responsabilité stricte pour "ne pas empêcher la corruption", même en l'absence d'intention de corruption. Cette disposition vise à rendre les entreprises, qu'elles soient grandes ou petites, coupables des actes de corruption commis en leur nom, que ce soit par leurs directeurs, leurs cadres supérieurs ou toute autre personne en position de verser ou de recevoir un pot-de-vin en échange d'un avantage pour cette entreprise. Le seul moyen de défense sera pour une entreprise de démontrer qu'elle avait mis en place des "procédures adéquates" pour prévenir les pots-de-vin et la corruption.

L'infraction a une large compétence, puisqu'elle concerne une organisation commerciale britannique (constituée en société ou agissant en tant que société en nom collectif au Royaume-Uni et exerçant des activités commerciales au Royaume-Uni ou ailleurs), toute autre personne morale/société en nom collectif (où qu'elle soit constituée en société) qui exerce une activité commerciale, ou une partie d'activité commerciale, dans toute partie du Royaume-Uni. L'entreprise sera tenue responsable lorsqu'il est établi qu'une personne associée à l'organisation a corrompu une autre personne dans l'intention d'obtenir ou de conserver un marché ou un avantage dans la conduite des affaires. Ces personnes "associées" à l'organisation peuvent être des employés, des agents, des sous-traitants et des

accords de coentreprise (entre autres). La corruption peut avoir lieu n'importe où dans le monde.

Cette infraction a modifié le paysage des entreprises. Elle a fait l'objet d'un débat intense au Royaume-Uni avant l'entrée en vigueur de la loi le 1er juillet 2011. Suite à des consultations avec le secteur commercial, des organisations de la société civile telles que TI (UK), et d'autres parties prenantes, le gouvernement a publié un ensemble de lignes directrices de bonnes pratiques sur ce qui constituerait des "procédures adéquates". Les lignes directrices sont fondées sur 6 grands principes :

1. Procédures proportionnées (en rapport avec la nature, l'échelle et la complexité des activités)
2. Engagement au plus haut niveau (pour prévenir la corruption et favoriser une culture de non-tolérance à la corruption au sein de l'organisation)
3. Évaluation des risques (l'entreprise doit évaluer la nature et l'étendue de son exposition aux risques externes et internes potentiels, tels que les risques liés au pays, au secteur, aux transactions, aux opportunités commerciales et aux partenariats commerciaux. Par conséquent, pour les entreprises engagées dans des secteurs à haut risque tels que la défense et l'aérospatiale, les industries extractives et la construction et/ou opérant dans des pays figurant en bas de l'indice de corruption, la charge de travail sera plus importante.
4. Diligence raisonnable (qui va fournir des services au nom de l'organisation)
5. La communication, y compris la formation (veiller à ce que les politiques et procédures de prévention de la corruption soient intégrées et comprises dans toute l'organisation).
6. Suivi et révision (les entreprises devront mettre en place des systèmes pour suivre et évaluer l'efficacité de leurs procédures de prévention de la corruption et les adapter, le cas échéant)

Les lignes directrices n'offrent pas une défense complète à l'entreprise ; il incombe toujours à l'organisation commerciale de veiller à ce que sa conduite soit réglementée et, si une mauvaise pratique est découverte, de la signaler elle-même au Serious Fraud Office (SFO).

Le Serious Fraud Office a déjà publié des directives sur l'autodénonciation par les entreprises qui découvrent des actes de corruption ; la pratique de l'autodénonciation s'est développée avant la loi sur la corruption de 2010.

Exemple d'auto-référencement au Royaume-Uni

En 2009, Mabey & Johnson (comme elle s'appelait alors) est devenue la première entreprise à être poursuivie au Royaume-Uni pour des pratiques de corruption dans le

cadre de contrats à l'étranger et pour avoir violé un embargo des Nations unies sur le commerce avec l'Irak²⁶. En 2008, à la suite d'une auto-saisine du Serious Fraud Office, l'entreprise a admis avoir commis des actes de corruption dans un certain nombre de pays, à savoir l'Angola, le Bangladesh, le Ghana, la Jamaïque, Madagascar et le Mozambique. Lors des négociations avec le SFO, l'entreprise a accepté de plaider coupable pour les infractions commises en Jamaïque et au Ghana et pour les violations des sanctions de l'ONU, et a convenu qu'elle serait soumise à des sanctions financières et à un régime de contrôle indépendant relevant du SFO. Le tribunal a imposé des pénalités financières, une ordonnance de confiscation et des frais à la société. Il a également ordonné que l'entreprise verse des réparations aux Nations unies et aux gouvernements de la Jamaïque et du Ghana²⁷. Au total, la sanction financière s'est élevée à environ 6,6 millions de livres sterling.

La loi introduit également une responsabilité individuelle renforcée à l'article 14, qui vise les personnes qui sont des dirigeants d'une personne morale et qui consentent ou sont complices d'une infraction de corruption substantielle commise par la personne morale (c'est-à-dire la personne morale elle-même). Il s'agit, par exemple, du directeur d'une société dont l'implication n'est pas suffisante pour le rendre responsable selon les principes ordinaires de la responsabilité, mais qui, par son action ou son inaction, a facilité la commission de l'infraction substantielle.

Canada

Le Canada, contrairement au Royaume-Uni, a déjà pris des mesures législatives pour s'éloigner de la tradition de la "théorie de l'identification". Elle était auparavant soumise aux mêmes restrictions que celles décrites ci-dessus. L'affaire de la Cour suprême du Canada *Canadian Dreg and Dock Co v The Queen* [1985] 1 SCR 662, avait formulé l'attribution à une société sur la base de l'"âme dirigeante" ou de l'"ego" de la société. Dans cette affaire, la Cour avait prévu que l'"âme dirigeante" pouvait se trouver dans le conseil d'administration, le directeur général, le surintendant, le gestionnaire ou toute autre personne à qui le conseil d'administration a délégué le pouvoir exécutif de la société.

Cependant, en 2002, le gouvernement du Canada a accepté les conclusions d'un comité permanent et a décidé d'introduire une législation sur la responsabilité juridique. Cette initiative est maintenant reflétée dans le projet de loi C 45, Loi modifiant le Code criminel

²⁶À l'époque, elle faisait également l'objet d'une enquête pour avoir effectué des paiements au gouvernement irakien de l'époque en 2001/2002 pour des contrats de fourniture de ponts achetés par l'Irak avec des revenus contrôlés par l'ONU dans le cadre du programme "pétrole contre nourriture". Deux directeurs, Charles Forsyth et David Mabey, ont été reconnus coupables par la Southwark Crown Court le 10 février 2011 d'avoir effectué des paiements illégaux à l'Irak en violation des sanctions de l'ONU. Le 23 février 2011, les deux hommes ont été condamnés à 21 mois et 8 mois d'emprisonnement respectivement et ont été interdits d'exercer la fonction de directeur de société pendant 5 ans et 2 ans respectivement (communiqués de presse du SFO du 10 février et du 23 février 2011).

²⁷ Amendes : Ghana : 750 000 £, Jamaïque : 750 000 £, Irak : 2 millions de £ ; décision de confiscation : 1,1 million de £ ; réparations : Ghana : 658 000 £, Jamaïque : 139 000 £, Irak : 618 000 £ (total des réparations : 1 413 611 £) ; coûts pour le SFO : 350 000 £ et coûts de surveillance de la première année : 250 000 £ - Communiqué de presse du SFO, 25 septembre 2009, et transcription des remarques de condamnation de Son Excellence le juge Rivlin.

(responsabilité pénale des organisations), qui est entré en vigueur le 31 mars 2004. Il établit de nouvelles règles pour l'attribution de la responsabilité pénale aux organisations, y compris les sociétés. Essentiellement, elle criminalise sur la base suivante : lorsqu'une personne de haut rang ayant une autorité politique ou opérationnelle commet une infraction personnellement, ou a l'intention nécessaire et dirige les affaires de la société afin que des employés de niveau inférieur exécutent l'acte illégal, ou omet de prendre des mesures pour mettre fin à une conduite criminelle dont elle a connaissance ou qu'elle ignore délibérément, alors la responsabilité criminelle sera attribuée à la société.

Le Canada n'est pas le seul pays de l'OCDE à avoir cherché une reformulation viable du test d'attribution. La Nouvelle-Zélande s'est également éloignée de la théorie de l'identification stricte telle qu'elle est généralement comprise. En Nouvelle-Zélande, bien que la responsabilité pénale d'une société dépende toujours de l'attribution de la responsabilité sur la base d'un acte coupable et de l'état d'esprit requis d'un représentant de la société, la position de ce représentant ne doit pas être celle d'un "esprit dirigeant". Le critère est plutôt de savoir si le directeur ou l'employé de la société avait une autorité réelle au sein de celle-ci en ce qui concerne le domaine de la conduite alléguée. En substance, la personne physique en question a-t-elle un contrôle réel, au nom de la personne morale, sur les activités liées à l'infraction présumée ? (Pour éviter tout doute, la position en Nouvelle-Zélande reste celle de la common law, à savoir que la condamnation de la personne physique n'est pas nécessaire comme condition préalable à la poursuite de la personne morale).

Ceux qui s'efforcent de créer un test d'attribution feraient bien d'envisager des approches alternatives. On pourrait, par exemple, se demander si le droit national permet de créer ce qui est essentiellement une responsabilité pénale du fait d'autrui. Une telle approche décrit le mieux la responsabilité des personnes morales aux États-Unis et en République de Corée.

4.1.2 Approche "stricte" de la responsabilité

États-Unis d'Amérique (USA)

Aux États-Unis (à la différence des systèmes de common law), une entreprise est pénalement responsable des actes de ses administrateurs, fonctionnaires ou employés, dès lors qu'ils agissent dans le cadre de leurs fonctions et au profit de l'entreprise. Il est important de noter que ces éléments sont interprétés de manière large, dans la mesure où il n'est pas possible d'avancer un argument au nom d'une entreprise selon lequel l'acte de donner ou d'autoriser un pot-de-vin est lui-même en dehors du cadre des fonctions lorsque l'entreprise est le bénéficiaire de la conduite illégale.

En fait, le fondement de la responsabilité des personnes morales aux États-Unis est presque strict, car il n'est pas nécessaire que l'"esprit" de la société fournisse un quelconque "élément mental". Il est donc indifférent que la conduite ait été autorisée, tolérée ou même condamnée par la direction à un niveau particulier.

La responsabilité décrite est applicable non seulement pour la corruption nationale et les infractions à la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) de 1977, mais de manière générale. En ce qui concerne les mesures préventives, cependant, l'avantage de cette approche est évident : les entreprises réagiront à la menace juridique en introduisant des pratiques de diligence raisonnable rigoureuses.

En ce qui concerne la corruption étrangère, il convient de noter que le FCPA 1977 va plus loin et impose également une responsabilité pénale aux personnes morales pour la corruption étrangère commise par des tiers agissant en tant qu'agents. Ces dernières années, les États-Unis ont réussi à amener les entreprises à rendre des comptes en vertu des dispositions du FCPA relatives aux "livres et registres"²⁸, à la fois par le ministère américain de la Justice (DOJ) et par la Securities & Exchange Commission (SEC), grâce à une combinaison de mesures : plaider en faveur de la conduite criminelle sous-jacente (invariablement comptabilisée dans les dispositions relatives aux "livres et registres"), accord de poursuites différées (DPA) par le DOJ et la SEC (il s'agissait d'une étape innovante pour la SEC par rapport aux entreprises dans le cadre du FCPA), contrôleurs indépendants, sanctions financières et restitution des bénéfices.

Ce modèle d'application a été mis en évidence par le groupe de travail de l'OCDE sur la corruption ²⁹en tant que bonnes pratiques développées aux États-Unis ; il a également eu l'avantage d'inciter les entreprises à mettre en œuvre des programmes de conformité rigoureux pour éliminer le risque de corruption. Les États qui envisagent de mettre en place des mesures visant à tenir les entreprises responsables pourraient envisager d'adapter le modèle américain.

Les deux premières affaires notables qui ont ouvert la voie aux affaires futures sont les suivantes :

(i) Siemens AG : En décembre 2008, Siemens a conclu des accords de plaider avec le ministère américain de la Justice (DOJ), la Securities & Exchange Commission (SEC) ³⁰et le bureau du procureur de Munich.

L'affaire a été révélée en 2006 lorsque des agents de la force publique en Allemagne ont exécuté un certain nombre de mandats de perquisition dans les bureaux de Siemens et au domicile de ses cadres supérieurs. À la suite des perquisitions effectuées par les services répressifs allemands, Siemens a volontairement divulgué ses activités au ministère américain de la Justice (DOJ) et à la SEC, et a coopéré pleinement avec les services répressifs tant en Allemagne qu'aux États-Unis.

²⁸ Une disposition clé de la loi américaine FCPA, reflétée dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption et dans la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, couvre les paiements "hors livres" ou les commissions déguisées.

²⁹ [Site web de l' OCDE](#).

³⁰ Affaire : 1 :08-cv-02167, Tribunal fédéral du district de Columbia.

Le DOJ américain a préféré quatre actes d'accusation distincts concernant Siemens AG, Siemens SA (Argentine), Siemens Bangladesh Ltd et Siemens SA (Venezuela)³¹. En outre, la SEC des États-Unis a intenté une action civile contre Siemens AG³² qui comprenait des allégations relatives à la corruption d'agents étrangers dans le cadre des mêmes projets que le DOJ des États-Unis contre Siemens SA (Argentine), Siemens Bangladesh Limited et Siemens SA (Venezuela), mais en plus, la disposition de la SEC concernait des allégations de corruption au Vietnam, en Israël, au Mexique, au Nigeria, en Chine et en Russie.

Siemens AG a plaidé pour deux chefs d'accusation de violation des dispositions relatives aux livres et registres et aux contrôles internes de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) de 1977 ; Siemens Argentine a plaidé pour un chef d'accusation de complot visant à violer la FCPA ; tandis que Siemens Bangladesh Ltd et Siemens SA (Venezuela) ont plaidé pour un chef d'accusation de violation des dispositions relatives à la lutte contre la corruption et aux livres et registres de la FCPA.

Siemens a été condamné à payer une amende de 448,5 millions de dollars, tandis que Siemens Argentine, Venezuela et Bangladesh ont été condamnés à payer chacun 500 000 dollars d'amende (la sanction financière totale s'élevait à 450 millions de dollars) et 350 millions de dollars de restitution de bénéfices pour régler les accusations de la SEC³³.

En Allemagne, la société a accepté de payer une amende de 395 millions d'euros en rapport avec des accusations relatives à un manquement de l'entreprise à la surveillance de ses bureaux et de ses employés et une autre amende de 201 millions d'euros en rapport avec une enquête similaire concernant l'ancien groupe Communications de Siemens. Le montant total versé aux autorités allemandes dans le cadre de ces procédures judiciaires s'élève à 596 millions d'euros³⁴.

³¹ Affaire n°. 08cr367 - US v Siemens AG (a plaidé coupable de 2 chefs d'accusation (i) de violation des dispositions relatives au contrôle interne du FCPA (ii) de violation des dispositions relatives aux livres et registres du FCPA) ; a été condamné à payer une amende de 448 500 000 dollars et à payer des frais d'évaluation spéciaux de 800 dollars ; (2) Affaire n°. 08cr 368 - US v Siemens S.A (Argentine) - a plaidé coupable d'un chef d'accusation de conspiration en vue de violer les dispositions du FCPA relatives aux livres et registres comptables ; a été condamné à payer une amende de 500 000 dollars et devra verser une cotisation spéciale de 400 dollars ; (3) Affaire no. 08cr 369 - US v Siemens Bangladesh Ltd - a plaidé coupable d'un chef d'accusation de conspiration en vue de violer les dispositions relatives à la lutte contre la corruption et les dispositions relatives aux livres comptables ; a été condamné à payer une amende de 500 000 dollars et à verser une cotisation spéciale de 400 dollars ; (4) Affaire no. 08cr 370 - US v Siemens S.A (Venezuela) - a plaidé coupable d'un chef d'accusation de complot visant à violer les dispositions relatives à la lutte contre la corruption et les dispositions relatives aux livres et aux registres ; a été condamné à payer une amende de 500 000 dollars et à verser une cotisation spéciale de 400 dollars.

³² Affaire n°. 08cv2167 - US SEC contre Siemens AG (action civile).

³³ Transcription de l'audience de plaidoyer et de la condamnation, Tribunal fédéral du district de Columbia, 15 décembre 2008.

³⁴ Rapport annuel de Siemens publié le 3 décembre 2009 (section 30 des états financiers consolidés, page 179 - 181).

Le montant total des sanctions financières imposées pour les procédures américaines et allemandes s'élève à environ 1,6 milliard de dollars³⁵. En plus des sanctions financières, Siemens a été tenue de conserver un programme de contrôle de conformité indépendant pendant 4 ans. ³⁶

(ii) Statoil : une entreprise norvégienne internationale du secteur de l'énergie, présente dans 34 pays, a également dû rendre des comptes en Norvège et aux États-Unis à la suite de révélations de corruption dans les médias.

La société a fait l'objet d'une enquête de l'Autorité nationale pour les enquêtes et les poursuites en matière de crimes économiques et environnementaux (" Økokrim "). Le 29 juin 2004, Økokrim a émis des avis de pénalité à Statoil pour un montant d'environ 3 millions de dollars et au cadre supérieur pour un montant d'environ 30 000 \$, les accusant d'avoir violé la loi norvégienne sur le commerce d'influence³⁷. Statoil et le cadre supérieur ont accepté de payer les pénalités sans admettre ou nier les violations.

Aux États-Unis, Statoil a conclu en octobre 2006 un accord de poursuite différée (DPA) (déposé le 13 octobre 2006) avec la division criminelle du département de la Justice des États-Unis, section des fraudes, et le bureau du procureur des États-Unis pour le district sud de New York. L'information criminelle³⁸ déposée auprès du tribunal de district des États-Unis contenait deux chefs d'accusation contre Statoil, ASA. Le premier chef d'accusation porte sur une violation du FCPA (corruption) ³⁹et le second sur la falsification de livres et de registres⁴⁰.

Dans le cadre de l'accord de règlement, Statoil a dû accepter les comportements sous-jacents suivants :

1. Statoil a reconnu avoir versé des pots-de-vin à un fonctionnaire iranien en juin 2002 et janvier 2003, dans le but d'obtenir des contrats pour Statoil dans le cadre du développement des étapes 6, 7 et 8 du champ pétrolier et gazier de South Pars en Iran.
2. Statoil a reconnu que des pots-de-vin ont été versés pour obtenir d'autres contrats dans le pays et pour obtenir des informations confidentielles.

³⁵ Communiqué de presse du DOJ américain du 15 décembre 2008.

³⁶ Siemens a également accepté de verser 100 millions de dollars américains à des organisations de lutte contre la corruption agréées, sur une période ne dépassant pas 15 ans.

³⁷ Article 276(c) du Code pénal norvégien.

³⁸ Affaire 06 Crim 960.

³⁹ Titre 15, Code des États-Unis, section 78dd-1(a).

⁴⁰ Titre 15, Code des États-Unis, sections 78m(b) (2) (A), 78m(b) (5) et 78ff.

3. Statoil reconnaît qu'elle a utilisé des procédures comptables erronées afin de dissimuler les pots-de-vin dans ses registres.
4. Le règlement stipule également qu'aucun employé de Statoil ou représentant de la société ne pourra faire de déclaration aux médias contredisant le verdict pendant les trois années suivantes.

Les règlements comprenaient une composante monétaire consistant en une amende de 10,5 millions de dollars US ⁴¹et la confiscation des avantages tirés des violations du FCPA (" disgorgement ") de 10,5 millions de dollars US. Comme Statoil avait également payé une amende pénale d'environ 3 millions de dollars US⁴²en vertu de l'avis de sanction ("forelegg") émis par les autorités norvégiennes (*Økokrim*), l'amende norvégienne a été déduite de l'amende américaine, ce qui donne une amende totale de 7,5 millions de dollars US⁴³. En ce qui concerne la procédure de la SEC, Statoil a accepté un dégorcement de 10,5 millions de dollars US⁴⁴. Le DPA a été annulé le 18 novembre 2009 ⁴⁵après que Statoil ait rempli toutes les obligations définies dans les termes du DPA.

République de Corée

La République de Corée a adopté une approche similaire, en créant ce qui est essentiellement une responsabilité du fait d'autrui. L'article 4 de la loi sur la prévention de la corruption étrangère dans les transactions commerciales internationales (FBPA) stipule que

"Dans le cas où un représentant, un agent, un employé ou toute autre personne travaillant pour une personne morale a commis l'infraction visée à l'article 3.1 dans le cadre de son activité, la personne morale est également passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 1 milliard de wons, en plus de l'imposition de sanctions à l'encontre de l'exécutant réel... si la personne morale a prêté l'attention nécessaire ou exercé une supervision adéquate pour prévenir l'infraction à cette loi, elle ne sera pas soumise aux sanctions ci-dessus."

La disposition ci-dessus soulève toutefois la question de savoir ce qui constitue une attention ou une surveillance appropriée. En outre, il n'est pas clair à première vue si la

⁴¹ Paragraphe 19 de l'accord de poursuites différées conclu entre Statoil ASA et le département de la Justice des États-Unis, section des fraudes, et le bureau du procureur de l'État américain pour le district sud de New York.

⁴² 20 000 000 NOK (voir paragraphe 19, *ibid*).

⁴³ Paragraphe 19, *ibid*.

⁴⁴ Paragraphe VII (iii) de la procédure administrative, dossier n° 3-12453.

⁴⁵ Communiqué de presse du DOJ des États-Unis du 19 novembre 2009 "Le ministère de la Justice a reçu le rapport final du consultant en conformité et a déterminé que Statoil a pleinement respecté toutes ses obligations en vertu de l'accord de poursuite différée, y compris l'obligation d'adopter les recommandations du consultant en conformité. En conséquence, le 18 novembre 2009, le ministère a déposé une motion auprès du tribunal pour rejeter avec préjudice l'information criminelle contre Statoil. Hier, au tribunal fédéral de Manhattan, le juge de district américain Richard J. Holwell a accédé à cette requête et a rejeté les accusations."

personne physique doit être poursuivie et/ou condamnée pour que la personne morale soit responsable. Toutefois, lors de l'examen de la phase 2 de l'OCDE, les examinateurs principaux ont été informés que la personne physique qui est l'auteur de l'infraction doit être identifiée mais, si elle n'est pas poursuivie, le tribunal est en mesure de constater qu'elle a corrompu un agent public étranger. Toutefois, dans le cas où la personne physique est poursuivie en vertu de la loi, la personne morale ne peut être reconnue coupable que si l'auteur personne physique est condamné et sanctionné. En tout état de cause, la Corée n'impose la responsabilité de la personne morale qu'en ce qui concerne la corruption étrangère et non la corruption nationale.

4.1.3 Responsabilité "imputée ou présumée"

Certaines juridictions ont choisi de criminaliser sur la base d'une responsabilité imputée ou présumée, plutôt que sur la base du fait que la personne morale elle-même a commis l'infraction.

Ainsi, depuis 1994, le Code pénal français permet au juge, en matière de corruption active ainsi que d'autres infractions prescrites, d'attribuer la responsabilité pénale à des personnes morales. Dans le même temps, la disposition française ne s'oppose pas à la poursuite d'une ou plusieurs personnes physiques.

D'après l'évaluation de la phase 2 de l'OCDE concernant la France, les principes sous-jacents de l'approche de la France peuvent être énoncés comme suit :

- i. Une délégation ou une subdélégation de pouvoir à un employé ou à un subordonné suffit pour que l'employé ou le subordonné soit considéré comme un représentant de la personne morale aux fins de la responsabilité pénale (il faut également se demander si une délégation de fait suffira ?).
- ii. "Personne morale" comprend non seulement les sociétés commerciales, mais aussi les entités sans but lucratif telles que les associations commerciales, ainsi que les personnes morales de droit public telles que les autorités locales, les sociétés semi-publiques et les institutions publiques.
- iii. Une personne morale pourrait être en mesure d'éviter l'imputation d'une responsabilité pénale en se laissant prendre en charge.
- iv. Le pot-de-vin doit être versé au nom de la personne morale. Qu'en est-il donc lorsque, par exemple, une personne morale a une politique interne de refus des pots-de-vin ?
- v. Si un employé ou un insubordonné n'a pas de délégation de pouvoir, il n'est pas certain qu'il y ait encore une base de responsabilité : par exemple, l'employé doit-il avoir agi sur les ordres ou avec l'autorisation d'un représentant de l'entreprise ? Ou

bien, la connaissance du pot-de-vin par une personne ayant une autorité déléguée dans ce domaine particulier sera-t-elle suffisante ?

vi. Une personne physique aura commis l'infraction de corruption. Elle sera identifiée.

Les éléments suivants apportent une aide supplémentaire :

(i) En Finlande, la responsabilité pénale des personnes morales a été introduite en 1995, et exigeait qu'une personne appartenant à la direction ait été complice ou ait permis, autorisé ou dirigé l'infraction. Toutefois, à la suite d'une modification du code pénal en 2001, la responsabilité a été étendue à une personne physique exerçant une fonction de direction *de facto*, que cette personne physique fasse ou non formellement partie de la direction.

(ii) La Norvège a introduit la responsabilité pénale des personnes morales en 1991, qui a été de plus en plus utilisée pour obliger les entreprises à rendre des comptes en matière de corruption transnationale⁴⁶. En principe, la loi norvégienne n'exige pas l'implication d'une personne dirigeante au sein de la société ou de l'entreprise ; la responsabilité peut donc être engagée par les actes d'un seul employé qui ne fait pas partie de la structure de direction.

Toutefois, elle est régie par un ensemble spécial de critères discrétionnaires. L'article 48a (1) du code pénal prévoit que lorsqu'une disposition pénale est enfreinte par une personne ayant agi pour le compte d'une entreprise, celle-ci peut être soumise à une sanction : "Ceci s'applique même si aucune personne individuelle ne peut être punie pour la contravention". Ici, le code pénal poursuit en prévoyant que le mot "entreprises" comprend "une société, une société ou autre association, une entreprise unipersonnelle, une fondation et une activité étatique ou publique".

Pour décider si la personne morale est redevable d'une pénalité, le tribunal tiendra compte des éléments suivants :

- a) l'effet préventif de la sanction,
- b) la gravité de l'infraction,
- c) si l'entreprise aurait pu prévenir l'infraction par des directives, des instructions, une formation ou un contrôle,
- d) si l'infraction a été commise dans le but de promouvoir l'intérêt de l'entreprise,
- e) si l'entreprise a obtenu un avantage du fait de l'infraction,
- f) la capacité économique de l'entreprise, et

⁴⁶ L'*examen de phase 3 de l'OCDE sur la Norvège* (juin 2011) a salué les efforts d'Økokrim en matière d'enquêtes et de poursuites à l'encontre des entreprises impliquées dans des affaires de corruption transnationale.

g) si une sanction a été imposée à une personne individuelle.

4.2 Responsabilité administrative

Certains États, par exemple l'Allemagne et l'Italie, ont introduit/préservé la responsabilité administrative.

En Allemagne, en vertu de la loi sur les infractions administratives, une amende peut être infligée à la personne morale dans le cadre d'une procédure pénale contre la personne physique. Toutefois, si une personne physique n'est pas poursuivie parce qu'elle ne peut être identifiée ou qu'elle est décédée, il est alors possible de sanctionner la personne morale dans le cadre d'une procédure distincte. La responsabilité de la personne morale est considérée comme une "conséquence accessoire" d'une infraction commise par la personne physique, et il semble qu'il soit, en fait, très inhabituel de poursuivre la personne morale lorsque la personne physique n'a pas été poursuivie.

De même, en Italie, la théorie de la responsabilité administrative est qu'elle est attribuée à une personne morale pour certaines infractions pénales (y compris la corruption) commises par la personne physique (décret 231/2001).

Le décret italien impose la responsabilité de la personne morale pour les infractions commises par deux catégories de personnes physiques :

- (i) les personnes occupant des postes de direction, et
- (ii) les personnes soumises à la gestion ou au contrôle de celles visées au point (i).

Une personne occupe un poste de direction si elle exerce des activités de représentation, d'administration ou de gestion de la personne morale ou de l'une de ses unités autonomes.

Toutefois, la personne morale n'est responsable que des infractions "commises dans son intérêt et à son profit". Elle ne sera pas responsable lorsque la personne physique a agi exclusivement dans son propre intérêt ou pour un tiers.

Certains des exemples ci-dessus mettent en évidence les difficultés centrales de l'attribution : faut-il se référer au poste effectivement occupé par la personne ? Une fonction de direction *de fait* est-elle suffisante ? L'essentiel est-il la nature de la fonction exercée par la personne physique (ainsi que toute délégation de pouvoir) indépendamment du poste de direction *de droit* ou de fait occupé ?

Le groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans les transactions commerciales internationales a fourni les orientations suivantes⁴⁷ en matière de responsabilité des entreprises :

⁴⁷ *Guide de bonnes pratiques pour* la mise en œuvre d'articles spécifiques de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (2009).

(a) Le niveau d'autorité de la personne dont le comportement engage la responsabilité de la personne morale doit être souple et refléter la grande diversité des systèmes de prise de décision au sein des personnes morales. En d'autres termes, la responsabilité peut être déclenchée par le comportement d'une personne qui n'a pas le plus haut niveau d'autorité de gestion dans certains cas.

(b) Alternativement, la responsabilité est engagée lorsqu'une personne ayant le plus haut niveau d'autorité managériale (i) offre, promet ou donne un pot-de-vin à un fonctionnaire ; (ii) ordonne ou autorise une personne de niveau inférieur à offrir, promettre ou donner un pot-de-vin à un fonctionnaire ; ou (iii) n'empêche pas une personne de niveau inférieur de corrompre un fonctionnaire, notamment en ne la supervisant pas ou en ne mettant pas en œuvre des contrôles internes, des programmes ou des mesures d'éthique et de conformité adéquats.

4.3 Analyse des deux approches

La responsabilité pénale des personnes morales est un concept relativement récent mais, malgré cela, elle est acceptée par la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, y compris par un certain nombre de pays où le principe selon lequel les sociétés ne peuvent pas commettre de crimes (*societas delinquere non potest*) était autrefois incontestablement accepté.

La préférence pour la responsabilité pénale des entreprises est également reflétée dans certains instruments internationaux. Ainsi, les parties à la Convention de l'OCDE sur la corruption sont tenues d'établir la responsabilité pénale des personnes morales pour l'infraction de corruption active d'un agent public étranger lorsque le système juridique d'une partie prévoit cette possibilité. Les initiatives internationales relatives au blanchiment d'argent comprennent la recommandation 2, alinéa (b), des quarante recommandations du GAFI, telles que révisées en 2003, qui stipule ce qui suit : "La responsabilité pénale et, lorsque cela n'est pas possible, la responsabilité civile ou administrative, devraient s'appliquer aux personnes morales..."

Les arguments utilisés contre la responsabilité pénale des entreprises sont principalement liés à : (i) le concept juridique traditionnel selon lequel seule une personne physique peut être pénalement responsable, car ce n'est qu'entre la personne physique et l'infraction que peut être établi un lien de culpabilité ; et (ii) la conception du système de justice pénale autour de la personne physique (par exemple, l'établissement de l'emprisonnement comme principale sanction pénale, les garanties de la détention provisoire, etc.)

Toutefois, il semble qu'aucun des arguments susmentionnés ne puisse constituer un réel obstacle à l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales pour les raisons suivantes : (i) si les personnes morales peuvent être administrativement responsables des infractions administratives et pénales, elles devraient avoir suffisamment de "personnalité" et de "culpabilité" pour être également pénalement responsables des infractions pénales ; et (ii) lorsque la responsabilité pénale des personnes morales est acceptée, les mécanismes et instruments du système de justice pénale qui ne peuvent s'appliquer qu'aux personnes

physiques ne s'appliquent pas aux personnes morales, alors que tous les autres mécanismes s'appliquent encore (par exemple, les droits procéduraux pertinents).

En outre, il est évident que la responsabilité pénale a un effet plus dissuasif que la responsabilité administrative et que la procédure pénale est plus efficace pour prouver l'implication d'une personne dans une activité criminelle.

En particulier, les avantages de l'utilisation des outils de la responsabilité pénale et de la procédure pénale dans les cas où une personne morale doit être tenue pour responsable d'infractions pénales sont liés aux éléments suivants : (a) l'effet plus dissuasif et dissuasif des condamnations pénales ; (b) l'ensemble plus large d'instruments d'enquête et de mesures coercitives ; (c) le tribunal compétent ; (d) des délais de prescription plus longs ; (e) de meilleures possibilités de coopération juridique internationale, y compris l'entraide judiciaire :

(a) *effet dissuasif et dissuasif des condamnations pénales*

En plus de son effet punitif, la condamnation pénale est également un stigmate qui peut sérieusement nuire au statut et aux relations de la personne concernée dans la société. Il semble que la responsabilité administrative n'ait pas un tel effet et soit moins dissuasive que la responsabilité pénale. Dans le cas de la responsabilité des entreprises, celles-ci peuvent craindre davantage l'effet stigmatisant de la condamnation pénale (qui entraîne généralement des conséquences à long terme sur la réputation) que la sanction elle-même. Malgré le fait que, selon certaines recherches, "... la condamnation publique peut ne pas dépendre du fait que la sanction ait été imposée par une procédure administrative ou pénale", on peut affirmer qu'en principe, la responsabilité pénale a un effet dissuasif plus fort que la responsabilité administrative.

(b) *utilisation de techniques d'enquête spéciales et d'autres outils de preuve (moyens de preuve)*

Dans les juridictions où la responsabilité administrative des entreprises est engagée, les sanctions pertinentes ne sont généralement imposées à une personne morale qu'après la détection et la preuve de l'infraction pénale dans le cadre de la procédure pénale contre l'auteur physique. En d'autres termes, la responsabilité des personnes morales est déclenchée sur la base des preuves recueillies au cours de la procédure pénale qui a déjà été menée contre l'auteur physique. Dans ce cas, les techniques spéciales d'investigation et les autres moyens de preuve qui ne sont autorisés que dans le cadre de la procédure pénale (par exemple, l'interception des communications, les agents infiltrés, les perquisitions, les saisies, etc.

Toutefois, l'avantage de recourir à une procédure pénale (et non administrative) pour déclencher la responsabilité des entreprises est évident lorsque la personne physique ne fait pas l'objet d'une enquête et de poursuites pour certaines raisons. Par exemple, lorsque l'enquête contre l'auteur physique ne peut être engagée ou achevée, l'utilisation de

techniques d'enquête spéciales contre une personne morale serait problématique dans les pays dotés d'un système de responsabilité administrative ou même dans les pays dotés d'un système de responsabilité quasi pénale. Ainsi, en Fédération de Russie et en Bulgarie, lorsque la personne morale fait l'objet d'une enquête distincte, celle-ci doit être menée dans le cadre d'une procédure administrative, ce qui signifie que les techniques d'enquête pénale ne sont pas disponibles. Il semble également qu'en Lettonie, qui est considérée comme une juridiction de responsabilité quasi pénale des entreprises, l'utilisation d'outils d'enquête criminelle n'est pas possible si des procédures séparées contre des personnes morales sont engagées.

(c) examen des questions de droit pénal par les juges des tribunaux pénaux

Un autre avantage de l'engagement de poursuites pénales pour établir la responsabilité des personnes morales pour des crimes est lié à la compétence, aux qualifications et aux connaissances spéciales des juges qui entendront les affaires. Il est évident que les tribunaux pénaux, notamment en raison de leur compétence matérielle en matière de droit pénal, sont mieux placés pour juger les affaires dans lesquelles la perpétration de l'infraction pénale doit être établie, par exemple si la personne morale est jugée avant l'auteur physique et que la commission du crime n'a pas encore été établie. Pour cette raison, en Allemagne et en Italie, ce sont les tribunaux pénaux qui sont habilités à mener des procédures administratives contre les personnes morales impliquées dans une activité criminelle. Actuellement, la Bulgarie envisage également la possibilité de confier aux tribunaux pénaux les cas de sanction des personnes morales pour des infractions pénales en vertu de la loi sur les infractions et les sanctions administratives.

(d) des délais de prescription plus longs en droit pénal

Les délais de prescription plus longs appliqués aux infractions pénales pourraient également être considérés comme un argument en faveur de l'utilisation de la procédure pénale pour sanctionner les personnes morales. Dans les délais de prescription traditionnellement courts prévus par la procédure administrative, il serait très difficile de mener à bien l'enquête contre une personne morale et la possibilité de la sanctionner dépendrait dans une large mesure de la poursuite de l'auteur physique. Par exemple, les délais de prescription relativement courts pour l'ouverture et la conduite d'enquêtes administratives en vertu du Code russe des infractions administratives (un mois avec possibilité de prolongation d'un mois supplémentaire) sont un sujet de préoccupation pour le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption.

(e) de meilleures possibilités de coopération juridique internationale, y compris d'entraide judiciaire

Pour l'instant, le droit international ne prévoit pas d'outils de coopération adéquats en matière de droit administratif³⁵. Au contraire, il existe un certain nombre de conventions internationales multilatérales et de traités bilatéraux régissant l'entraide judiciaire en matière pénale. On peut donc affirmer que les instruments internationaux dans le domaine

du droit administratif ne facilitent pas une coopération efficace entre les États dans les affaires de corruption impliquant des personnes morales.

Là encore, le problème du manque d'outils adéquats pour la coopération internationale se poserait dans les cas où la personne morale fait l'objet d'une enquête et de poursuites indépendamment de l'auteur physique.

L'Allemagne et l'Italie ont remédié à la déficience susmentionnée du système de responsabilité administrative des entreprises en prévoyant dans leur législation nationale la possibilité d'utiliser les instruments d'entraide judiciaire en matière pénale également dans les procédures visant à sanctionner les personnes morales pour des délits.

Cependant, il semble qu'en Fédération de Russie et en Bulgarie, l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas disponible dans les procédures administratives contre les personnes morales.

Compte tenu de ce qui précède, on peut affirmer que la responsabilité pénale des entreprises est plus efficace que la responsabilité administrative des personnes morales, notamment du point de vue de la procédure. Toutefois, certaines des faiblesses de la procédure administrative pourraient être compensées, par exemple en garantissant la disponibilité de techniques d'enquête spéciales et d'autres moyens de preuve efficaces, d'instruments d'assistance juridique mutuelle et de délais de prescription suffisants dans les procédures contre les personnes morales.

5 ÉLÉMENTS DE RESPONSABILITE

La responsabilité des personnes morales se compose des éléments suivants :

1. Personne morale
2. Une personne physique liée à la personne morale
3. Un délit de corruption commis par la personne physique liée
4. Un lien entre l'infraction et la personne morale
5. Faute de la personne morale

Ces éléments sont fondamentalement les mêmes pour la responsabilité civile et pénale. Seules les sanctions diffèrent principalement entre la responsabilité civile, administrative et pénale (voir ci-dessous au chapitre 6).

5.1 Personne morale

La Convention pénale du Conseil de l'Europe et le Deuxième Protocole de l'UE sont les seules normes internationales définissant les "personnes morales" (outre la décision-cadre non contraignante de l'Union européenne). L'article 1 lit. d de la Convention du Conseil de l'Europe est libellé comme suit :

"*personne morale*" : toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, à l'exception des États ou des autres organismes publics dans l'exercice de la puissance publique et des organisations internationales publiques."

Le rapport explicatif de la Convention apporte quelques précisions dans le commentaire 31 :

"Le terme "personne morale" apparaît à l'article 18 (responsabilité des personnes morales). Là encore, la Convention ne fournit pas de définition autonome, mais renvoie aux lois nationales. La lettre d. de l'article 1 permet donc aux Etats d'utiliser leur propre définition de la "personne morale", que cette définition soit contenue dans le droit des sociétés ou dans le droit pénal. Toutefois, aux fins des infractions de corruption active, il exclut expressément du champ d'application de la définition l'État ou les autres organismes publics exerçant une autorité publique, tels que les ministères ou les collectivités locales, ainsi que les organisations internationales publiques telles que le Conseil de l'Europe. L'exception fait référence aux différents niveaux de gouvernement : État, entités régionales ou locales exerçant des pouvoirs publics. La raison en est que les responsabilités des entités publiques sont soumises à des règlements ou à des accords/traités spécifiques et, dans le cas des organisations internationales publiques, sont généralement inscrites dans le droit administratif. Il ne s'agit pas d'exclure la responsabilité des entreprises publiques. Un État contractant peut toutefois aller plus loin en autorisant l'imposition de sanctions de droit pénal ou de droit administratif aux organismes publics également. Il va de soi que cette disposition ne restreint en aucune manière la responsabilité des personnes employées par les différents organes de l'Etat pour les infractions de corruption passive visées aux articles 3 à 6 et 9 à 12 de la présente Convention."

Cela signifie qu'un État ne peut pas descendre en dessous de sa propre norme de personnes morales. Si les entités suivantes sont des personnes morales selon le droit national, elles doivent être incluses :

- Entreprise à propriétaire unique
- Associations
- Fonds fiduciaires
- Partenariats
- Entreprises détenues ou contrôlées par l'État
- Entreprises de droit public

Certes, les États peuvent aller au-delà de cette exigence et peuvent, par exemple, inclure les **entreprises individuelles** dans la responsabilité pénale des personnes morales, même si ces entreprises ne sont généralement pas considérées comme des personnes morales dans le droit national. Par exemple, le code pénal suisse⁴⁸ ne tire pas la responsabilité du terme de personne morale, mais du terme d'"entreprise", incluant ainsi les "sociétés **sans** personnalité juridique" et les "entreprises individuelles" (article 102).

⁴⁸ *Code pénal* suisse *RS 311.0 du 1er janvier 2013*, www.admin.ch, consulté le 11 juin 2015.

À titre de rare exception, le code pénal estonien précise, à la section 37, que "les personnes morales ayant une **capacité juridique passive** sont capables de se rendre coupables" (la capacité juridique passive signifiant l'existence légale de la personne morale, par opposition à la capacité juridique active, qui est normalement comprise comme le droit de conclure des contrats et d'ester en justice).

Le code pénal géorgien (article 107.1, paragraphe 1) utilise la définition suivante :

"Aux fins du présent code, une entité juridique désigne une entité juridique commerciale ou non commerciale (ou un cessionnaire de celle-ci)."

Le code pénal moldave soumet toutes les "personnes morales" à la responsabilité pénale, "à l'exception des autorités publiques" (article 21, paragraphe 3).

Dans l'Union européenne, seuls 4 des 27 États membres limitent strictement la responsabilité des personnes morales aux entités privées (excluant ainsi toutes les entités publiques).⁴⁹ On peut donc dire que la norme européenne va dans le sens de l'inclusion des entités publiques dans la responsabilité des personnes morales. Une étude comparative financée par l'UE sur la responsabilité des personnes morales dans les États membres a abouti à la recommandation suivante :

"Dans la politique actuelle de l'UE en matière de responsabilité des personnes morales pour les infractions, les personnes morales publiques ne sont pas incluses dans le champ d'application. Étant donné que de nombreux États membres incluent un ou plusieurs types de personnes morales publiques dans le champ d'application de leur approche nationale en matière de responsabilité, l'UE peut envisager d'étendre son champ d'application en conséquence." ⁵⁰

Le groupe de travail sur la corruption de l'OCDE a insisté sur le fait que les entités publiques qui peuvent s'engager dans des contrats sont couvertes par la responsabilité.⁵¹ Toutefois, certaines conditions s'appliquent souvent, comme par exemple en Espagne, où les sociétés d'État qui poursuivent des objectifs de politique publique ne peuvent être tenues pénalement responsables.⁵²

5.2 Personne physique délinquante

Un ordinateur ne peut pas commettre de corruption, car il n'a pas de volonté propre. La corruption, et tout autre délit de corruption, est donc un acte d'une personne physique. La question est de savoir quelle relation une personne physique doit avoir avec une personne morale pour que cette dernière soit responsable de ses infractions. On peut fondamentalement distinguer quatre segments ou niveaux de personnel :

⁴⁹ Vermeulen G. et autres (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, p.44/chapitre 2.2.2.2 "Private versus public".

⁵⁰ Idem, p.139, recommandation 4.

⁵¹ Pieth M./Low L./Cullen P. (2007), *Convention de l'OCDE sur la corruption : Un commentaire*, Art. 4 n° 3.4.

⁵² Idem.

- **L'esprit de direction** : Seuls les actes des membres de la direction peuvent entraîner la responsabilité de l'entreprise. Il s'agit du modèle le plus exclusif.
- Les **cadres supérieurs** : Selon ce concept, les actes des employés ayant un pouvoir de décision ou de contrôle important peuvent engager la responsabilité de l'entreprise.
- **Employé** : Cette approche comprendrait les actes de tous les employés de l'entreprise.
- **Agents et tiers** : L'approche la plus large serait d'inclure les agents agissant au nom de l'entreprise et même les tiers comme les consultants indépendants. La loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger de 1977 ("FCPA") suit cette approche en incluant "tout dirigeant, directeur, employé ou agent".⁵³ Une étude comparative financée par l'UE sur la responsabilité des personnes morales dans les États membres a mis en évidence la question critique des sous-traitants (agents) :

La personne morale "a immédiatement communiqué qu'elle ne pouvait en aucun cas être tenue pour responsable car les personnes visées étaient employées par l'un de ses sous-traitants. (...) Il convient donc d'examiner s'il est souhaitable ou non de criminaliser les situations liées, par exemple, à la sous-traitance." ⁵⁴

La Convention pénale du Conseil de l'Europe suit une approche combinée. Elle s'appuie d'abord sur les actes de la haute direction, définis par :

*"- un pouvoir de représentation de la personne morale ; ou
- une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ; ou
- une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale ; "*

Toutefois, la Convention inclut également les actes des employés si la direction générale n'a pas exercé une surveillance adéquate en établissant la responsabilité :

" lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle par [...] [les dirigeants] a rendu possible la commission des infractions pénales mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de cette personne morale par une personne physique placée sous son autorité. "

Une évaluation du GRECO semble suggérer qu'il suffit qu'une seule des deux options entraîne une responsabilité pénale, pour autant que l'autre soit couverte par la responsabilité civile :

Une personne morale peut être tenue pénalement responsable de corruption et de blanchiment d'argent à condition que l'acte soit commis par une personne physique qui représente "l'âme dirigeante ou la volonté" de la personne morale, par exemple les gestionnaires et les directeurs. Il semble que le manque de supervision (18.2 de la Convention) ne puisse pas rendre une personne morale pénalement responsable, cependant, la responsabilité selon les principes du droit civil est

⁵³ § 78dd-1 (a), supra note 17.

⁵⁴ Vermeulen G. et autres, supra, p.102 et p.140, recommandation 9.

toujours possible. [L'EGE [équipe d'évaluation du GRECO] a conclu à la conformité avec l'article 18 de la Convention pénale. " ⁵⁵

Il convient toutefois d'être prudent dans la généralisation de ce résultat. Les spécificités du droit civil du Royaume-Uni, y compris les dommages-intérêts punitifs par exemple, pourraient avoir été un facteur pour le GRECO GET.

Les conventions de l'ONU et de l'OCDE ne donnent aucune précision sur le niveau du personnel.

Dans certains pays, la législation nationale exige que les employés aient agi dans le domaine qui leur est assigné ou dans le cadre de leurs fonctions.

5.3 Délit de corruption

L'infraction de corruption est le point de départ de la responsabilité des entreprises. Toutefois, il ne peut être commis que par une personne physique. Ce n'est que pour les autres éléments de la responsabilité des entreprises (relation avec la personne morale, niveau de personnel et faute de l'entreprise) que le délit de corruption est attribué à la personne morale.

5.3.1 Types

Les différentes conventions internationales exigent la responsabilité des personnes morales pour toutes les infractions de corruption prescrites. Si certaines infractions sont facultatives ou peuvent être exclues, comme par exemple l'article 20 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (enrichissement illicite) ou l'article 12 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe, un pays est obligé d'introduire la responsabilité des personnes morales dès lors qu'il a opté pour cette infraction. Par exemple, le GRECO a constaté, en ce qui concerne la loi polonaise :

" que la disposition relative au trafic d'influence actif (article 230a du code pénal) n'a pas été incluse dans la liste des infractions visées à l'article 16 de la loi sur la responsabilité des entités collectives. Par conséquent, l'EEG [équipe d'évaluation du GRECO] recommande de modifier la loi sur la responsabilité des entités collectives pour les actes interdits par la loi, afin d'y inclure toutes les infractions de corruption pertinentes qui peuvent conduire à l'établissement de la responsabilité des entreprises. " ⁵⁶

⁵⁵ GRECO (2004), *Deuxième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur le Royaume-Uni*, para. 105, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

⁵⁶ GRECO (2004), *Deuxième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur la Pologne*, para. 55, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

De même, en Italie, le GRECO a recommandé " que la responsabilité des entreprises soit étendue aux délits de corruption active dans le secteur privé ".⁵⁷

Cependant, certains délits de corruption tels qu'inclus dans la Convention des Nations Unies contre la corruption n'ont aucune pertinence pratique pour les personnes morales, comme l'enrichissement illicite, tandis que d'autres n'ont qu'une valeur symbolique limitée, comme l'abus de pouvoir. L'intérêt principal réside dans la corruption publique et privée, et en particulier dans la corruption active d'agents publics étrangers.

5.3.2 *Actus reus et mens rea*

Pour une infraction de corruption, telle que le pot-de-vin, il faut prouver à la fois une action et un élément mental correspondant ("*actus reus*" et "*mens rea*"). L'*actus reus* pourrait, par exemple, consister en un scénario dans lequel de l'argent est transféré d'un compte contrôlé par une personne morale au compte d'un agent public avant l'attribution d'un marché public par cet agent à la personne morale. Il serait possible de déduire de cette preuve circonstancielle que la personne physique agissant avait l'intention nécessaire, la *mens rea*, de corrompre l'agent public, et n'a pas simplement agi par négligence.

5.3.3 **Acte d'un individu personne physique**

Normalement, la personne physique travaillant pour la personne morale sera identifiée à la suite de l'enquête sur la corruption pour les raisons suivantes :

- Témoignage du destinataire du pot-de-vin ;
- un aveu du corrupteur ; ou
- Le fait que l'argent payé en tant que pot-de-vin puisse être retracé jusqu'à la personne physique qui a ordonné le pot-de-vin.

La question se pose de savoir si la personne morale peut être responsable lorsque la personne physique distincte ne peut être identifiée en tant qu'**individu**, mais qu'il est clair que quelqu'un de l'intérieur de la société a commis l'infraction. Les législations nationales diffèrent sur cette question, avec quatre modèles généraux évidents :

- **Identification stricte** : en Slovénie par exemple, "l'identification de l'auteur de l'infraction est la condition préalable à l'établissement de tous les ingrédients factuels d'un crime et à l'établissement du fait que le préjudice n'est pas survenu par accident, par exemple. [...] [Par conséquent,] une personne morale ne peut être tenue responsable lorsque l'auteur du délit n'a pas été identifié".⁵⁸
- **Identification conditionnelle** : en Suisse, la responsabilité de la personne morale peut être engagée même si "l'auteur individuel d'une infraction ne peut être

⁵⁷ GRECO (2009), *Premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints. Rapport d'évaluation sur l'Italie*, para. 183, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

⁵⁸ GRECO (2003), *Deuxième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur la Slovénie*, para. 56, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

identifié", si cette absence d'identification est "due à des défauts d'organisation de la société" (article 102 du code pénal).⁵⁹Dans tous les autres cas, l'identification serait nécessaire.

- **Rapprochement anonyme** : en Allemagne, par exemple, il suffit que le tribunal puisse établir avec certitude que l'infraction a été commise par une personne appartenant au cercle des personnes concernées de l'entreprise, même si l'identité individuelle de l'auteur n'est pas claire.⁶⁰ Certains universitaires suisses favorisent également cette approche sous le label de "délinquance générale".⁶¹ Le code pénal géorgien détache explicitement la responsabilité de l'entreprise de l'individualisation de l'auteur de l'infraction (personne physique) :

*"La personne morale est également soumise à la responsabilité pénale lorsqu'un crime est commis au nom ou par le biais (en utilisant) et/ou pour le bénéfice de la personne morale, que l'individu qui commet le crime ait été identifié ou non."*⁶²

- **Agrégation d'actes ou d'intentions** : selon ce concept, il n'est pas nécessaire que l'infraction soit commise en un seul acte par une seule personne. Il suffit que plusieurs personnes au sein de l'entreprise soient ensemble responsables de tous les éléments du délit, même si aucune d'entre elles ne remplirait à elle seule tous les éléments. Par exemple, un employé signe un contrat de conseil avec un négociateur d'affaires, sans savoir que ce dernier utilise régulièrement une partie de ses honoraires pour corrompre ses homologues du ministère. Un autre employé connaît les pratiques du négociateur, mais ne sait pas que son entreprise s'engage actuellement avec ce consultant. Dans ce cas, deux personnes physiques différentes remplissent l'*actus reus*. Cette théorie - pour autant que l'on puisse en juger - n'est que suggérée par les universitaires, mais n'est pas encore utilisée dans la législation.

Le concept d'identification stricte impose la charge la plus lourde aux procureurs pour établir la responsabilité. Néanmoins, tous les concepts susmentionnés, y compris le concept d'identification stricte, semblent être conformes aux **normes internationales**, car aucun des groupes de suivi des conventions du Conseil de l'Europe ou de l'OCDE n'a contesté les normes nationales d'identification des personnes physiques.

5.3.4 Condamnation

Ni le libellé des conventions du Conseil de l'Europe, ni la législation de la plupart des États n'exigent la condamnation d'un individu pour un délit de corruption comme condition préalable à la responsabilité des entreprises. Au contraire, les rapports de suivi de la

⁵⁹ GRECO (2008), *Premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints, Rapport d'évaluation sur la Suisse*, para. 165, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

⁶⁰ Cour suprême fédérale, *décision n° KRB 25/93 du 8 février 1994*, www.jurion.de, consulté le 11 juin 2015 ; GRECO (2005), *Second cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur l'Allemagne*, para. 55, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015 ; voir également GRECO (2004), *Second cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur le Royaume-Uni*, para. 105, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

⁶¹ Voir par exemple Macaluso A. (2004), *La responsabilité pénale de l'entreprise*, Zurich, N 729 f.

⁶² Article 107-1 n° 4 du Code pénal de Géorgie.

conformité à la Convention de l'OCDE ont exprimé des doutes quant à la conformité des Etats qui exigent une condamnation avant de poursuivre une société :

"Ainsi, une personne morale ne peut être sanctionnée pénalement lorsque la personne physique qui a commis l'infraction de corruption ne peut être condamnée. Cela soulève des doutes quant au respect de la norme de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. " (Mexique) ⁶³

"Le Groupe de travail est préoccupé par certaines caractéristiques de cette approche, telles qu'expliquées dans le rapport d'examen, en particulier l'exigence, dans la plupart des cas, d'une condamnation antérieure de la personne physique [...]." (Pologne) ⁶⁴

Il est intéressant de noter que le GRECO a estimé que la même réglementation polonaise n'était " pas en contradiction avec les dispositions de l'article 18 de la Convention pénale sur la corruption ".⁶⁵ Cependant, le GRECO a souligné la " non-conformité d'une telle restriction légale avec la norme pertinente de la Recommandation n° R (88) 18 du Comité des Ministres concernant la responsabilité des entreprises ".⁶⁶Le numéro I.2. de la Recommandation stipule :

"L'entreprise doit être ainsi responsable, qu'une personne physique ayant commis les actes ou omissions constitutifs de l'infraction puisse être identifiée ou non."

Ainsi, la Recommandation n° R(88) 18 exige la responsabilité des personnes morales, même si la personne physique n'est pas identifiée ; le droit polonais ne répond pas à cette norme.

5.4 Relation entre l'infraction et la personne morale

Un employé d'un constructeur automobile peut soudoyer un enseignant pour que son enfant obtienne une meilleure note à l'école. L'entreprise automobile ne devrait pas être tenue responsable de ces crimes dans lesquels elle n'a manifestement rien à voir. Par conséquent, la responsabilité ne devrait être engagée que s'il existe un lien suffisant entre le crime et la personne morale.

On peut distinguer trois degrés de relation entre le salarié et la personne morale :

- La Convention pénale du Conseil de l'Europe limite la responsabilité aux infractions "commises pour leur compte [les personnes morales]".
- Certaines lois fixent le seuil un peu plus bas et exigent seulement qu'un acte soit accompli "au nom", "pour le compte" ou "dans l'intérêt" de la personne morale.

⁶³ OCDE (2000), *Mexique, Rapport de la phase 1 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.24, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

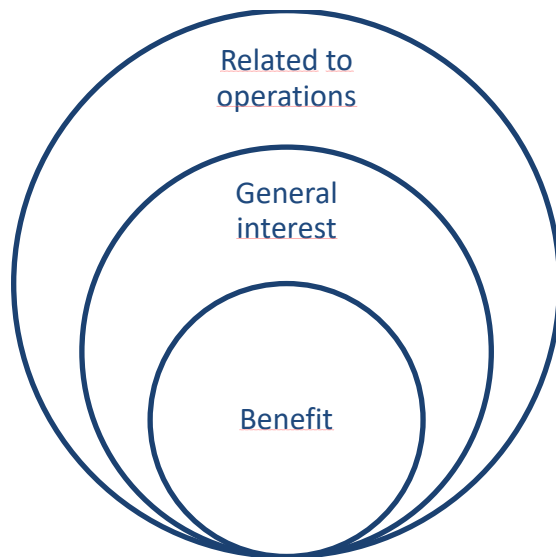
⁶⁴ OCDE (2001), *Pologne, Rapport de la phase 1 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

⁶⁵ GRECO (2003), *Deuxième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur la Pologne*, para. 56, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

⁶⁶ Nota bene : la Recommandation n'est pas couverte par le mandat d'évaluation du GRECO ; par conséquent, le GRECO n'est pas en mesure d'effectuer des évaluations basées sur les normes de la Recommandation ; voir ci-dessous l'annexe 9.2.2.

- Certains pays incluent tout acte commis "dans le cadre des opérations" ou seulement "en rapport avec l'activité".

Le concept de "relation" conduit à l'application la plus large de la responsabilité des entreprises, tandis que le concept de "bénéfice" est le plus exclusif :



Seuls la convention pénale du Conseil de l'Europe et le deuxième protocole de l'UE définissent la relation entre l'acte de corruption et l'entreprise.

5.4.1 Prestations

Selon ce concept, l'acte doit avoir pour but de procurer un avantage à l'entreprise, mais ne doit pas nécessairement lui profiter réellement.

Exemples :

- Un employé négocie un contrat avec des fonctionnaires et, au cours des négociations, leur propose un pot-de-vin si l'entreprise remporte le contrat. L'entreprise ne sait pas qu'elle aurait remporté le contrat de toute façon. Néanmoins, le pot-de-vin est destiné à bénéficier à l'entreprise.
- Un employé d'une entreprise pharmaceutique soudoie un fonctionnaire du ministère de la santé pour empêcher ses concurrents d'entrer sur le marché.

Le libellé de la Convention pénale du Conseil de l'Europe suit cette approche en établissant la responsabilité pour les actes commis pour le "bénéfice" de la société. Toutefois, le rapport explicatif fait également référence à la notion d'"intérêt général", en précisant "que l'infraction doit avoir été commise pour le compte ou au profit de la personne morale." ⁶⁷

⁶⁷ Commentaire 86, *Rapport explicatif*, www.conventions.coe.int, consulté le 11 juin 2015.

5.4.2 Intérêt général

Selon cette exigence, l'acte doit être accompli dans l'intérêt ou pour le compte de la société, mais ne doit pas nécessairement lui profiter.

Exemple :

- Un employé d'une entreprise verse un petit paiement rapide à la compagnie de téléphone de l'État afin que le nouveau bureau de l'entreprise dispose rapidement de lignes téléphoniques.
- Un employé d'une entreprise paie un pot-de-vin pour que l'entreprise soit admise en tant que sponsor officiel d'un événement d'État annuel (cet exemple pourrait également être considéré comme bénéficiant à l'entreprise en raison de la valeur publicitaire obtenue).

Il n'y a probablement aucun avantage économique direct pour l'entreprise dans le premier exemple. Cependant, l'intérêt de l'entreprise est toujours servi par l'installation rapide de téléphones fixes.

Une question plus discutable se poserait dans le cas suivant où le pot-de-vin était dans l'intérêt de l'entreprise ou plutôt uniquement, ou principalement, dans l'intérêt de la carrière privée de l'employé :

- Un employé prend un congé sabbatique d'un an partiellement rémunéré afin d'obtenir une maîtrise dans une université liée à ses fonctions. Il corrompt un professeur afin d'obtenir un bon diplôme ou même la réussite de son examen final.

5.4.3 En rapport avec les opérations

Selon cette exigence, il n'est pas nécessaire que l'acte soit dans l'intérêt ou au profit de la société, mais il doit être lié aux opérations de la société.

Exemples :

- Un employé d'une entreprise négocie un contrat avec des fonctionnaires et, au cours des négociations, leur propose un pot-de-vin afin qu'ils lui obtiennent des billets VIP pour le célèbre théâtre Bolchoï par l'intermédiaire des canaux de l'État.
- Un employé d'une entreprise négocie un contrat avec des fonctionnaires de l'État pour la commande de 10 avions. Il soudoie les fonctionnaires pour qu'ils incluent une option non contraignante permettant à l'État de commander 5 avions supplémentaires à l'avenir. La raison du pot-de-vin est la suivante : la prime annuelle personnelle de l'employé de l'entreprise est calculée de telle sorte qu'elle est plus élevée si les contrats incluent de telles options non contraignantes. On suppose que les fonctionnaires/l'État n'ont pas l'intention de faire appel à cette option, l'intérêt réel de l'entreprise pour une telle option "morte" pourrait être plutôt faible, voire inexistant. Au contraire, comme elle ne perd de l'argent qu'en versant

une prime supplémentaire à son employé, elle n'a probablement aucun intérêt pour cette option.

5.5 Faute de la personne morale

La personne morale n'est responsable de l'infraction commise par une personne physique que si elle a commis une certaine faute. Là encore, une personne morale n'a pas de volonté personnelle, mais la somme des décisions prises en son sein peut constituer ce que l'on appelle sa "faute".

5.5.1 Types

Il existe essentiellement trois modèles de faute, qui reflètent les concepts de responsabilité (voir chapitre 3 ci-dessus) :

- **Faute objective** : la personne morale est responsable si elle fait preuve d'un manque de concepts organisationnels, de culture d'entreprise et d'efforts de conformité crédibles. Le concept de "faute objective" ne repose pas sur la faute personnelle, mais uniquement sur les structures de l'entreprise. Il reflète la défaillance par négligence (ou intentionnelle) de l'ensemble de l'organisation :

*"Cependant, nous sommes préoccupés par l'accent mis sur la question de savoir si une "personne responsable" a été négligente, plutôt que sur l'échec collectif de l'entreprise à s'assurer que des procédures anti-corruption adéquates étaient en place."*⁶⁸

- Le **défaut de surveillance** : la personne morale est responsable si l'un de ses employés ayant un pouvoir pertinent a omis de surveiller correctement ses subordonnés. Alors que la notion de "faute objective" est "impersonnelle", la notion de "défaut de surveillance" fait appel à la faute personnelle. En effet, elle requiert une double faute personnelle au sein de l'entreprise : la faute du subordonné fautif, et la faute du superviseur.
- **Responsabilité stricte** : la faute de la personne physique est automatiquement imputée à la personne morale. Avec ce concept, il n'y a pas de faute supplémentaire de l'entreprise, sauf celle qui découle de l'employé corrompu lui-même. En d'autres termes, la seule "faute" de la personne morale peut être d'avoir simplement employé le délinquant. Au Kosovo,⁶⁹ par exemple :

"la responsabilité de la personne morale existe même lorsque les actions de la personne morale étaient en contradiction avec les politiques commerciales ou les ordres de la personne morale." (Article 40 para. 1 phrase 1 du Code pénal)

⁶⁸ Royaume-Uni (2009), *Government Response to the conclusions and recommendations of the Joint Committee Report on the Draft Bribery Bill*, p.7, www.official-documents.gov.uk, consulté le 11 juin 2015.

⁶⁹ En vertu de la résolution 1244/99 du Conseil de sécurité des Nations unies.

Toutefois, selon certaines législations, "la responsabilité des personnes morales et entités équivalentes est exclue lorsque l'acteur a agi contre les ordres ou les instructions expresses de la personne responsable." ⁷⁰

Ces trois modèles sont conformes à la Convention pénale du Conseil de l'Europe. La Convention applique la responsabilité objective à l'article 18, paragraphe 1, pour les infractions commises par les cadres supérieurs, et la responsabilité de surveillance à l'article 18, paragraphe 2. La Convention ne fait pas référence à la faute objective ; cependant, étant donné que cette norme de faute va au-delà des exigences du manque de supervision, elle est conforme à la Convention.

Comme indiqué précédemment, pour le GRECO, il semble suffisant (du moins en ce qui concerne le Royaume-Uni) que seule la responsabilité stricte entraîne une responsabilité pénale, tant que le manque de surveillance est couvert par la responsabilité civile :

Une personne morale peut être tenue pénalement responsable de la corruption et du blanchiment d'argent à condition que l'acte soit commis par une personne physique qui représente "l'âme dirigeante ou la volonté" de la personne morale, par exemple les gestionnaires et les directeurs. Il semble que le manque de supervision (18.2 de la Convention) ne puisse pas rendre une personne morale pénalement responsable, cependant, la responsabilité selon les principes du droit civil est toujours possible. [L'EGE [équipe d'évaluation du GRECO] a conclu à la conformité avec l'article 18 de la Convention pénale. " ⁷¹

Cependant, l'absence totale de responsabilité pour manque de surveillance n'est pas conforme. En ce sens, le GRECO a souligné la "faiblesse" suivante du système portugais :

"Il n'existe pas de législation spécifique pour couvrir les cas où la corruption aurait pu résulter d'un manque de supervision de la part de la direction". ⁷²

Ces trois modèles ont leurs avantages et leurs inconvénients.

- **Défaut d'objectif :**

- Pour : elle motivera les personnes morales à installer des mécanismes de prévention suffisants.
- Contre : Il faudra déployer des efforts considérables pour recueillir suffisamment d'informations sur l'absence de mécanismes de prévention et les présenter au tribunal lors de la poursuite d'une grande entreprise

⁷⁰ Article 11 para. 6 du Code pénal portugais ; voir OCDE (2009), *Portugal : Rapport de suivi de la phase 2 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.29, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

⁷¹ GRECO (2004), *Deuxième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur le Royaume-Uni*, Strasbourg, para. 105, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

⁷² GRECO (2005), *Deuxième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur le Portugal*, Strasbourg, para. 73, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

internationale. Une solution possible serait de déplacer la charge de la preuve.

- **Manque de supervision :**
 - Pour : elle motivera les personnes morales à mettre en place des mécanismes de contrôle suffisants.
 - Contre : La supervision seule pourrait ne pas être suffisante et nécessiterait donc d'autres mécanismes de prévention en plus. Un manque de supervision pourrait également être difficile à prouver devant un tribunal.
 - **Responsabilité stricte :**
 - Pour : Il s'agit probablement de l'incitation la plus forte pour prévenir la corruption au sein d'une entreprise. En outre, il est très simple d'appliquer ce concept devant les tribunaux - il n'est pas nécessaire d'apporter des preuves de la prévention de la corruption au sein de l'entreprise, le statut d'employé du contrevenant suffit à engager sa responsabilité.
- "L'introduction d'un système de responsabilité objective, comme cela se fait dans certains États membres, peut réduire considérablement la charge de la preuve lors de la poursuite de ces infractions."* ⁷³
- Contre : Le concept a une portée assez large et punit même les entreprises qui ont des programmes de prévention de pointe. Il établirait également la responsabilité lorsqu'un employé désobéit à un ordre concret direct de ne pas utiliser de pots-de-vin (ces circonstances supplémentaires sont toutefois prises en compte pour atténuer la peine).

5.5.2 Diligence raisonnable

Dans ces trois cas, la question se pose de savoir quelle culture d'entreprise et quelle supervision une personne morale doit mettre en œuvre. Avec un défaut d'objectivité et de supervision, une bonne prévention de la corruption permettrait clairement d'éviter toute possibilité de responsabilité. Il est clair que cela est plus difficile dans la pratique. Dans les systèmes juridiques à responsabilité stricte, même les meilleurs mécanismes de prévention n'évitent pas la responsabilité, mais comptent pour des peines atténuantes. Cependant, certains États permettent aux personnes morales de prouver qu'elles ont mis en place des mécanismes de prévention suffisants. Par exemple, si une entreprise peut prouver qu'avant la commission du délit, elle a adopté et mis en œuvre de manière efficace un modèle d'organisation, de gestion et de contrôle, elle est exonérée de responsabilité en droit italien.

⁷⁴

Les clés de voûte essentielles d'un programme de conformité sont les suivantes : ⁷⁵

⁷³ Vermeulen G. et autres (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, p.139, recommandation 5.

⁷⁴ Articles 6 et 7 du décret législatif n° 231/2001.

⁷⁵ Le texte suivant est largement tiré de : Département américain de la justice/U.S. Securities and Exchange Commission (2012), *Guide de ressources sur la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (U.S. Foreign Corrupt Practices Act)*, pp.57 et suivantes, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015.

- **Engagement de la haute direction** et politique clairement formulée contre la corruption : la conformité et les règles éthiques doivent commencer au sommet. Les procureurs évaluent donc si la haute direction a clairement formulé les normes de l'entreprise, les a communiquées en termes non ambigus, les a respectées scrupuleusement et les a diffusées dans toute l'organisation.
- **Code de conduite, politiques et procédures de conformité** : les procureurs prendront également en compte la question de savoir si une entreprise dispose de politiques et de procédures qui définissent les responsabilités en matière de conformité au sein de l'entreprise, détaillent les contrôles internes appropriés, les pratiques d'audit et les politiques de documentation, et définissent les procédures disciplinaires. Des politiques et procédures efficaces nécessitent une compréhension approfondie du modèle commercial de l'entreprise, notamment de ses produits et services, des agents tiers, des clients, des interactions avec les pouvoirs publics et des risques sectoriels et géographiques.
- **Supervision, autonomie et ressources** : une personne morale doit confier la responsabilité de la supervision et de la mise en œuvre du programme de conformité de l'entreprise à un ou plusieurs cadres supérieurs spécifiques. Ces personnes doivent disposer d'une autorité appropriée au sein de l'organisation, d'une autonomie adéquate par rapport à la direction et de ressources suffisantes pour garantir la mise en œuvre efficace du programme de conformité de l'entreprise. Une autonomie adéquate comprend généralement un accès direct à l'autorité dirigeante de l'organisation, telle que le conseil d'administration et les comités du conseil d'administration (par exemple, le comité d'audit).
- **Évaluation des risques** : les programmes de conformité à taille unique sont généralement mal conçus et inefficaces, car les ressources sont inévitablement trop dispersées et l'accent est trop mis sur les marchés et les transactions à faible risque au détriment des domaines à haut risque. Les facteurs à prendre en compte, par exemple, comprennent les risques présentés par : le pays et le secteur d'activité, l'opportunité commerciale, les partenaires commerciaux potentiels, le niveau d'implication avec les gouvernements, le degré de réglementation et de surveillance gouvernementale, et l'exposition aux douanes et à l'immigration dans la conduite des affaires. Il est décisif de savoir si et dans quelle mesure une entreprise analyse et traite les risques particuliers auxquels elle est confrontée.
- **Formation et conseil permanent** : ces mesures contribueront à garantir que le programme de conformité est compris et suivi de manière appropriée à tous les niveaux de l'entreprise.
- Mesures **incitatives et disciplinaires** : de nombreuses entreprises ont constaté que la publication des mesures disciplinaires en interne, lorsque la législation locale le permet, peut avoir un effet dissuasif important, en montrant que les actions contraires à l'éthique et illégales ont des conséquences rapides et sûres. Les incitations peuvent prendre de nombreuses formes, telles que les évaluations et les promotions du personnel, les récompenses pour l'amélioration et le développement

du programme de conformité de l'entreprise, et les récompenses pour le leadership en matière d'éthique et de conformité.

- **Diligence raisonnable et paiements par des tiers** : les tiers, y compris les agents, les consultants et les distributeurs, sont couramment utilisés pour dissimuler le paiement de pots-de-vin à des fonctionnaires. Dans le cadre de la diligence raisonnable fondée sur le risque, les entreprises doivent comprendre les qualifications et les associations de leurs partenaires tiers, y compris leur réputation commerciale et leurs relations, le cas échéant, avec des fonctionnaires étrangers. Les entreprises doivent également comprendre le rôle et la nécessité de la tierce partie et s'assurer que les termes du contrat décrivent spécifiquement les services à fournir. Elles doivent également tenir compte des conditions de paiement et de la manière dont elles se comparent aux conditions habituelles dans le secteur et le pays concernés. En outre, les entreprises doivent procéder à une forme de contrôle permanent des relations avec les tiers.
- **Signalement confidentiel et enquête interne** : un programme de conformité efficace doit comprendre un mécanisme permettant aux employés d'une organisation et à d'autres personnes de signaler des cas de mauvaise conduite ou de violation des politiques de l'entreprise, qu'ils soient présumés ou réels, de manière confidentielle et sans crainte de représailles. Les entreprises peuvent utiliser, par exemple, des lignes d'assistance anonymes ou des médiateurs. Le signalement doit être suivi d'enquêtes efficaces.
- **Amélioration continue** (tests et examens périodiques) : l'activité d'une entreprise évolue avec le temps, tout comme les environnements dans lesquels elle opère, la nature de ses clients, les lois qui régissent ses actions et les normes de son secteur. En outre, les programmes de conformité qui n'existent pas seulement sur le papier mais qui sont suivis dans la pratique découvriront inévitablement des faiblesses en matière de conformité et nécessiteront des améliorations.
- **Fusions et acquisitions** (diligence raisonnable avant l'acquisition et intégration après l'acquisition) : par exemple, une société acquéreuse doit découvrir toute corruption possible au sein de la société acquise dans le cadre de la diligence raisonnable, s'assurer que la corruption a été volontairement révélée au gouvernement, coopérer avec l'enquête et intégrer rapidement la société acquise dans son programme de conformité et ses contrôles internes.

Il faut garder à l'esprit que les grandes multinationales ne sont pas les seules à faire des affaires à l'étranger, les entreprises de plus petite taille aussi. Les programmes de conformité ci-dessus nécessitent des ressources et une expertise qu'une grande entreprise peut "facilement" se permettre, mais qui peuvent s'avérer très difficiles pour les petites entreprises.⁷⁶

⁷⁶ Voir Nickerson K. (2011), *What the U.S. Government can do to assist U.S. companies with respect to transnational corruption*, www.commerce.gov, consulté le 11 juin 2015.

5.6 Excursus : les entreprises affiliées

Souvent, les personnes morales font partie d'entreprises affiliées. Dans la plupart des configurations, une entreprise contrôle une autre entreprise d'une manière ou d'une autre. L'exemple le plus évident est la relation mère-filiale. D'autres formes incluent le fait qu'une entreprise en contrôle une autre par le biais d'accords formels sur le contrôle ou sur le transfert des pertes et des profits. Le contrôle peut également prendre la forme d'un contrôle *de facto* si les deux sociétés sont gérées par les mêmes personnes ou si l'une des sociétés est économiquement totalement dépendante de l'autre. La question se pose alors de savoir quelle personne morale peut être tenue pour responsable : la société contrôlée, celle qui la contrôle, ou les deux. Cette question est encore relativement nouvelle, et il n'existe parfois aucune jurisprudence, ou seulement une jurisprudence limitée, dans plusieurs juridictions.

Dans les cas de corruption au sein de la société contrôlée, il est toujours nécessaire d'examiner la possibilité que la société contrôlante soit (concurrentement) responsable. Il existe plusieurs façons d'établir cette responsabilité :

- **Responsabilité directe** : la société contrôlante a participé directement à la corruption de la société contrôlée. Par exemple, en étant l'instigateur de la faute ou en approuvant les paiements à un tiers utilisés comme pot-de-vin. Dans ce cas, la société de contrôle sera directement responsable soit des actes de ses dirigeants, soit de ses employés, soit d'un manque de supervision (article 18 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe).

La loi allemande sur les infractions réglementaires, par exemple, inclut explicitement les sociétés de contrôle dans la responsabilité légale :

" Article 30, Amende réglementaire imposée aux personnes morales et aux associations de personnes.

(1) Lorsqu'une personne agissant [...]

5. en tant qu'autre personne responsable pour le compte de la direction de l'exploitation ou de l'entreprise faisant partie d'une personne morale [...], couvrant également la supervision de la conduite des affaires ou tout autre exercice de pouvoirs de contrôle dans une position de direction,

a commis une infraction pénale ou une infraction réglementaire [...] une amende réglementaire peut être infligée à cette personne [morale] ou association. " 77

Il est généralement admis qu'une "autre personne" peut également être un cadre supérieur d'une société de contrôle (par exemple une société mère) qui est impliquée dans un système de corruption au sein de la société contrôlée (par exemple une filiale). 78

⁷⁷ *Loi* allemande *sur les infractions réglementaires* [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG] telle que modifiée en 2009, www.gesetze-im-internet.de, consulté le 11 juin 2015.

⁷⁸ Rogall K. (2006), *Commentaire de la loi sur les infractions réglementaires* [Karlsruher Kommentar zum OWiG] (3^{ème} édition), § 30, para. 70a, soulignant que "l'ensemble des problèmes est encore peu clarifié et nécessite un examen plus approfondi".

- **Responsabilité de l'agent** : ce concept suit le raisonnement de la responsabilité du maître et du serviteur. La société contrôlante est responsable des actes de la société contrôlée en tant que son agent. Une relation d'agence peut être établie par des éléments formels et réels de contrôle général et de contrôle dans le contexte de la transaction spécifique.

Par exemple, les autorités américaines ont engagé une action administrative contre une société mère pour des pots-de-vin versés par le président de sa filiale indirecte à 100 %. Dans cette affaire, le président de la filiale rendait directement compte au PDG de la société mère, et la société identifiait régulièrement le président comme un membre de sa direction dans ses rapports annuels. En outre, le service juridique de la société mère a approuvé le maintien de l'agent tiers par l'intermédiaire duquel les pots-de-vin ont été organisés, malgré l'absence de diligence raisonnable documentée et un contrat d'agence qui violait la politique de l'entreprise ; en outre, un fonctionnaire de la société mère a approuvé l'un des paiements à l'agent tiers.⁷⁹

- **Responsabilité d'une entreprise unique** : selon ce concept, le propriétaire de plusieurs personnes morales est considéré comme une entreprise unique qui englobe et utilise toutes les personnes morales. Ainsi, toute corruption au sein de cette entreprise unique la rend responsable, soit par imputation, soit par manque de surveillance, comme si la corruption n'avait pas eu lieu au sein d'une personne morale distincte mais au sein d'une entreprise. Toutefois, pour que cette responsabilité soit engagée, il est nécessaire que le droit national se fonde sur le terme "entreprise" et non sur le terme "personnes morales".

Dans le code pénal suisse⁸⁰, par exemple, l'infraction "est imputée à l'entreprise" (synonyme d'"entreprise"). Si plusieurs sociétés sont regroupées au sein d'une société holding, cette dernière peut être considérée comme une seule et unique entreprise comprenant toutes les sociétés. Dans ce cas, une infraction commise dans l'une des sociétés peut être considérée comme ayant été commise dans une seule entreprise : la holding.⁸¹

Ces trois modèles sont très similaires : une entreprise en contrôle une autre, un manque de contrôle et/ou une certaine implication dans la transaction de corruption qui rend l'entreprise contrôlante responsable.

Il est cependant impossible de tenir les deux entreprises **concurrentement** responsables en droit pénal. Une telle responsabilité concurrente aurait pour conséquence de faire supporter à la même entreprise une double sanction pénale pour la même corruption. Si, en outre, le défaut d'organisation ayant favorisé la corruption est identique, une telle responsabilité

⁷⁹ Département américain de la justice/ Commission américaine des valeurs mobilières et des changes (2012), *Guide de ressources sur la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (en anglais)*, pp.27 et suivantes, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015.

⁸⁰ *Code pénal suisse RS 311.0 du 1er janvier 2013*, www.admin.ch, consulté le 11 juin 2015.

⁸¹ Voir Livschitz M. (2007), *Liability of Legal Persons for Corruption - A Swiss Perspective*, Proceedings of the OECD/ACN-Seminar "Criminalisation Of Corruption", p.7, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

concurrente violerait probablement le principe "*ne bis in idem*" (l'interdiction de condamner deux fois le même sujet de droit pour une seule et même infraction pénale).⁸²

Même si une société affiliée ou même non affiliée n'est pas responsable d'une infraction commise par une autre personne morale, elle peut néanmoins bénéficier de la corruption. Dans ce cas, il est possible que le bénéfice soit **confisqué par la** société non responsable (voir ci-dessous au point 6.1.3).

5.7 Exercice de cas 3 : L'énergie pour l'Europe

Contexte⁸³

Profil de l'entreprise

Energetica est une société de l'un des États membres du Conseil de l'Europe (État membre A). Ses origines remontent à 1847 et, depuis plus de 160 ans, elle est l'un des conglomérats les plus prospères d'Europe. Actuellement, Energetica est l'un des plus grands fournisseurs d'énergie et de sources d'énergie (électricité, gaz, pétrole) au monde. La société fabrique également des systèmes de contrôle de l'énergie, des équipements énergétiques et des réseaux d'énergie. En 2008, Energetica employait environ 428 200 personnes et exerçait ses activités dans environ 190 pays dans le monde. Energetica a déclaré un revenu net de 16,5 milliards de dollars et un bénéfice net de 8,9 milliards de dollars pour son exercice financier terminé le 30 septembre 2008.

Conformément à la législation locale, Energetica a un conseil de surveillance et un directoire. Le conseil de surveillance est généralement comparable au conseil d'administration d'une société aux États-Unis en ce sens qu'il supervise la gestion, mais avec un pouvoir de contrôle moindre en vertu du droit local. Le conseil d'administration remplit généralement les fonctions et les responsabilités de la direction générale d'une société aux États-Unis et comprend le directeur général ("PDG") et le directeur financier ("CFO") de la société.

Avant une récente réorganisation, Energetica fonctionnait par le biais d'un ensemble complexe de groupes d'activités et de sociétés régionales. Les groupes d'affaires sont des divisions d'Energetica et ne sont pas des entités juridiques distinctes. Les sociétés régionales sont des filiales à part entière ou partielle d'Energetica. Energetica elle-même est entièrement détenue par l'État membre A du Conseil de l'Europe, et une loi spéciale régit son contrôle public. Par exemple, en vertu de cette loi spéciale, une majorité de fonctionnaires du gouvernement doit siéger à son

⁸² Idem ; Rogall K. (2006), *Commentaire de la loi sur les infractions réglementaires* [Karlsruher Kommentar zum OWiG] (3^e édition), § 30, para. 70a.

⁸³ Note : Les faits de cet exercice sont basés dans une certaine mesure sur les documents originaux de la plainte et de l'accusation concernant l'affaire Siemens mais sont modifiés et amendés à des fins didactiques. Il faut garder à l'esprit que les faits présentent l'affaire telle qu'elle a été exposée par les procureurs et ne sont ni confirmés formellement par Siemens ni une décision de justice dans tous les aspects et détails.

conseil d'administration afin de contrôler la société compte tenu de son importance publique vitale, puisqu'elle fournit plus de 95 % de l'énergie nécessaire aux ménages et aux industries du pays.

Le gazoduc dans l'État membre B

En 2002, Energetica a versé un pot-de-vin de 15 millions d'euros à plusieurs ministres des États membres A et B du Conseil de l'Europe. Ce pot-de-vin était destiné à faciliter la construction d'un gazoduc de l'État membre A à l'État membre B, qui fournirait à B et à d'autres pays européens des ressources gazières comparativement bon marché et aiderait les pays européens à diversifier leurs sources d'énergie.

La même année, Energetica a également soudoyé un arbitre de l'État membre C qui statuait dans le cadre d'une procédure d'arbitrage formelle entre Energetica et une entreprise sidérurgique sur la livraison de tuyaux à Energetica pour le pipeline. L'arbitre était un consultant privé travaillant occasionnellement comme arbitre dans des cas d'arbitrage international.

L'accusation n'a pu qu'établir que l'argent des pots-de-vin provenait de filiales d'Energetica mais n'a pu identifier aucune personne physique ayant commis l'infraction de corruption. Les ministres ayant accepté les pots-de-vin ont fait usage de leur droit de garder le silence mais ont été reconnus coupables d'avoir accepté un pot-de-vin. L'arbitre a fait partiellement usage de son droit de garder le silence et a seulement déclaré qu'Energetica aurait de toute façon gagné le procès et que cela aurait dû être évident pour Energetica à partir d'une analyse des faits et du droit. Néanmoins, l'arbitre a été reconnu coupable d'avoir accepté un pot-de-vin.

Culture d'entreprise

Le 15 avril 1999, le jour même où l'État membre A a ratifié la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, le PDG d'Energetica de l'époque "a exprimé son inquiétude face au nombre d'enquêtes criminelles et autres sur des membres de la société", notant en outre que "le conseil d'administration pouvant être tenu responsable de diverses infractions, il était important de prendre des mesures de protection".

Au milieu de l'année 2000, le service juridique d'Energetica a transmis au président du conseil de surveillance et au directeur financier un mémorandum identifiant certains comptes hors livres. Le mémorandum indiquait clairement que les comptes d'Energetica devaient être tenus "en harmonie avec les principes d'une comptabilité ordonnée. Dans le cas contraire, des sanctions sont susceptibles d'être prises en vertu du droit pénal". Cependant, les comptes hors livres ont continué à exister pendant des années.

En avril 2000, le conseil d'administration a rejeté une proposition du directeur juridique de la société visant à créer une liste de consultants commerciaux à l'échelle

de la société et un comité chargé d'examiner ces relations. Bien qu'Energetica ait publié divers principes et recommandations concernant les consultants d'affaires, Energetica n'avait pas de règles obligatoires et complètes en place à l'échelle de la société régissant le recours aux consultants d'affaires jusqu'en juin 2005.

À l'automne 2003, l'auditeur externe d'Energetica, KPMG, a identifié 4,12 millions d'euros en espèces qui avaient été apportés au Nigeria par des employés d'une division d'Energetica (COM) et a signalé les paiements pour examen. Un juriste chargé de la conformité au sein de la société a mené une enquête d'une journée sur les paiements et a rédigé un rapport indiquant que les employés de COM ont admis qu'il ne s'agissait pas d'un événement isolé et ont averti de nombreuses violations possibles de la loi. Bien que le rapport de conformité ait été examiné en novembre 2003 par le directeur financier d'Energetica de l'époque, aucune mesure disciplinaire n'a été prise, aucun autre travail d'enquête n'a été effectué et le rapport n'a pas été remis au conseil d'administration dans son ensemble ou au comité d'audit de la société, ni discuté avec eux.

Pendant cette période, Energetica a apporté certaines améliorations à son programme de conformité. Il s'agissait notamment d'un discours anti-corruption prononcé par le directeur financier de l'époque à l'intention des cadres supérieurs de l'entreprise au cours de l'été 2004 et de la création d'un bureau de conformité de l'entreprise en octobre 2004. En outre, la société a publié des politiques sur les comptes bancaires, y compris des exigences relatives à l'ouverture et à l'utilisation des comptes de la société et des autorisations concernant l'argent liquide. Cependant, ce n'est qu'un an plus tard, en juin 2005, que la société a publié des règles obligatoires régissant le recours aux consultants en affaires, par exemple, en interdisant les commissions de succès et en exigeant que les responsables de la conformité signent les accords de consultation en affaires. Bien que ces mesures semblent avoir été partiellement efficaces, les paiements irréguliers ont continué au moins jusqu'en novembre 2006.

Le Bureau de conformité de l'entreprise comprenait à la fois la défense de l'entreprise et la prévention des violations de la conformité. Jusqu'en 2007, le Corporate Compliance Office était composé d'un Chief Compliance Officer et de six avocats à plein temps. Jusqu'en 2007, il n'y avait pas de formation obligatoire sur la conformité aux réglementations internationales en matière de corruption.

Questions

Que répondriez-vous aux arguments suivants formulés par l'avocat de la défense dans un procès pénal contre Energetica dans l'État membre A ? Supposons que la législation nationale sur la corruption et la responsabilité des personnes morales corresponde à la Convention pénale sur la corruption et au Protocole du Conseil de l'Europe.

- a. Energetica est une entité publique ayant une fonction publique vitale non seulement pour A mais aussi pour les autres pays européens. Elle n'est donc pas soumise à une responsabilité pénale.
- b. Il n'existe aucune preuve d'une infraction commise par une personne physique, encore moins d'une condamnation, et il n'y a aucune individualisation de cette personne physique. Même si un employé d'Energetica avait commis des actes de corruption, il pourrait bien ne s'agir que d'un employé de bas niveau.
- c. La corruption d'un arbitre étranger (privé) ne constitue pas une infraction entraînant la responsabilité des personnes morales en vertu de la Convention.
- d. La corruption de l'arbitre n'a pas profité à la personne morale, car il était évident qu'elle aurait gagné le procès de toute façon. C'est l'acte d'un employé errant (si tant est qu'il s'agisse d'un employé d'Energetica).
- e. Le fait que l'argent remonte à Energetica n'établit pas une faute en soi.
- f. Energetica n'est pas responsable des actes accomplis par ses filiales.

6 SANCTIONS

La responsabilité pénale, administrative et civile se construit à partir d'éléments plus ou moins similaires : une infraction, une personne morale, un lien entre l'infraction et la personne morale, et une faute. Cependant, les conséquences de la responsabilité varient selon les juridictions nationales. Certains pays disposent des trois formes de sanctions - pénale, administrative et civile - alors que d'autres ne disposent que des sanctions administratives et civiles.

Les **conventions** internationales n'exigent pas nécessairement des sanctions pénales, mais permettent aux pays, à l'unisson, de choisir entre "des sanctions **pénales** ou **non pénales**, y compris des sanctions pécuniaires" ⁸⁴ ou "des amendes pénales ou non pénales et [...] d'autres sanctions".⁸⁵ Cependant, il n'est pas suffisant, selon les normes du GRECO, que la responsabilité consiste uniquement en une responsabilité **civile** délictuelle permettant aux victimes de poursuivre les personnes morales en dommages et intérêts.⁸⁶

Le Deuxième Protocole de l'UE, la Décision-cadre de l'UE et la Recommandation du Conseil de l'Europe n° R(88)18 dans son annexe, énumèrent des exemples de sanctions **non financières** telles que :

(" a) l'exclusion du bénéfice des prestations ou aides publiques ; b) l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer des activités commerciales ; c) le placement sous contrôle judiciaire ; d) la liquidation judiciaire. " ⁸⁷

Une étude comparative financée par l'UE sur la responsabilité des personnes morales dans les États membres a mis en évidence la nécessité de poursuivre les travaux :

"d'élaborer un ensemble standard clair et transparent de sanctions suggérées pour les personnes morales". ⁸⁸

Quel que soit l'ensemble des sanctions, elles doivent être "efficaces, proportionnées et dissuasives", selon les termes uniformes des conventions internationales.

Vous trouverez ci-dessous une liste des principales formes de sanctions disponibles **au niveau international**. Certains pays, comme les États-Unis, ont probablement fait usage de toute la gamme des sanctions énumérées.⁸⁹

⁸⁴ Conventions du Conseil de l'Europe, de l'OCDE et de la CNUCC, voir annexe 9.1.1.

⁸⁵ Voir l'annexe 9.1.1.

⁸⁶ Voir GRECO (2007), *Premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints. Rapport d'évaluation sur l'Ukraine*, para. 223-225, 235, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

⁸⁷ Voir ci-dessous l'annexe 9.2.3.

⁸⁸ Vermeulen G. et autres (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, p.139, recommandation 7.

⁸⁹ Voir pour plus de détails : Département américain de la justice/ Commission américaine des titres et des changes (2012), *Guide de ressources sur la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act)*, pp.86 et suivantes, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015 ; toutefois,

pour la question du registre pénal, voir GRECO (2008), *Second cycle d'évaluation. Rapport de conformité sur les États-Unis d'Amérique*, paragraphe 27, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

6.1 Financier

Le libellé de l'article 19, paragraphe 2, de la Convention pénale du Conseil de l'Europe indique déjà que les sanctions financières sont obligatoires pour les personnes morales :

" Chaque Partie veille à ce que les personnes morales [...] fassent l'objet de sanctions pénales ou non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris de sanctions monétaires. "

Le rapport explicatif de la Convention souligne encore cette interprétation :

*Le paragraphe 2 oblige les Parties contractantes à prévoir la possibilité d'imposer des sanctions pécuniaires d'un certain niveau aux personnes morales tenues pour responsables d'un délit de corruption. "*⁹⁰

6.1.1 Fine

Les amendes peuvent être de nature pénale, administrative ou même civile, puisque certaines juridictions autorisent les amendes civiles.⁹¹ Afin de se conformer aux normes internationales, dans la plupart des cas, un niveau maximal d'amendes allant jusqu'à 1 million d'euros ne semble pas suffisant, tant dans le cadre du GRECO que dans celui des normes de surveillance de l'OCDE. Toutefois, si l'amende est associée à un régime efficace de confiscation des avantages économiques, elle pourrait être suffisante.

En Allemagne, l'amende administrative standard maximale pour les personnes morales est de 1 million d'euros ; elle peut encore être augmentée pour tenir compte de l'avantage économique de l'infraction de corruption :

*" L'amende réglementaire doit dépasser le bénéfice financier que l'auteur a tiré de la commission de l'infraction réglementaire. Si le maximum légal ne suffit pas à cet effet, il peut être dépassé. "*⁹²

Ainsi, dans une affaire de corruption en 2007, une société a été condamnée à payer une amende administrative de 201 millions d'euros.⁹³ Le GRECO a considéré ce régime comme satisfaisant, avec certaines préoccupations. Le groupe de suivi de l'OCDE a toutefois recommandé de "prendre des mesures pour assurer l'efficacité de la responsabilité des personnes morales, ce qui pourrait inclure [...] une nouvelle augmentation des niveaux maximaux des sanctions monétaires".⁹⁴

⁹⁰ Commentaire 91, *Rapport explicatif*, www.conventions.coe.int, consulté le 11 juin 2015.

⁹¹ Département de la justice des États-Unis/ Commission des valeurs mobilières des États-Unis (2012), *Guide de ressources sur la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger.*, p.57 et suivantes, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015.

⁹² § 17 de la loi allemande sur les infractions réglementaires [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG] telle que modifiée en 2009, www.gesetze-im-internet.de, consulté le 11 juin 2015.

⁹³ The Guardian (16 décembre 2008), *Record US fine ends Siemens bribery scandal*, www.guardian.co.uk, consulté le 11 juin 2015.

⁹⁴ OCDE, Allemagne (2011) : *Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation révisée de 2009 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales*, Recommandation 7 : " Prendre des mesures pour assurer l'efficacité de la responsabilité des personnes morales qui pourraient inclure [...] une

La loi polonaise sur la responsabilité des personnes morales prescrit un ensemble de facteurs financiers et sociaux pour évaluer l'amende : ⁹⁵

Art. 10. Lors de la fixation de l'amende, de l'imposition des interdictions ou du prononcé du jugement en public, le tribunal tient compte en particulier du poids des irrégularités dans l'élection ou la surveillance mentionnées à l'art. 5, l'importance des avantages obtenus ou pouvant être obtenus par l'entité collective, sa situation financière et les conséquences sociales de la sanction et l'influence de la sanction sur le fonctionnement ultérieur de l'entité collective.

En même temps, l'article 7 plafonne l'amende par rapport aux revenus de l'entreprise :

"1) Une entité collective est condamnée à une amende comprise entre 1000 et 20.000.000 PLN, mais ne pouvant excéder 10% des revenus générés au cours de l'année fiscale durant laquelle l'infraction qui est à l'origine de la responsabilité de l'entité collective a été commise.

2. Les recettes visées au point 1 sont évaluées sur la base du rapport financier rédigé par l'entité collective ou sur la base de la sommation des entrées dans les livres financiers [...]. "

Le Code pénal suisse ⁹⁶résume l'évaluation d'une amende comme suit :

"Le tribunal apprécie l'amende notamment en fonction de la gravité de l'infraction, de la gravité des insuffisances organisationnelles et du préjudice causé, et en fonction de la capacité économique de l'entreprise à payer l'amende."

6.1.2 Confiscation à la personne morale

"La confiscation d'actifs" signifie généralement la perte permanente de biens pour non-respect de la loi.⁹⁷ Dans certains pays, il existe deux types de confiscation : la confiscation civile et la confiscation pénale. La confiscation civile vise à confisquer des biens utilisés ou acquis en violation de la loi ; la confiscation pénale est imposée à un malfaiteur dans le cadre de sa punition après une condamnation. Les procédures impliquées dans ces deux types de confiscation sont très différentes, mais les résultats sont les mêmes : les droits, le titre et les intérêts du bien sont transférés à l'État.

De nombreuses juridictions autorisent la confiscation de ce que l'on appelle les "biens de substitution" lorsque les biens associés au crime sous-jacent ne sont pas dans la juridiction du tribunal ou ne peuvent être trouvés autrement.

nouvelle augmentation des niveaux maximaux des sanctions pécuniaires ", www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

⁹⁵ *Loi du 28 octobre 2002 sur la responsabilité des entités collectives pour des actes interdits sous peine de sanction*, www.oecd.org (en anglais), consulté le 11 juin 2015.

⁹⁶ *Code pénal suisse RS 311.0 du 1er janvier 2013*, www.admin.ch, consulté le 11 juin 2015.

⁹⁷ La définition et les explications suivantes sont tirées de : Basel Institute of Governance (2007), *Asset Forfeiture*, <http://pustakahpi.kemlu.go.id>, consulté le 11 juin 2015.

Dans le contexte de la corruption, la confiscation vise l'avantage économique que la personne morale tire de l'acte de corruption. Cet avantage économique peut provenir d'un marché public attribué en raison d'un pot-de-vin ou, dans le cas de la corruption entre entreprises privées, d'un contrat dont les conditions favorisent l'une des entreprises qui a corrompu un employé de l'autre entreprise.

Certains pays soumettent les personnes morales aux règles générales de la confiscation pénale, administrative ou civile.⁹⁸ Dans certains pays, il existe des règles spéciales pour les personnes morales, comme c'est par exemple le cas en Pologne, article 8 de la loi sur la responsabilité des personnes morales :⁹⁹

" Art. 8. 1. Est en outre décrétée la déchéance de l'entité collective :

1) les objets provenant, même indirectement, de l'acte interdit, ou les objets utilisés ou destinés à être utilisés comme outils de perpétration de l'acte interdit ;

2) les gains financiers provenant, même indirectement, de l'acte interdit ;

3) le montant équivalent aux objets ou avantages financiers provenant, même indirectement, de l'acte interdit.

2. La confiscation spécifiée au paragraphe 1 ci-dessus ne sera pas décrétée, si l'objet, l'avantage financier ou le montant équivalent sont dus à la restitution à une autre entité habilitée. "

Parfois, la confiscation s'applique même lorsque l'auteur de l'infraction n'appartient pas au groupe de cadres supérieurs nécessaire pour déclencher la responsabilité de la personne morale.¹⁰⁰

La valeur de l'actif acquis peut être estimée. Elle est normalement calculée en valeur brute. Cela signifie que le pot-de-vin versé (et les frais connexes) n'est pas déduit de la valeur du bien acquis :

Un promoteur immobilier a obtenu un permis de construire en corrompant un agent public. Il développe le terrain et vend les bâtiments. Les tribunaux allemands ont calculé les actifs gagnés comme suit : prix de vente du terrain (après réception du permis de construire) moins les dépenses d'acquisition pour l'achat et le développement du terrain, soit un total d'environ 3 millions d'euros ; les pots-de-vin de 0,1 million d'euros n'ont pas été inclus dans les coûts d'acquisition.¹⁰¹

⁹⁸ Comme c'est le cas en Allemagne, où la règle générale de confiscation de l'article 29a OWiG s'applique également aux personnes morales (article 30, paragraphe 5 OWiG) ; loi allemande [sur les infractions réglementaires](#) [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG] telle que modifiée en 2009, [www.gesetze-im-internet.de](#), consulté le 11 juin 2015.

⁹⁹ [Loi du 28 octobre 2002 sur la responsabilité des entités collectives pour des actes interdits sous peine de sanction](#), [www.oecd.org](#) (en anglais), consulté le 11 juin 2015.

¹⁰⁰ Allemagne : La confiscation en vertu de l'article 29a de l'OWiG s'applique à tout "contrevenant" agissant pour "une autre personne [physique ou morale]", loi allemande sur [les infractions réglementaires](#) [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG] telle que modifiée en 2009, [www.gesetze-im-internet.de](#), consulté le 11 juin 2015.

¹⁰¹ Cour suprême allemande, [arrêt n° 5 StR 138/01 du 21 mars 2002](#), [www.hrr-strafrecht.de](#) (allemand), consulté le 11 juin 2015.

Lorsqu'un contrat vient d'être attribué, mais n'est pas encore exécuté, le bénéfice estimé est l'actif acquis à confisquer :

*Une entreprise de construction a soudoyé une société publique et a obtenu un contrat pour la construction d'une usine d'incinération des déchets. Un tribunal allemand a calculé l'actif acquis comme étant le bénéfice calculé du contrat. Il peut s'agir de missions de suivi pour l'entretien de l'usine à l'avenir ou de l'augmentation du goodwill de l'entreprise par l'obtention d'un contrat aussi prestigieux.*¹⁰²

6.1.3 Confiscation à un tiers

De nombreuses juridictions autorisent la confiscation à des tiers, même lorsque le délinquant échappe au contrôle du tiers et n'agit dans son intérêt que sur une base factuelle sans fondement juridique. Il n'est peut-être même pas nécessaire que le tiers soit au courant de l'acte du délinquant.

*Un consultant d'une société sous-traité - à l'insu de la société - un autre consultant qui corrompt un agent public au cours d'une procédure de passation de marché. L'entreprise se voit attribuer le marché. Même si l'entreprise a rempli toutes ses obligations de contrôle, elle reste responsable en vertu de la réglementation allemande en matière de confiscation.*¹⁰³

6.1.4 Dommages et intérêts

Les principales parties qui peuvent réclamer des dommages et intérêts à l'entreprise corruptrice pour le préjudice lié à la corruption sont les concurrents, les actionnaires et l'État. La responsabilité concurrente des sanctions pénales et administratives, d'une part, et de la responsabilité civile pour les dommages, d'autre part, est incontestable dans tous les systèmes juridiques. Certaines lois soulignent spécifiquement cette responsabilité concurrente, comme l'article 6 de la loi polonaise sur la responsabilité des personnes morales :¹⁰⁴

" Ni l'existence ni l'inexistence de la responsabilité de l'entité collective en vertu des principes énoncés dans la présente loi n'excluent la responsabilité civile pour le dommage infligé, la responsabilité administrative ou la responsabilité juridique personnelle de l'auteur de l'acte interdit. "

¹⁰² Cour suprême allemande, *arrêt n° 5 StR 119/05 du 2 décembre 2005*, www.hrr-strafrecht.de (allemand), consulté le 11 juin 2015.

¹⁰³ § 29a para. 2 de *la loi allemande sur les infractions réglementaires* [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG] telle que modifiée en 2009, www.gesetze-im-internet.de, consulté le 11 juin 2015 ; exemple de cas après la Cour suprême allemande, *arrêt n° 5 StR 119/05 du 2 décembre 2005*, www.hrr-strafrecht.de (allemand), consulté le 11 juin 2015.

¹⁰⁴ *Loi du 28 octobre 2002 sur la responsabilité des entités collectives pour des actes interdits sous peine de sanction*, www.oecd.org (anglais), consulté le 11 juin 2015.

6.2 Non-financière

En définitive, toutes les sanctions non financières ont un effet financier ou économique sur l'entreprise. C'est le cas le plus évident pour l'exclusion d'une personne morale du financement public ; mais même l'inscription d'une condamnation au registre des entreprises portera probablement atteinte à son statut économique. C'est pourquoi, dans ce manuel, les sanctions financières et non financières sont distinguées par l'existence d'un flux de trésorerie : chaque fois que la sanction n'entraîne pas de flux de trésorerie de la part de la personne morale (ou d'un tiers lié), elle est considérée comme une sanction non financière.

6.2.1 Exclusion du financement public

La privation de financement public est un exemple utilisé dans le code pénal portugais :

" Article 90.I Inéligibilité aux aides, subventions ou incitations.

La privation du droit aux subventions, aides ou incitations accordées par l'État et les autres organismes publics s'applique aux personnes morales ou assimilées pour une durée de un à cinq ans.

"

Une réglementation similaire, mais plus détaillée, existe en République tchèque :

" Section 22 Interdiction de recevoir des dotations (subventions) et des subsides.

(1) Le tribunal peut imposer une peine d'interdiction de recevoir des dotations (subventions) et des aides à une personne morale pour une durée d'un an à 20 ans, si la personne morale a commis l'acte criminel en rapport avec la soumission d'une demande ou le traitement des demandes de dotation, de subvention, de subvention financière remboursable ou de contribution ou en rapport avec leur fourniture ou leur utilisation, et/ou en rapport avec la fourniture ou l'utilisation de toute autre aide d'État.

(2) La peine d'interdiction de recevoir des dotations (subventions) et des subsides en tant que peine distincte ne peut être imposée que si le tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire, en raison de la nature et de la gravité de l'acte criminel commis, d'imposer un autre type de peine.

(3) Pendant toute la durée de l'exécution de la peine et selon la mesure définie par le tribunal, la peine d'interdiction de recevoir des dotations (subventions) et des subventions consiste en l'interdiction pour une personne morale de demander des dotations, des subventions, des subventions financières remboursables, des contributions ou toute autre aide d'État conformément à d'autres réglementations légales, ainsi que l'interdiction de recevoir de telles dotations, subventions, subventions financières remboursables, contributions ou toute autre aide d'État."

6.2.2 Disqualification des marchés publics

Il existe plusieurs façons dont une condamnation pour corruption peut exclure une personne morale des marchés publics :

- Le moyen le plus direct est une "**interdiction** totale de se porter candidat aux marchés publics" (article 9, paragraphe 1, point 4, de la loi polonaise sur la responsabilité des personnes morales¹⁰⁵).
- En Allemagne, il existe plusieurs **registres de corruption** régionaux pour les marchés publics. Les entités publiques doivent faire rapport sur les entreprises corrompues, qui sont enregistrées au niveau central. Tous les acheteurs publics sont tenus de consulter le registre avant d'attribuer des contrats dépassant une certaine valeur.¹⁰⁶
- En Lituanie, la loi sur les marchés publics exige qu'un acheteur public évalue la **fiabilité** du vendeur. Une entité juridique est considérée comme non fiable si elle, ou l'un de ses employés, a été condamnée pour des délits de corruption. Les informations sur les condamnations pour corruption sont extraites du **registre des sociétés**. Conformément à l'article 11 de la loi sur la prévention de la corruption, les condamnations d'une personne morale pour des délits de corruption sont soumises au registre des sociétés. Il en va de même lorsqu'un employé ou un représentant autorisé d'une personne morale est condamné pour corruption alors qu'il agissait en faveur ou au nom de la personne morale.¹⁰⁷

Le GRECO a indiqué que "l'exclusion des procédures d'appels d'offres publics pendant une période déterminée" peut faire partie d'une "sanction complémentaire" importante.¹⁰⁸ En outre, une étude comparative financée par l'UE sur la responsabilité des personnes morales dans les États membres a souligné la nécessité de :

*reformuler la proposition d'"exclusion du droit aux prestations ou aides publiques" de manière à inclure clairement dans son champ d'application l'exclusion de la participation à une procédure d'appel d'offres public".*¹⁰⁹

6.2.3 Annulation des décisions de passation de marchés

Dans le cadre d'un procès civil intenté par des concurrents honnêtes, les décisions de passation de marché manipulées par la corruption peuvent être contestées devant les tribunaux. En cas de succès, cela peut inclure l'annulation de la décision de passation de marché favorisant le concurrent corrompu. La directive de l'Union européenne sur les recours exige des États membres qu'ils veillent à ce que les lois sur les marchés publics prévoient des pouvoirs pour :

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Ministère du zonage de Berlin, registre de la corruption (*Korruptionsregister*), www.stadtentwicklung.berlin.de (allemand), consulté le 11 juin 2015.

¹⁰⁷ Rimkus V. (2007), *Responsibility of Legal Persons for Corruption in Lithuania*, Proceedings of the OECD/ACN-Seminar "Criminalisation Of Corruption", p.36, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

¹⁰⁸ GRECO (2008), *Premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints. Rapport d'évaluation sur la Suisse*, para. 179, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

¹⁰⁹ Vermeulen G. et autres (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, p.139, recommandation 6.

*(“ a) prendre, dans les meilleurs délais et par voie de référé, des mesures provisoires visant à corriger l’infraction alléguée ou à empêcher que les intérêts concernés ne soient davantage lésés [...] ;
(b) soit annuler ou faire annuler les décisions prises illégalement [...]”.* ¹¹⁰

6.2.4 L'exclusion des banques de développement

Les banques de développement financent des projets dans le monde entier avec des milliards de dollars de fonds. Pour de nombreuses entreprises nationales et multinationales, ces banques sont des sources substantielles d'affaires. Toutes les grandes banques multilatérales de développement, comme la Banque mondiale, excluent les entreprises corrompues des contrats financés par la Banque. La Banque dresse une liste publique des entreprises concernées :

*“Les entreprises et les individus figurant dans le tableau 1 ci-dessous ne sont pas éligibles pour l’attribution d’un contrat financé par la Banque mondiale pour les périodes indiquées parce qu’ils ont été sanctionnés en vertu de la politique de la Banque en matière de fraude et de corruption”
(extrait du site web de la Banque).* ¹¹¹

Le 9 avril 2010, le Groupe de la Banque africaine de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, le Groupe de la Banque interaméricaine de développement et le Groupe de la Banque mondiale ont conclu un accord en vertu duquel les entités exclues par une banque de développement seront sanctionnées pour la même faute par les autres banques de développement signataires. Cet accord de radiation croisée signifie que si une entreprise est radiée par une banque, elle est radiée par toutes.¹¹² Pour les entreprises multinationales, cette exclusion internationale peut représenter une menace existentielle et a donc un fort effet préventif.

Parfois, l'exclusion de l'aide internationale est également prévue par les lois nationales :

“L’entité collective peut être sanctionnée par : [...] 3) l’interdiction d’utiliser l’aide fournie par les organisations internationales dont la République de Pologne est membre”. ¹¹³

6.2.5 Perte des privilèges d'exportation

Il existe des dispositions nationales en matière d'exportation prévoyant la suspension ou la révocation des privilèges d'exportation dans le cas où une entreprise est devenue responsable de corruption :

¹¹⁰ Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l’application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (89/665/CEE), <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015.

¹¹¹ Banque mondiale, *Public Procurement*, <http://web.worldbank.org>, consulté le 11 juin 2015.

¹¹² Voir www.crossdebarment.org/, consulté le 11 juin 2015.

¹¹³ Art. 9. 1. *Loi du 28 octobre 2002 relative à la responsabilité des entités collectives pour des actes interdits sous peine de sanction*, www.oecd.org (anglais), consulté le 11 juin 2015.

Aux États-Unis, l'Arms Export Control Act (AECA), 22 U.S.C. § 2751, et l'International Traffic in Arms Regulations (ITAR), 22 C.F.R. § 120, prévoient la suspension, la révocation, la modification ou le refus d'une licence d'exportation d'armes si le demandeur a été inculpé ou condamné pour avoir violé le Foreign Corrupt Practices Act. ¹¹⁴

6.2.6 Interdiction d'activités

Certains pays prévoient une interdiction de certaines des activités commerciales habituelles des entreprises. Pour les délits de corruption, une telle sanction est possible lorsqu'une personne morale a corrompu des agents publics de manière répétée et persistante, ce qui entraîne un danger systémique pour cette société de poursuivre ses activités dans ce secteur.

"Article 9 para. 1 de la loi polonaise sur la responsabilité des personnes morales

L'entité collective peut être sanctionnée par :

1) l'interdiction de promouvoir ou de faire de la publicité pour les activités commerciales qu'elle mène, les produits qu'elle fabrique ou vend, les services qu'elle rend ou les avantages qu'elle accorde ;

[...]

5) l'interdiction d'exercer les activités professionnelles principales ou accessoires indiquées ;

[...]

2. Les interdictions énumérées au paragraphe 1.1-5 sont imposées pour toute période comprise entre 1 et 5 ans, et sont prononcées en années.

3. L'interdiction visée au paragraphe 1.5 n'est pas imposée, si elle peut entraîner la faillite ou la liquidation de l'entité collective, ou des licenciements [...]. " ¹¹⁵

6.2.7 Supervision

Le "contrôle judiciaire" est l'une des options que le deuxième protocole de l'UE et la décision-cadre de l'Union européenne énumèrent comme sanction facultative. L'¹¹⁶article 90(E) du code pénal portugais prévoit cette option :

Lorsque l'amende est inférieure à 600 jours-amende, le tribunal peut remplacer la peine par un contrôle judiciaire, par lequel il ordonne la surveillance des activités d'une personne morale par un représentant judiciaire désigné par le tribunal, qui rend compte de l'activité de cet organisme tous les six mois, ou chaque fois qu'il le juge nécessaire. Le mandataire n'a aucun pouvoir judiciaire ou

¹¹⁴ Département américain de la justice/U.S. Securities and Exchange Commission (2012), *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p.71, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015.

¹¹⁵ *Loi du 28 octobre 2002 sur la responsabilité des entités collectives pour des actes interdits sous peine de sanction*, www.oecd.org (anglais), consulté le 11 juin 2015.

¹¹⁶ Voir l'annexe 9.1.1.

de gestion dans la personne morale. Si la personne morale ne respecte pas les normes imposées par le tribunal, le contrôle est révoqué et la peine est prononcée.

La surveillance des entreprises peut également faire partie d'une négociation de plaidoyer avec les procureurs et conduire à la nomination d'un contrôleur d'entreprise **indépendant**, comme c'est le cas aux États-Unis. Un moniteur est un tiers indépendant et pas nécessairement un représentant judiciaire. Il évalue et contrôle le respect par l'entreprise des exigences de conformité d'un accord conçu pour réduire le risque de récurrence de l'entreprise. Il ¹¹⁷est également possible de permettre à l'entreprise de s'engager dans un processus d'**autocontrôle**, généralement dans les cas où l'entreprise a fait une déclaration volontaire, s'est montrée pleinement coopérative et a fait preuve d'une réelle volonté de réforme. ¹¹⁸

6.2.8 Probation et caution

La probation et la mise en liberté sous caution sont des mécanismes de répression pénale généralement associés aux personnes physiques. Toutefois, le code pénal portugais, par exemple, applique également ces mesures aux personnes morales :

" Article 90.D Caution de bonne conduite

1 Si la personne morale est condamnée à payer une amende n'excédant pas 600 jours-amende, le tribunal peut remplacer l'amende par une caution de bonne conduite comprise entre 1 000 et 1 000 000 €, pour une durée d'un à cinq ans.

2 Elle est déclarée perdue au profit de l'État si la personne morale commet une infraction similaire pendant la période de bonne conduite.

3 La caution peut être payée par un dépôt, un gage, une hypothèque, une garantie bancaire ou une caution. [...]"

6.2.9 Liquidation

La liquidation est à une personne morale ce que la peine de mort est à une personne physique. Le deuxième protocole de l'UE et la décision-cadre de l'Union européenne mentionnent la liquidation ("ordonnance de liquidation judiciaire") comme une option de sanction.¹¹⁹ Néanmoins, de nombreuses juridictions, comme par exemple l'Allemagne, ne la prévoient pas en tant que sanction, car elle a de lourdes conséquences sur le plan social, économique et du travail. D'autre part, plusieurs lois prévoient cette sanction, comme par exemple le Code pénal de Lituanie qui prévoit la "liquidation d'une entité légale" dans son article 53 :

¹¹⁷ Département américain de la justice/U.S. Securities and Exchange Commission (2012), *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, pp.71 et suivantes, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Voir l'annexe 9.1.1.

"Lorsqu'il prononce la peine de liquidation d'une personne morale, le tribunal ordonne à celle-ci de mettre fin, dans le délai qu'il fixe, à l'ensemble de son activité économique, commerciale, financière ou professionnelle et de fermer toutes ses divisions."

Cependant, il n'y a pas eu jusqu'à présent de cas où une telle sanction a été prise et les tribunaux n'imposeraient cette sanction que lorsqu'une entité juridique commet systématiquement des crimes ou sert d'écran de fumée pour des actes antisociaux.¹²⁰ Le législateur portugais a inscrit ces exigences explicites dans le code pénal (article 90.F) :

" La peine de dissolution est prononcée par le tribunal lorsque la personne morale a été créée dans le but exclusif ou prédominant de commettre des délits [...] ou lorsque la commission répétée de ces délits démontre que la personne morale est utilisée à ces fins de manière exclusive ou prédominante par une personne occupant une position dirigeante. "

En plus de la "condamnation à mort" de la liquidation, la législation portugaise offre une sorte de liquidation partielle et temporaire. L'article 90.L prévoit la fermeture temporaire d'une certaine activité ("*estabelecimento*") d'une personne morale "pour une période de trois mois à cinq ans lorsque l'infraction a été commise dans le cadre de l'activité respective." Ce n'est que si l'amende dépasse 600 jours-amendes que "le tribunal peut ordonner la fermeture définitive". L'entreprise peut être rouverte si, après cette période, "il devient raisonnable de supposer que la personne morale ne commettra pas de nouvelles infractions". Le code pénal tente d'amortir les effets sociaux de la fermeture temporaire :

" La fermeture de l'établissement n'est ni un juste motif de licenciement des travailleurs ni un motif de suspension ou de réduction du paiement de leurs salaires. "

6.2.10 Registre public

L'accessibilité publique des informations sur les entreprises qui ont été condamnées pour des délits de corruption est une caractéristique importante d'un système de sanction.

Le GRECO "recommande d'envisager des moyens permettant de suivre les informations relatives aux personnes morales condamnées pour des délits de corruption". ¹²¹

Il existe plusieurs sources où les condamnations peuvent être enregistrées :

- Registre criminel
- Registre des entreprises
- Registre des décisions de justice
- Bases de données privées

¹²⁰ Rimkus V. (2007), *Responsibility of Legal Persons for Corruption in Lithuania*, Proceedings of the OECD/ACN-Seminar "Criminalisation Of Corruption", p.32, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

¹²¹ GRECO, *Deuxième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur les États-Unis d'Amérique*, para. 191, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

Ces informations sont importantes pour les procédures de marchés publics, le financement public d'activités, et pour les partenaires commerciaux éventuels des personnes morales. Le GRECO a donc mis l'accent sur le fait que les informations doivent être placées dans un registre central :

*"Un registre central des entreprises reconnues coupables de corruption en Italie est en place depuis 2007."*¹²²

*"Un tel registre pourrait servir un objectif similaire à celui du casier judiciaire des personnes physiques".*¹²³

Lorsque les juridictions n'ont fourni qu'une combinaison de sources et que certaines de ces informations n'étaient accessibles qu'aux organismes chargés de l'application de la loi ou moyennant des frais, le GRECO a été réticent à les considérer comme suffisantes :

*["Aux États-Unis, les dossiers de condamnation des personnes morales sont accessibles au public dans la juridiction où la condamnation a eu lieu. En outre, les personnes morales qui sont également des sociétés publiques sont tenues d'inclure toute condamnation dans leurs rapports à la Securities Exchange Commission. Ces rapports sont disponibles gratuitement en ligne via le système EDGAR. En outre, il existe des bases de données commerciales contenant des informations sur les condamnations fédérales, étatiques et locales ainsi que sur les dossiers de précondamnation. L'un de ces modèles commerciaux est conçu pour fournir un accès à la base de données dans le cadre d'un abonnement qui est généralement utilisé pour de multiples projets de recherche. Un autre modèle commercial est conçu pour fournir des rapports à des demandeurs individuels contre rémunération. En outre, la communauté des forces de l'ordre aux États-Unis dispose d'une source de données non publique qui comprend des informations sur les condamnations."]*¹²⁴

¹²² GRECO (2009), *Premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints. Rapport d'évaluation sur l'Italie*, para. 184, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

¹²³ GRECO (2005), *Deuxième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur la Suède*, para. 88, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

¹²⁴ Idem. Toutefois, l'EEG n'a pas "jugé nécessaire d'approfondir la question soulevée dans cette recommandation".

6.2.11 Publication de l'arrêt

Plusieurs juridictions annoncent la publication du jugement au grand public. L'objectif d'une telle réglementation est similaire à la pratique consistant à enregistrer publiquement la condamnation pénale d'une personne physique.

*" Code pénal de Lituanie, article 43 Types de sanctions à l'égard des personnes morales, paragraphe 2 :
Ayant infligé une sanction à une personne morale, un tribunal peut également décider d'annoncer ce jugement dans les médias. "*

Au cours de l'évaluation de la Serbie, le GRECO a conclu l'adoption d'une législation introduisant une série de sanctions, dont la "publication du jugement de condamnation", conformément à l'article 19 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe.¹²⁵

6.3 Circonstances atténuantes et " regrets effectifs ".

Les actions suivantes de la part du délinquant peuvent atténuer la peine ou même le protéger de la responsabilité et des sanctions :

- Déclaration volontaire
- Conformité (" *ex ante* " et " *ex post* ")

Un exemple de combinaison des deux peut être trouvé dans un exemple américain :

Un accord de poursuites différées est un accord écrit entre les forces de l'ordre et une entreprise susceptible de coopérer.¹²⁶En mai 2011, les organismes américains chargés de l'application de la loi ont conclu leur premier accord de poursuites différées contre une entreprise pour violation de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA). Dans cette affaire, un fabricant mondial de produits de tuyauterie en acier a violé la FCPA en soudoyant des fonctionnaires du gouvernement de l'Ouzbékistan au cours d'une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de pipelines destinés au transport du pétrole et du gaz naturel. La société a réalisé près de 5 millions de dollars de bénéfices lorsqu'elle s'est vue attribuer par la suite plusieurs contrats par le gouvernement ouzbek.

L'entreprise a découvert la faute lors d'un examen mondial de ses opérations et l'a portée à l'attention du gouvernement. En plus de l'autodéclaration, l'entreprise a mené une enquête interne approfondie, a fourni une coopération complète et en temps réel avec le personnel chargé de l'application de la loi et a entrepris des mesures correctives importantes, y compris l'amélioration des procédures et de la formation en matière de lutte contre la corruption.

La loi tchèque prévoit une section entière sur le "regret effectif" :

¹²⁵ GRECO (2010), *Premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints, Addendum au rapport de conformité sur la République de Serbie*, para. 61-62, www.coe.int/greco, consulté le 11 juin 2015.

¹²⁶ Le texte suivant est cité presque littéralement à partir de : U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission (2012), *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p.76 et suivantes, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015.

“(1) La responsabilité pénale de la personne morale s’éteint, si la personne morale s’abstient volontairement de toute activité illégale et si

a) élimine le danger qui apparaissait pour un intérêt protégé par le Code pénal, ou exclut cet effet nuisible ou remédie à cet effet nuisible, ou

b) signale l’acte criminel au procureur ou à l’autorité de police au moment où le danger pour un intérêt protégé par le Code pénal peut être éliminé ou l’effet nuisible de l’acte criminel peut être évité.

(2) La responsabilité pénale d’une personne morale ne s’éteint pas conformément au paragraphe 1 si la corruption passive (article 331 du code pénal), la corruption active (article 332 du code pénal) ou le trafic d’influence (article 333 du code pénal) ont été commis.”

Il faut toutefois garder à l'esprit que le regret effectif de la seule personne physique n'aurait aucun effet sur la responsabilité de la personne morale (voir ci-dessous au point 6.1.1).

6.4 Exercice de cas 4 : contrôle du trafic à Moscou

Contexte

De 2004 à 2006, Siemens I&S et 000 Siemens, une société régionale en Russie, ont versé environ 741 419 \$ US en pots-de-vin à des fonctionnaires du gouvernement dans le cadre d'un projet financé par la Banque mondiale pour la conception et l'installation d'un système de contrôle de la circulation à Moscou d'une valeur de 27 millions de dollars US, appelé le " Moscow Third Ring Project " (le système a été installé à des coûts internes de matériel et de service de 17 millions de dollars US). Tout d'abord, Siemens a versé de l'argent à son consultant commercial qui travaillait simultanément comme consultant technique pour la Moscow Project Implementation Unit (la "MPIU"), une unité quasi-gouvernementale qui gère le projet du troisième anneau de Moscou. Le MPIU a engagé le consultant technique sur recommandation de Siemens. De 2004 à 2006, Siemens a versé environ 313 000 \$US à trois entités associées au consultant technique, dont au moins 141 419 \$US en échange d'un traitement favorable dans le processus d'appel d'offres. Le consultant technique a utilisé sa position au sein du MPIU pour créer des spécifications d'appel d'offres favorables à Siemens, pour fournir les documents d'appel d'offres à Siemens avant leur publication officielle, pour évaluer les offres du projet d'une manière qui garantissait que Siemens remporterait le contrat, et pour aider pendant la phase de mise en œuvre du projet.

Deuxièmement, Siemens s'est entendue avec un concurrent qui a accepté de gonfler son offre pour que Siemens remporte le projet. En retour, Siemens a engagé le concurrent à un taux gonflé d'environ 800 000 \$. Siemens a également engagé deux des anciens membres du consortium du concurrent pour devenir des sous-traitants de Siemens sur le projet (sous-traitant A et sous-traitant B). Siemens a versé au sous-traitant A environ 1,3 million de dollars US pour une étude de trafic fictive et environ 1,4 million de dollars US au sous-traitant B pour d'autres prétendus

services. En fait, les deux sous-traitants ont été utilisés pour acheminer au moins 600 000 \$US des 741 419 \$US décrits ci-dessus à des hauts fonctionnaires du MPN.

Questions

- a. Veuillez évaluer l'amende minimale à payer pour les infractions susmentionnées afin qu'elle perde l'avantage économique. Quel serait le désavantage économique de Siemens si elle devait payer cette amende ?
- b. Quelles sanctions choisiriez-vous en tant que législateur en général (sans tenir compte du cas ci-dessus) ?
- c. Si toutes les sanctions énumérées dans ce manuel étaient disponibles, quelles sanctions appliqueriez-vous en tant que juge dans l'affaire de Moscou et contre qui ?

6.5 Exercice de cas n° 5 : une enquête digne d'un prix ?

L'affaire Siemens 2001-2007

Reinhard S. était à moitié endormi dans son lit quand on a sonné à sa porte, tôt un matin de 2006.¹²⁷ Encore en pyjama, il a jeté un coup d'œil par la fenêtre de sa chambre, est descendu en vitesse et a ouvert la porte d'entrée. Devant lui, dans l'obscurité fraîche et vivifiante, se tenaient six policiers allemands et un procureur. Ils détiennent un mandat d'arrêt contre lui. À ce moment-là, M. S., un ancien comptable de Siemens A.G., le géant allemand de l'ingénierie, sait que sa vie secrète est terminée. "Je sais de quoi il s'agit", a dit M. S. aux agents qui se pressaient devant sa porte. "Je vous attendais." Ancien cadre de niveau intermédiaire chez Siemens, il était l'une des nombreuses personnes qui ont organisé un torrent de paiements qui ont finalement afflué vers des fonctionnaires bien placés dans le monde entier, du Vietnam au Venezuela et de l'Italie à Israël.

Après la Seconde Guerre mondiale, Siemens a eu du mal à faire face à la concurrence dans de nombreux pays occidentaux et a réagi en recherchant des opportunités commerciales dans certains pays moins développés où les pratiques commerciales corrompues étaient courantes.¹²⁸

Au cours de la période antérieure à 1999, la corruption chez Siemens était largement non réglementée. La loi allemande n'interdisait pas la corruption étrangère et autorisait les déductions fiscales pour les pots-de-vin versés dans des pays

¹²⁷ Ce paragraphe est tiré presque littéralement de : New York Times (20 décembre 2008), *At Siemens, Bribery Was Just a Line Item*, www.nytimes.com, consulté le 11 juin 2015.

¹²⁸ Note : Les faits de cet exercice sont tirés presque littéralement des documents originaux de la plainte et de l'accusation concernant l'affaire Siemens, mais sont légèrement modifiés à des fins didactiques. Il faut garder à l'esprit que les faits présentent l'affaire telle qu'elle a été exposée par les procureurs et ne sont ni confirmés formellement par Siemens ni une décision de justice dans tous les aspects et détails.

étrangers. Siemens n'était pas encore cotée à la Bourse de New York et n'était donc pas soumise à la réglementation américaine. Sans se laisser décourager par les lois étrangères interdisant les pots-de-vin, Siemens a mis en place plusieurs mécanismes de paiement, y compris l'utilisation d'espèces et de comptes hors livres, pour effectuer les paiements nécessaires à l'obtention de contrats.

Le terme "*Nützliche Aufwendungen*" ("NA") ou "dépenses utiles" était un terme de droit fiscal couramment utilisé et figurait sur les feuilles de calcul des coûts de Siemens pour désigner les paiements à des tiers, y compris les paiements illicites à des fonctionnaires étrangers. Bien qu'en règle générale Siemens exigeait deux signatures sur tous les documents importants, conformément à un contrôle interne connu sous le nom de principe des "quatre yeux", de nombreuses exceptions à la règle étaient faites pour garantir un accès rapide à l'argent liquide afin d'effectuer des paiements illicites.

Au fil du temps, Siemens a mis au point un réseau de mécanismes de paiement conçus pour faire transiter l'argent par des tiers d'une manière qui masque l'objectif et le destinataire final des fonds. Dans le cadre d'au moins un projet, les pots-de-vin versés à des fonctionnaires de haut rang ont été organisés personnellement par un membre du *Vorstand*. Le succès du système de corruption de Siemens a été maintenu par des contrôles internes laxistes sur les activités liées à la corruption et par l'acceptation de ces activités par les membres de la haute direction et les départements de conformité, d'audit interne, juridique et financier.

Entre le 12 mars 2001 et le 30 septembre 2007, Siemens a effectué des milliers de paiements distincts à des tiers, en dissimulant l'objectif et les destinataires finaux de l'argent. Au moins 4 283 de ces paiements, d'un montant total d'environ 1,4 milliard de dollars US, ont été utilisés pour corrompre des fonctionnaires en échange de contrats avec Siemens dans le monde entier. Parmi les projets pour lesquels Siemens a versé des pots-de-vin, on peut citer :

- lignes de métro au Venezuela ;
- les rames de métro et les dispositifs de signalisation en Chine ;
- centrales électriques en Israël ;
- lignes de transmission à haute tension en Chine ;
- réseaux de téléphonie mobile au Bangladesh ;
- projets de télécommunications au Nigeria ;
- les cartes d'identité nationales en Argentine ;
- les dispositifs médicaux en Chine ;
- les dispositifs médicaux au Vietnam ;
- les dispositifs médicaux en Russie ;
- les systèmes de contrôle du trafic en Russie ;

- des raffineries au Mexique ;
- les réseaux mobiles au Vietnam ; et
- la vente de centrales électriques et d'équipements à l'Irak dans le cadre du programme "Pétrole contre nourriture" des Nations unies.

Siemens a réalisé plus de 1,1 milliard de dollars de bénéfices sur ces quatorze catégories de transactions qui comprenaient 332 projets individuels ou ventes individuelles.

Pour l'enquête interne et le suivi du scandale de corruption, Siemens a payé environ 550 millions d'euros en frais de justice et d'audit.

Le prix

En octobre 2009, plusieurs employés du ministère américain de la Justice (DOJ) se sont vus décerner le prix de l'Attorney General pour service distingué pour leur performance exceptionnelle dans l'enquête et la poursuite de Siemens AG.¹²⁹ La page web "FCPA Professor" a remis en question cette récompense avec le titre et l'article suivants :

"L'action du DOJ [Department of Justice] contre Siemens en matière de FCPA était-elle digne d'un prix ? [...]"

La sanction pénale totale était de 450 millions de dollars (une amende de 448,5 millions de dollars contre Siemens et une amende de 500 000 dollars contre chacune des trois filiales).

En acceptant des amendes et des pénalités inférieures au maximum de 2,7 milliards de dollars prévu par les lignes directrices consultatives sur les peines aux États-Unis, le DOJ [...] a notamment souligné la coopération "extraordinaire" de la société dans le cadre de son enquête (et des enquêtes des organismes étrangers chargés de l'application de la loi), la portée "sans précédent" de l'enquête interne de la société, qui a porté sur pratiquement tous les aspects de ses activités mondiales, et les mesures correctives importantes que la société a prises.

Cette mise en contexte étant faite, et avant de revenir à la question ultime, est-il vraiment exact que le DOJ dise qu'il a "**découvert des** preuves de centaines de millions de dollars de paiements corrompus dans des dizaines de pays sur plusieurs décennies, et dans pratiquement chaque groupe opérationnel et région de Siemens" ?

¹²⁹ Département de la justice des États-Unis (21 octobre 2009), *Attorney General Holder Recognizes Department Employees and Others for Their Service at Annual Awards Ceremony*, <http://www.justice.gov>, consulté le 11 juin 2015.

L'utilisation du terme auto-congratulant "découvert" semble un peu déformée étant donné que le DOJ lui-même a noté que "la résolution de l'enquête criminelle américaine sur Siemens AG et ses filiales reflète, en grande partie, **les actions de Siemens AG et de son comité d'audit en divulguant des violations potentielles du FCPA** au département **après que** le bureau du procureur de Munich ait lancé des perquisitions dans plusieurs bureaux de Siemens AG et aux domiciles des employés de Siemens AG." [...]

Que le DOJ ait "découvert" la conduite de Siemens ou non n'est pas la question. La question demeure : l'action du DOJ contre Siemens en matière de FCPA méritait-elle d'être récompensée ?

La première réaction est probablement la suivante : "Bien sûr, le fait de prononcer la plus grande sanction pénale **jamais infligée** au titre du FCPA mérite un prix et c'est un bon jour pour l'application du FCPA".

Mais, est-ce que le fait d'accepter une sanction pénale de 450 millions de dollars alors que les lignes directrices consultatives sur la détermination de la peine aux États-Unis prévoient une fourchette de peines de 1,35 à 2,7 **milliards de dollars** en fonction de la conduite présumée est digne d'intérêt ? [...]. Le fait d'accepter une sanction pénale représentant environ 33 % du montant disponible en vertu des lignes directrices (au bas de l'échelle) et environ 16 % du montant disponible (au haut de l'échelle) fait-il "avancer les intérêts de la justice au nom du peuple américain" ? Si la réponse est oui, qu'est-ce que cela dit alors de la formule des lignes directrices pour le calcul des amendes pénales ?

Mais, indépendamment des lignes directrices, accepter une sanction pénale de 450 millions de dollars alors que, selon le DOJ, les paiements corrompus ou douteux de Siemens s'élevaient à 1,36 **milliard de dollars** est-il digne d'intérêt ? Le fait d'accepter une sanction pénale représentant environ 33 % du montant des paiements irréguliers ou douteux réels fait-il "avancer les intérêts de la justice au nom du peuple américain" ?

Mais, accepter une amende de 500 000 dollars sur la base d'allégations de versement de plus de 31 **millions de dollars de pots-de-vin** en échange d'un traitement commercial favorable dans le cadre d'un projet d'un milliard de dollars en Argentine, est-ce digne d'intérêt ? Le fait d'accepter une sanction pénale correspondant à environ 2 % du montant des paiements corrompus réels fait-il "avancer les intérêts de la justice au nom du peuple américain" ?

Mais accepter une amende de 500 000 dollars sur la base d'allégations de paiements illicites de plus de 18 **millions de dollars** en échange d'un traitement commercial favorable dans le cadre de deux grands projets métropolitains de transport en commun au Venezuela est-il digne d'un prix ? Le fait d'accepter une sanction pénale

correspondant à environ 3 % du montant des paiements corrompus réels fait-il "avancer les intérêts de la justice au nom du peuple américain" ?

Mais accepter une amende de 500 000 dollars sur la base d'allégations de versement de plus de 5 **millions de dollars de** pots-de-vin en échange d'un traitement favorable lors de la procédure d'appel d'offres pour un projet de téléphonie mobile au Bangladesh, est-ce digne d'un prix ? Accepter une sanction pénale correspondant à environ 10 % du montant des paiements corrompus réels, est-ce "faire avancer les intérêts de la justice au nom du peuple américain" ?

Qu'en pensez-vous ?

7 ASPECTS PROCEDURAUX

7.1 Double incrimination ("*Ne bis in idem*")

L'expression latine "*ne bis in idem*" se traduit littéralement par "pas deux fois dans la même [matière]". Cette doctrine juridique interdit d'intenter deux fois une action en justice pour la même cause. Elle est valable tant dans les litiges civils que pénaux, mais en termes de droits de l'homme, son application dans les procédures pénales est beaucoup plus importante.

Dans les juridictions de common law, le principe du *ne bis in idem* est connu sous le nom de "double incrimination". Il est notamment consacré par l'article 4 "Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois" du Protocole 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950.¹³⁰

Dans le domaine des personnes morales, les problèmes de double incrimination pourraient être invoqués dans les trois groupes suivants :

- Les personnes physiques et morales sont punies pour la même corruption ;
- La personne morale est passible de sanctions administratives et pénales ;
- Au sein d'une même entité commerciale (par exemple le groupe Siemens), différentes personnes morales (par exemple la holding et la filiale locale) sont sanctionnées pour la même corruption.

7.1.1 Personne physique et morale

Comme indiqué ci-dessus (5.3.4), la responsabilité de la personne physique et de la personne morale impliquées dans une infraction de corruption est indépendante l'une de l'autre. Ceci ne viole pas le principe du *ne bis in idem*. Les deux sujets sont des entités différentes et ont contribué à l'infraction de manière différente : la personne physique a commis une faute personnelle, tandis que la personne morale n'a pas empêché la personne physique de commettre l'infraction.

Par conséquent, en tant que principe général applicable non seulement en Europe, la¹³¹ responsabilité des personnes morales n'exclut pas la responsabilité des personnes physiques, et vice versa. De nombreux pays incluent ce principe explicitement dans leur législation, comme l'article 20 para. 4 du Code pénal de Lituanie :

*" La responsabilité pénale d'une personne morale n'exonère pas de sa responsabilité pénale la personne physique qui a commis, organisé, incité ou aidé à la commission de l'acte criminel. "*¹³²

¹³⁰ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/117.htm>.

¹³¹ Voir l'art. 18 para. 3 de la Convention du Conseil de l'Europe et l'art. 26 para. 3 CNUCC.

¹³² Lituanie, *Code pénal*, <https://ec.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015.

Cependant, les tribunaux ont parfois trouvé qu'il n'était pas si facile dans la pratique d'évaluer la relation correcte entre les personnes physiques et morales dans une infraction, les considérant comme un seul et même auteur de la même infraction, ou comme des complices :

*En Estonie, "certains tribunaux de première instance ont été d'avis que le principe ne bis in idem exclut la responsabilité de la personne physique si la personne morale a déjà été condamnée. Certains tribunaux ont insisté pour que l'acte de la personne physique et l'acte de la personne morale soient évalués comme une complicité. La Cour suprême a jugé que, puisque la responsabilité d'une personne morale est une responsabilité dérivée, les deux personnes distinctes ont deux responsabilités distinctes pour le même acte et que le principe ne bis in idem et les règles de complicité ne s'appliquent pas. Même dans le cas d'une société à actionnaire unique, où l'actionnaire unique est le seul responsable et le seul membre de l'organe de la société, la cour a décidé que la personne physique (l'actionnaire) et la personne morale devaient être tenues responsables. "*¹³³

Les tribunaux allemands ont adopté une position similaire à celle de la Cour suprême estonienne. Selon les décisions des cours d'appel, deux procédures différentes contre une personne morale et contre ses représentants ne violent pas le principe *ne bis in idem*.¹³⁴ La procédure à l'encontre de la personne physique peut suivre la procédure à l'encontre de la personne morale. Toutefois, pour déterminer la sanction à l'encontre de la personne physique, il faut tenir compte du fait que la personne physique (par exemple, en tant qu'actionnaire) a déjà subi une perte économique du fait de la sanction à l'encontre de la personne morale.¹³⁵

L'indépendance de la responsabilité de la personne physique par rapport à celle de la personne morale signifie également que la personne morale serait toujours responsable si la personne physique, pour une raison quelconque - comme un regret effectif - était exemptée de toute sanction. L'exclusion automatique des poursuites contre une personne morale dans un tel cas porterait atteinte à l'efficacité de la responsabilité des entreprises et ne serait pas conforme aux normes internationales.¹³⁶

7.1.2 Sanctions administratives et pénales

Parfois, les sanctions administratives et pénales s'appliquent concurremment. Si les deux sanctions portent sur des fautes différentes, elles peuvent toutes deux s'appliquer sans violer le principe *ne bis in idem*. C'est le cas en Allemagne où les deux sanctions s'appliquent à des fautes différentes : la responsabilité pénale concerne les personnes physiques, tandis que la responsabilité administrative concerne les personnes morales. En Espagne, par

¹³³ Ginter J., *Criminal Liability of Legal Persons in Estonia*, Juridical International XVI/2009, 151 (155), <http://www.juridicainternational.eu>, consulté le 11 juin 2015, citant la décision de la Chambre de droit civil de la Cour suprême (CLCSCd) 3-1-1-7-04.

¹³⁴ Cour d'appel de Hamm, décision 5 Ss OWi 19/73 du 27 avril 1973 (non disponible en ligne).

¹³⁵ Cour d'appel de Francfort-sur-le-Main, *décision n° 1 Ss 63/11 du 25 janvier 2012*, <http://openjur.de>, consulté le 11 juin 2015.

¹³⁶ OCDE (2011), *Bulgarie, Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.14, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

contre, les sanctions pénales et administratives sont des niveaux différents pour le même tort. Par conséquent, la sanction pénale prévaut sur la sanction administrative.¹³⁷

7.1.3 Une seule entreprise - des entités différentes

Les structures d'entreprise nationales et internationales rassemblent souvent différentes entités juridiques au sein d'une même entité commerciale. Souvent, toutes les entités juridiques sont structurées en plusieurs couches sous le parapluie d'une société holding. Plusieurs entités juridiques peuvent-elles être tenues pour responsables d'une infraction de corruption commise au sein de cette entité commerciale ? Ou bien, cela équivaudrait-il à une double peine ? Il existe peu de jurisprudence, voire aucune, pour répondre à cette question. L'une des raisons de cette rareté des orientations dogmatiques est que les procédures contre les grandes structures de holding se terminent le plus souvent par une transaction, plutôt que par un jugement.

Malgré l'absence de jurisprudence, il existe deux perspectives principales :

- Entité commerciale : il y aurait double peine si plus d'une personne morale de cette entreprise était tenue responsable.
- Entités distinctes : chaque entité a sa propre responsabilité et donc, comme les complices, chacune d'entre elles peut être responsable si elles sont toutes deux impliquées dans la même infraction.

Une solution intermédiaire entre ces deux positions extrêmes consisterait à exiger l'existence d'une faute distincte et particulière dans chacune des entités juridiques pour pouvoir les poursuivre séparément. Ainsi, si le même défaut d'organisation concerne l'ensemble de l'entreprise, le *principe ne bis in idem* interdirait de poursuivre plus d'une entité juridique au sein de l'entreprise.

7.2 Garanties procédurales

La garantie procédurale la plus importante pour les personnes morales au cours d'un procès pénal ou administratif quasi-criminel serait, comme pour une personne physique, le droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer. C'est ce qu'a jugé la Cour européenne de justice :

"En général, les législations des États membres n'accordent le droit de ne pas témoigner contre soi-même qu'à une personne physique accusée d'une infraction dans une procédure pénale." Cependant, la Cour a considéré que "la nécessité de sauvegarder les droits de la défense [...] est un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire". Ainsi, l'État ne doit " pas contraindre une

¹³⁷ Vermeulen G. et autres (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, p.37.

entreprise à lui fournir des réponses qui pourraient impliquer l'aveu de sa part de l'existence d'une infraction qu'il incombe à la Commission de prouver. " ¹³⁸

La décision ne s'applique qu'à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Il appartient toujours aux États membres de décider s'ils veulent accorder un droit de garder le silence. La Cour constitutionnelle allemande a refusé qu'un tel droit fasse partie du cadre constitutionnel :

La protection contre l'auto-incrimination est dans l'intérêt de la dignité humaine. L'obligation de s'auto-incriminer conduirait un individu à un dilemme personnel insupportable. Les personnes morales ne seraient pas en mesure de faire l'expérience d'un tel dilemme. ¹³⁹

En revanche, les lois autrichienne ¹⁴⁰et polonaise consacrent le droit de garder le silence :

"Le tribunal peut interroger le représentant de l'entité collective en qualité de témoin. La personne peut refuser de donner des explications." ¹⁴¹

7.3 Tactiques de procès : personnes physiques et morales

Les personnes physiques et morales doivent-elles être jugées l'une après l'autre, et si oui, laquelle en premier ? Ou, au contraire, doivent-elles être jugées dans le cadre d'une même procédure ?

La plupart des lois nationales laissent cette question à la discrétion des procureurs et aux règles générales de procédure. Selon le code pénal modèle, élaboré par plusieurs organisations internationales, une personne morale et une personne physique "peuvent être inculpées conjointement dans un seul acte d'accusation".¹⁴²loi tchèque, par exemple, fait de la procédure conjointe la règle, mais prévoit des exceptions :

"La personne morale accusée et la personne physique accusée sont jugées conjointement si leurs crimes sont liés, à moins qu'il n'y ait des raisons importantes." ¹⁴³

Il sera souvent favorable d'avoir des procès séparés, l'action initiale étant engagée contre la personne morale. Les personnes morales auront tendance à coopérer à la procédure afin

¹³⁸ Cour européenne de justice, *Orkem contre Commission des Communautés européennes, affaire 374/87, arrêt du 18 octobre 1989*, <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015.

¹³⁹ Cour constitutionnelle allemande, *décision n° 1 BvR 2172/96 du 26 février 1997*, www.servat.unibe.ch (allemand), consulté le 11 juin 2015.

¹⁴⁰ § 17 Loi fédérale sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales de 2005 [*Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz - VbVG)*], www.internet4jurists.at, consulté le 11 juin 2015.

¹⁴¹ Article 21a al. 1 *Loi du 28 octobre 2002 sur la responsabilité des entités collectives pour des actes interdits sous peine de sanction*, www.oecd.org (anglais), consulté le 11 juin 2015.

¹⁴² ICHR/OHCHR/UNODC (2007), *Code pénal modèle*, www.usip.org, consulté le 11 juin 2015.

¹⁴³ § 31 para. 1 *Loi n° 418/2011 sur la responsabilité pénale des personnes morales et les procédures à leur encontre [ZÁKON ze dne 27. října 2011o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim]*, <http://portal.gov.cz> (tchèque), consulté le 11 juin 2015.

d'obtenir une sentence plus clémente. Cela permettra de recueillir des preuves complètes et facilitera la constitution d'un dossier contre les personnes physiques.

7.4 Compétence internationale

7.4.1 Procès pénal et administratif

Dans les transactions transfrontalières, les questions suivantes se posent :

- Une personne morale peut-elle être tenue pénalement responsable dans le pays où le pot-de-vin a été versé ?
- Une personne morale peut-elle être tenue pénalement responsable dans son pays de résidence pour des actes commis à l'étranger ?

Alors qu'il est possible de répondre simplement par l'affirmative à la première question, compte tenu de la discussion qui a déjà été exposée ci-dessus, la réponse à la deuxième question est un peu plus complexe.

Territorialité

En vertu d'un principe universel de compétence internationale, les États sont compétents en matière pénale et administrative pour les infractions commises sur leur territoire. Si un représentant d'une personne morale du pays A corrompt un fonctionnaire du pays B, les infractions pénales et administratives du pays B s'appliquent. La Convention des Nations unies contre la corruption (article 42, paragraphe 1, point a), l'OCDE (article 4, paragraphe 1) et la Convention pénale du Conseil de l'Europe (article 17, paragraphe 1, point a) appliquent également le principe de territorialité.

Les réglementations spéciales sur la compétence internationale en cas de responsabilité juridique ne sont pas courantes, mais certaines lois clarifient cette question, comme celle de la République tchèque :

"Section 2

(1) La responsabilité de la sanction d'un acte commis sur le territoire de la République tchèque par une personne morale dont le siège social se trouve en République tchèque ou dont l'établissement ou la succursale se trouve sur le territoire de la République tchèque ou qui, au moins, y exerce ses activités ou y possède des biens, est toujours considérée comme relevant du droit de la République tchèque.

(2) Un acte criminel est considéré comme ayant été commis sur le territoire de la République tchèque, si une personne morale a agi :

a) entièrement ou partiellement sur le territoire de la République tchèque, même si la violation ou la menace d'un intérêt protégé par le Code pénal a résulté ou devait résulter entièrement ou partiellement à l'étranger ; ou

b) à l'étranger, si la violation ou la menace d'un intérêt protégé par le Code pénal a eu lieu ou devait avoir lieu, même partiellement, sur le territoire de la République tchèque.

(3) En ce qui concerne la complicité/participation, l'article 4, alinéas 3 et 4 du code pénal s'applique également.

Section 3

La responsabilité de la sanction d'un acte commis à l'étranger par une personne morale ayant son siège en République tchèque est également examinée en vertu du droit de la République tchèque. " 144

Nationalité

La Convention des Nations Unies contre la corruption, la Convention de l'OCDE et la Convention pénale du Conseil de l'Europe prévoient toutes la compétence dans les cas de "nationalité active", par exemple lorsqu'un ressortissant a commis une infraction (article 42, paragraphe 2 b, article 4, paragraphe 2, article 17, paragraphe 1 b). La question décisive dans ce contexte est de savoir si la compétence dépend de la nationalité de la personne physique représentant la personne morale, ou de la nationalité de la personne morale elle-même.

Les rapports d'évaluation du GRECO ne fournissent pas d'analyse ou de recommandations sur cette question. Dans la plupart des Etats, il y a souvent peu d'expérience pratique, sans parler de la jurisprudence.¹⁴⁵ Cependant, étant donné que les Conventions exigent la responsabilité des personnes morales, il semble logique de traiter les personnes morales de manière analogue aux personnes physiques pour les questions de compétence. Ainsi, toute infraction commise par un représentant est considérée comme une infraction commise par la personne morale. Par conséquent, une infraction commise par un employé d'une société enregistrée en Allemagne est une infraction commise par un ressortissant allemand, quelle que soit la nationalité de l'employé. Plusieurs lois nationales suivent cette approche, par exemple les Pays-Bas :

"Il n'existe pas de jurisprudence indiquant si la compétence en matière de nationalité peut être établie sur des personnes morales. Toutefois, les autorités néerlandaises sont d'avis qu'une personne morale peut avoir une nationalité et qu'une personne morale constituée en vertu du droit néerlandais aurait la nationalité néerlandaise. En outre, la littérature académique indique qu'une personne morale peut être soumise à la juridiction de la nationalité en vertu de l'article 5 du Code pénal." 146

Les États-Unis ont clairement indiqué, par un amendement au FCPA en 1998, que le principe de nationalité s'applique aux entreprises américaines :

["La Convention de l'OCDE invite les parties à affirmer la compétence en matière de nationalité lorsqu'elle est compatible avec les principes juridiques et constitutionnels nationaux. En conséquence, la loi modifie le FCPA afin de prévoir la compétence sur les actes des entreprises et des ressortissants américains en faveur de paiements illicites qui ont lieu entièrement en dehors des États-Unis. Cet exercice de la compétence sur les entreprises et les ressortissants américains pour

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Pieth et autres (2007), *Convention de l'OCDE sur la corruption : Un commentaire*, Art. 4 n° 3.4.

¹⁴⁶ OCDE (2001), *Pays-Bas, Rapport de phase 1 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.219, www.oecd.org, consulté le 11 juin 2015.

des comportements illicites à l'étranger est conforme aux principes juridiques et constitutionnels des États-Unis et est essentiel pour protéger les intérêts américains à l'étranger." ¹⁴⁷

Résidence

Certains pays étendent la notion de "nationalité" à la résidence.¹⁴⁸ Par exemple :

Un employé d'une société enregistrée aux Pays-Bas (à des fins fiscales) corrompt un fonctionnaire en Hongrie. En fait, les bureaux et les directeurs de la société ont toujours été situés à Prague. En vertu du principe de la nationalité (étendue à la résidence), les tribunaux tchèques seraient compétents pour connaître de la responsabilité pénale de la société, en plus des tribunaux allemands (en vertu du principe de la simple nationalité). Il en irait de même si la société n'avait que des biens situés à Prague. ¹⁴⁹

¹⁴⁷ Sénat des États-Unis (30 juillet 2008), *Senate Report* No. 105-277 at 2, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015.

¹⁴⁸ Pieth et autres, supra, art. 4 n° 3.4.

¹⁴⁹ Voir ci-dessus à la note de bas de page 144.

Juridiction de protection

La Convention des Nations Unies contre la corruption applique également la juridiction protectrice aux actes qui affectent le souverain lui-même sans tenir compte du lieu ou de la personne qui commet l'acte. ¹⁵⁰

Autres formes

Certains pays ont introduit d'autres formes de responsabilité des entreprises dans leur juridiction. Par exemple, le FCPA américain engage la responsabilité non seulement des entreprises enregistrées aux États-Unis, mais aussi des entreprises (étrangères) cotées sur une bourse nationale des valeurs mobilières aux États-Unis. ¹⁵¹

Conventions

Les conventions internationales ne traitent pas spécifiquement de la question de la compétence à établir en ce qui concerne la responsabilité des personnes morales, mais le font en ce qui concerne les infractions de corruption en général.

Facteurs externes

Lorsqu'elles déterminent la compétence, les autorités nationales peuvent prendre en compte certains facteurs plutôt politiques. En ce qui concerne cette question, l'art. 5 de la Convention de l'OCDE stipule

"Les enquêtes et les poursuites concernant la corruption d'un agent public étranger sont soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie. Elles ne sont pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, par l'effet potentiel sur les relations avec un autre État ou par l'identité des personnes physiques ou morales impliquées. "

7.4.2 Litiges privés

Les concurrents peuvent subir un préjudice du fait de sociétés corrompues qui jouent un mauvais tour aux procédures de passation de marchés. La juridiction dans de tels cas suit ces principes :

- En général, une procédure ne peut être engagée que devant les tribunaux du défendeur (*actor sequitur forum rei*). Pour les personnes morales, il s'agit des tribunaux du pays d'enregistrement.
- Les délits de corruption constituant régulièrement un délit, la juridiction du *forum delicti* s'applique, c'est-à-dire que les tribunaux du pays où la corruption a eu lieu sont compétents.

7.5 Coopération juridique internationale

¹⁵⁰ Murphy S. (2006), *Principles of International Law*, p. 245.

¹⁵¹ Voir pour plus de détails : Département américain de la justice/U.S. Securities and Exchange Commission (2012), *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, pp.57 et suivantes, www.justice.gov, consulté le 11 juin 2015.

La coopération juridique internationale est une question importante pour traiter de la responsabilité potentielle ou déjà déterminée des personnes morales pour les raisons suivantes :

- Les Etats (doivent-ils) se notifier mutuellement si une personne morale d'un Etat a commis une infraction de corruption dans un autre Etat ?
- Un État sans responsabilité pénale pour les personnes morales serait-il (obligé de) fournir une assistance juridique mutuelle à un État étranger concernant une de ses personnes morales nationales ?
- Un État sans responsabilité pénale pour les personnes morales serait-il (obligé de) faire exécuter une condamnation étrangère contre une de ses personnes morales nationales ?

L'article 25 para. 1 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption soutient généralement une réponse favorable aux questions ci-dessus :

" Les Parties coopèrent entre elles, conformément aux dispositions des instruments internationaux pertinents relatifs à la coopération internationale en matière pénale, ou des arrangements convenus sur la base d'une législation uniforme ou réciproque, et conformément à leur droit interne, dans la mesure la plus large possible aux fins des enquêtes et des procédures concernant les infractions pénales établies conformément à la présente Convention. "

En outre, les articles 26 à 31 de la Convention facilitent l'échange d'informations et l'entraide judiciaire. Même si le Rapport explicatif de la Convention n'aborde pas ce point, ces articles couvrent également les personnes morales, car les articles ne contiennent aucune indication contraire.

Cependant, sur la question de l'exécution des condamnations, les conventions du Conseil de l'Europe sur la coopération internationale restent plutôt axées sur les personnes physiques, comme la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées.¹⁵²

Les instruments de l'Union européenne relatifs à la coopération juridique internationale abordent les spécificités des personnes morales de manière plus détaillée et incluent explicitement les condamnations des personnes morales dans leur champ d'application :

- Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires.¹⁵³
- Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation.¹⁵⁴

Toutefois, une récente étude comparative financée par l'UE sur la responsabilité des personnes morales dans les États membres aboutit à la recommandation suivante :

¹⁵² du 21 mars 1983, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/112.htm>, consulté le 11 juin 2015.

¹⁵³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32005F0214>, consulté le 11 juin 2015.

¹⁵⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006F0783>, consulté le 11 juin 2015.

"Recommandation 11 - Étendre l'instrumentarium de reconnaissance mutuelle

L'instrumentarium actuel, qui régit la reconnaissance mutuelle des condamnations et leur exécution transfrontalière, est largement axé sur les sanctions habituellement infligées aux personnes physiques. Une politique globale et cohérente en matière de responsabilité des personnes morales devrait contenir des instruments réglementant la reconnaissance mutuelle des sanctions généralement imposées aux personnes morales." ¹⁵⁵

Cette recommandation est certainement vraie au-delà de l'Union européenne et pour tous les États membres du Conseil de l'Europe également.

En tant que condition préalable à la coopération internationale, il convient également de noter les deux autres recommandations suivantes :

" Recommandation 13 - Introduire l'obligation de tenir des registres

L'analyse a révélé que tous les États membres ne conservent pas de dossiers (complets et exhaustifs) concernant la responsabilité des personnes morales pour infraction. En vue d'étendre l'échange d'informations sur la responsabilité des personnes morales en cas d'infraction dans l'UE, la première étape consisterait à introduire une obligation de conserver des registres afin de pouvoir fournir des informations sur demande.

Recommandation 14 - Introduire des obligations d'échange et de stockage

Par analogie avec les obligations d'échange et de conservation qui ont été introduites en ce qui concerne le casier judiciaire des personnes physiques, des obligations similaires d'échange et de conservation devraient être introduites en ce qui concerne la responsabilité (pénale ou autre) des personnes morales pour les infractions. Cela faciliterait considérablement la prise en compte des condamnations antérieures au cours des procédures pénales ou non pénales. " ¹⁵⁶

7.6 Exercice de cas 6 : Offshore Limited

"Offshore Limited" est enregistrée au registre du commerce roumain de Bucarest. Ses bureaux sont situés à Amsterdam. C'est également là que sont prises toutes les décisions de gestion. Offshore Limited est propriétaire à 100% de Venture B.V., une société enregistrée aux Pays-Bas, qui partage les mêmes bureaux qu'Offshore Limited à Amsterdam. Venture B.V. est une société unipersonnelle composée d'un administrateur, et coordonne toutes ses décisions commerciales pour approbation par Offshore Limited. La directrice de Venture B.V., Mme Smith, se fait prendre à corrompre un ministre hongrois afin d'obtenir pour Venture B.V. un contrat pour la construction d'une nouvelle autoroute jusqu'à la frontière autrichienne.

Mme Smith (ressortissante britannique) est jugée à Londres pour corruption à l'étranger et condamnée à une amende de 50 000 €. Venture B.V. est jugée en tant

¹⁵⁵ Vermeulen G. et autres (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, p.141.

¹⁵⁶ Idem.

que personne morale devant un tribunal pénal hongrois pour corruption et condamnée à une interdiction de passer des marchés publics pendant 10 ans et à une période de probation de 2 ans en attendant sa liquidation.

Les procureurs roumains attendaient depuis longtemps l'occasion de faire justice contre Offshore Limited, notoirement connue pour ses activités de corruption. Ils engagent une action pénale contre Offshore Limited devant un tribunal de Bucarest et demandent une amende reflétant l'importance de l'avantage économique qu'Offshore Limited aurait tiré (indirectement) du contrat. Les procureurs ont convoqué tous les administrateurs d'Offshore Limited en tant que témoins au procès afin qu'ils fournissent des informations sur ce qu'ils savaient à l'avance du pot-de-vin versé par Venture B.V.

L'avocat de la défense d'Offshore Limited dépose une motion auprès du tribunal en soulevant les objections suivantes :

- a. Le tribunal de Bucarest n'a pas de compétence internationale dans cette affaire : l'acte de corruption a été commis par un citoyen britannique en dehors de la Roumanie, donc l'art. 309 du code pénal ne s'applique pas.
- b. L'amende infligée à Offshore Limited signifierait une double peine puisque le délit a déjà été jugé en Angleterre et en Hongrie.
- c. En vertu de la jurisprudence de la Cour européenne de justice, les administrateurs auraient le droit de garder le silence et ne pourraient pas être cités comme témoins.

Quelle serait votre réponse, en tant que procureur, aux objections ci-dessus ?

Extraits du Code pénal de la Roumanie :

Art. 10

(1) Le droit pénal s'applique aux infractions commises sur le territoire roumain.

Art. 11

Le droit pénal s'applique aux infractions commises en dehors des frontières roumaines, par un citoyen roumain ou par une personne sans nationalité qui réside en Roumanie, si l'acte est également considéré comme une infraction par le droit pénal du pays où il est commis.

Art. 12

(1) La loi pénale s'applique aux infractions commises hors du territoire roumain par un citoyen étranger ou par une personne sans citoyenneté qui réside en Roumanie, contre la sécurité nationale ou la sécurité de l'Etat roumain, contre un citoyen roumain ou contre une personne morale roumaine, si la loi roumaine prévoit la peine de détention à vie ou de détention sévère. [...]

Art. 45 –

(1) Une personne morale, à l'exception de l'Etat, des autorités publiques et des institutions publiques, est pénalement responsable, dans les cas prévus par la loi, des infractions commises au nom ou dans l'intérêt de la personne morale, par ses organes ou ses représentants.

(2) La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont participé à la commission de ce même acte.

Art. 154

(1) Est citoyen roumain toute personne qui, à la date de la commission de l'infraction, avait acquis la nationalité roumaine.

(2) Un citoyen étranger est une personne qui, à la date de la commission de l'infraction, n'avait pas acquis la citoyenneté roumaine ou n'avait aucune citoyenneté, qu'elle soit domiciliée en Roumanie ou à l'étranger.

Art. 309

(1) Le fait de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, de l'argent ou d'autres avantages à un fonctionnaire ou à un employé, pour lui-même ou pour autrui, afin d'accomplir, de ne pas accomplir ou de retarder l'accomplissement d'un acte en rapport avec ses devoirs de service ou afin d'accomplir un acte contraire à ces devoirs, est puni d'un emprisonnement strict de 1 à 5 ans. [...]

Art. 313

Les personnes morales sont sanctionnées pour les infractions prévues aux Art. 309 et Art. 312.

7.7 Exercice de cas 7 : Transactions à l'étranger

- 1) Un responsable des marchandises basé en Roumanie est invité par un partenaire commercial potentiel de Pologne à visiter une unité de production à Varsovie, dans l'intention de créer une entreprise commune. Pendant son séjour en Pologne, le responsable des marchandises est convié à des événements somptueux et est logé dans un hôtel cinq étoiles. Le partenaire commercial potentiel l'emmène également dans une série de voyages non professionnels dans la région. Il lui est clairement indiqué que s'il recommande la coentreprise proposée à son entreprise, il peut s'attendre à ce que cette grande hospitalité se répète régulièrement.

S'il accepte l'offre, le responsable roumain des marchandises enfreint-il la loi ? Si oui, dans quelle juridiction ?

- 2) Le directeur d'une entreprise de production automobile basée au Royaume-Uni effectue un paiement à un agent municipal en République slovaque afin d'obtenir un permis de construire pour la construction d'une nouvelle usine de fabrication qui n'aurait pas été accordé autrement. Par cette démarche, le directeur espère améliorer les bénéfices économiques de son entreprise en utilisant une main-d'œuvre moins chère et en offrant des opportunités au public slovaque. Pour dissimuler le pot-de-vin, le paiement transite par le compte bancaire américain du fonctionnaire slovaque.

Dans quelles juridictions et pour quels délits le manager et la société seront-ils responsables de ses actes ?

- 3) Une société pharmaceutique américaine possède une filiale en République tchèque qui a toujours eu des difficultés à obtenir des permis et des autorisations gouvernementales pour la distribution à grande échelle de ses produits en Bulgarie.

La filiale est alors approchée par un cabinet de conseil bulgare qui a une bonne influence et des contacts dans diverses agences d'État et propose ses services - de corruption - contre une commission de 15 % sur les ventes de médicaments en Bulgarie.

Quelles parties seront tenues responsables de l'acte répréhensible présumé et pourquoi ?

7.8 Enquêtes internes et externes

Lorsqu'une allégation de corruption est soulevée en interne, la personne morale dispose des options suivantes :

- **Ne pas réagir** du tout et espérer que le soupçon n'attirera pas davantage l'attention en interne et ne sera pas divulgué aux autorités chargées de faire respecter la loi ;
- Menez une **enquête interne afin** de découvrir ce qui s'est passé et de prendre des décisions en toute connaissance de cause. Si l'enquête confirme tout soupçon, la divulgation volontaire aux autorités chargées de l'application de la loi et la coopération sont la seule option pour une entreprise qui souhaite plaider pour une peine moins lourde.

Si les procureurs ont connaissance d'un soupçon de corruption, ils ont essentiellement les deux options suivantes :

- Mener leur propre enquête **sans le soutien** d'une enquête interne de la personne morale ;
- Chercher à **coopérer** avec la personne morale qui mène une enquête interne.

L'étude de cas suivante, concernant Siemens, montre que les procureurs **dépendent** en fait de la coopération avec la personne morale, sauf si l'entreprise est petite et n'a pas de structure complexe.

7.8.1 Étude de cas

Le communiqué de presse de Siemens du 25 décembre 2008 montre comment la société a entamé une enquête interne à grande échelle en réaction aux allégations de corruption :

"Il y a un peu plus de deux ans, en novembre 2006, les bureaux de Siemens Aktiengesellschaft ont été perquisitionnés par le procureur de Munich, à la suite d'allégations selon lesquelles la société aurait effectué des paiements corrompus. Peu de temps après la perquisition du procureur de Munich, le 29 novembre 2006, le président du comité d'audit de Siemens AG a rapidement convoqué une réunion à Düsseldorf avec le président du conseil de surveillance, le directeur financier de la société, son directeur de la conformité, son directeur des finances et des impôts et deux auditeurs externes de la société, de KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Siemens avait besoin de connaître la vérité sur les allégations de corruption. Lors de cette réunion, tous les participants ont reconnu qu'une enquête interne serait nécessaire.

Dès le départ, il était également clair que l'enquête interne de Siemens se déroulerait en même temps que le procureur de Munich menait une enquête criminelle, et que le ministère de la Justice des États-Unis ("DOJ") et la Securities and Exchange Commission ("SEC") commenceraient probablement leurs propres enquêtes, sans compter les procédures en cours contre la Société dans d'autres juridictions, comme le Liechtenstein, l'Autriche et la Suisse. La Société a décidé de coopérer pleinement avec les autorités chargées de l'enquête. [...]

Une enquête interne implique généralement que les enquêteurs passent au peigne fin des documents, examinent les dossiers financiers et comptables, interrogent des témoins et tentent de rassembler des informations fragmentaires jusqu'à ce que, tel un puzzle, les pièces se mettent en place et que l'image devienne raisonnablement claire.

À ces égards, l'enquête sur Siemens n'était pas différente de la plupart des autres enquêtes sur les entreprises. Cependant, la taille et la complexité de Siemens ont présenté des défis uniques. Au cours de l'exercice 2006, le chiffre d'affaires de Siemens a dépassé 87 milliards d'euros. La société employait quelque 475 000 personnes et exerçait ses activités dans 190 pays. Les produits et services de la société vont de la conception et de la construction de centrales électriques et de trains parmi les plus sophistiqués au monde à la fabrication et à la vente d'ampoules électriques. [...]

L'enquête a porté sur les points suivants :

- 1 750 entretiens avec des employés de Siemens et d'autres personnes ;

- 800 séances d'information avec les employés pour obtenir des renseignements de base ;
- 82 millions de documents ont été recherchés électroniquement afin d'identifier les éléments potentiellement pertinents ;
- 14 millions de documents examinés ;
- 38 millions de transactions financières analysées
- 10 millions de dossiers bancaires examinés."

Contrairement à ce qui se passe dans les procès pénaux, les employés impliqués dans le système de corruption n'avaient pas le droit de garder le silence, mais étaient en fait obligés, en vertu du droit du travail allemand, de coopérer pleinement à cette enquête (privée), indépendamment du fait que cette coopération puisse conduire à une auto-incrimination, à des sanctions disciplinaires ou même à une enquête pénale.

Les différentes parties peuvent avoir des intérêts et des dilemmes différents pendant les enquêtes internes :

L'**employeur** (personne morale) voudra :

- éviter les dommages, les pertes économiques et toute menace pour l'existence de l'entreprise ;
- faire preuve d'une coopération totale avec les forces de l'ordre et leur apporter un soutien total ; et
- savoir ce qui s'est passé afin d'assurer la conformité et d'éliminer les employés compromis.

L'**employé** est confronté à la :

- risque de sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement s'il ne fournit pas d'informations ;
- risque de sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement s'il fournit des informations ;
- le risque de nuire à l'entreprise en donnant des informations et en ne donnant pas d'informations.

Le **procureur** peut :

- obtenir moins d'informations s'il n'y a pas d'enquêtes internes, car les employés ont le droit de garder le silence ;
- souhaitent que les enquêtes internes soient pleinement coordonnées avec le bureau du procureur, faute de quoi la tactique de l'enquête criminelle pourrait être compromise.

Un **juge** peut avoir à décider de l'admissibilité des témoignages et autres preuves provenant d'enquêtes internes parce que.. :

- une telle preuve pourrait violer l'interdiction d'auto-incrimination ou le droit à la vie privée de l'employé ;

- le dilemme auquel l'employé était confronté pendant l'enquête interne constitue une coercition ;
- les entretiens menés par des avocats au nom de l'entreprise pourraient violer le privilège avocat-client.

En vertu de la loi allemande, il semble y avoir un consensus parmi les universitaires sur le fait que le témoignage serait admissible dans les procès criminels. Toutefois, quelques questions demeurent, qui pourraient éventuellement être réglementées par le législateur : les personnes interrogées devraient-elles avoir droit à un protocole qu'elles signent ? La divulgation aux services répressifs étrangers devrait-elle être réglementée, par exemple dans les cas où les sanctions prévues par la loi étrangère sont beaucoup plus sévères que celles prévues par la loi nationale ?

Face à ce dilemme, Siemens a accordé une amnistie à ses employés et a pris en charge les frais de tout avocat qu'ils souhaitent engager pour les enquêtes internes :

"La mesure la plus importante prise par Siemens pour assurer le succès de l'enquête interne a sans doute été d'établir, en octobre 2007, un programme d'amnistie pour les employés actuels et anciens. Un tel programme semble être unique dans l'histoire des entreprises allemandes modernes et n'a pu être mis en œuvre que grâce au soutien ferme du comité et de la direction actuelle.

D'une manière générale, le programme a été conçu pour protéger les employés ou anciens employés qui ont pleinement coopéré à l'enquête. Le programme prévoyait que les employés actuels et les anciens employés remplissant les conditions requises ne feraient pas l'objet d'une demande de dommages-intérêts civils ou, dans le cas des employés actuels, d'un licenciement involontaire. La société se réservait le droit d'imposer des sanctions disciplinaires moindres. Le programme d'amnistie excluait certains cadres supérieurs de son champ d'application, notamment les membres du Vorstand de Siemens AG, les membres des directions exécutives du groupe et les PDG et directeurs financiers des sociétés régionales.

Le programme visait, pour des raisons d'équité, à accommoder les personnes qui, contrairement à certains décideurs, ont pu subir des pressions pour participer à des activités potentiellement inappropriées.

En avril 2008, la société est allée encore plus loin et a créé un programme de "clémence", qui prévoyait des déterminations disciplinaires individualisées pour les employés importants pour l'enquête Debevoise, y compris les cadres supérieurs exclus par le programme d'amnistie initial.

Les programmes d'amnistie et de clémence ont été couronnés de succès. De nombreuses personnes qui n'avaient pas été interrogées auparavant se sont manifestées. D'autres ont demandé l'amnistie et fourni des informations véridiques après avoir menti lors d'entretiens préalables à l'amnistie. D'autres encore ont fourni des informations qui ont

ouvert des champs d'investigation entièrement nouveaux. Au total, plus de 171 employés de Siemens ont demandé l'amnistie ou la clémence dans le cadre de ces initiatives. La société remercie sincèrement ces employés d'avoir eu le courage de discuter de questions parfois difficiles et d'avoir aidé la société à tirer les leçons du passé afin d'éviter des problèmes similaires à l'avenir. [...]

La société a également pris des mesures pour s'assurer que la conduite de l'enquête était équitable pour les employés de Siemens. Toutes les personnes interrogées ont eu la possibilité de mener des entretiens dans leur langue maternelle. Siemens a fourni des interprètes professionnels en langue étrangère chaque fois que cela était nécessaire. Des conseillers externes indépendants, engagés et payés par Siemens, ont été mis à disposition pour aider les employés actuels et anciens dans le processus d'entretien et les accompagner aux entretiens. En outre, les personnes interrogées pouvaient choisir de payer et d'être accompagnées par leurs propres avocats. Dans la mesure du possible, les entretiens et les réunions d'information étaient programmés des jours ou des semaines à l'avance afin de tenir compte des autres contraintes de temps des employés.

Debevoise a régulièrement consulté le comité d'entreprise de Siemens et obtenu les approbations nécessaires concernant le mandat et la conduite de l'enquête, y compris les processus pour mener des entretiens, et pour collecter, examiner et sécuriser les documents et les données. En coopération avec Debevoise, Siemens a conclu des accords d'atelier (Betriebsvereinbarungen) avec les représentants des travailleurs qui reflétaient les processus convenus."

7.8.2 Enquête interne

7.8.2.1 Motifs d'une enquête interne

Les enquêtes internes peuvent montrer que la personne morale était disposée à **coopérer** et à divulguer l'infraction de corruption. Selon le système juridique, cela peut exclure la responsabilité ou contribuer à une sanction moins lourde.

Une enquête imminente ou en cours de la part des procureurs n'est pas un argument contre une enquête interne, même si le système juridique ne prévoit aucune incitation à la coopération : La direction devrait mener sa propre "**enquête fantôme**". Elle peut ainsi devancer les procureurs et orienter le processus de manière stratégique, au lieu de se contenter de réagir à ce que les procureurs décideront ensuite.

Outre l'avantage inhérent à la conduite d'une enquête interne, l'entreprise peut également y être **obligée** par la législation ou d'autres réglementations en vigueur. Par exemple, le droit des sociétés peut obliger les organes de décision d'une société à enquêter sur des soupçons afin de protéger les actifs de la société contre les dommages. Dans le cas des entreprises supervisées par un régulateur des marchés financiers, les règles réglementaires peuvent exiger que l'entreprise enquête si des signaux d'alarme signalent des manquements à la conformité. Dans certaines juridictions, la jurisprudence peut imposer aux organes de

décision de la société l'obligation de suspendre et d'enquêter sur les activités suspectes, faute de quoi ils risquent d'être tenus pour responsables de l'infraction commise par omission (par exemple, en vertu du concept de respondeat superior).

L'enquête interne peut également atténuer l'atteinte à la **réputation** en montrant la volonté de "faire le ménage". Elle peut également informer la direction sur les stratégies de défense possibles pour toute procédure pénale. Elle peut également informer sur l'ampleur possible des sanctions pénales et des poursuites civiles, permettant ainsi à la direction de constituer des provisions et de mettre de côté les fonds correspondants.

Les entreprises devraient même s'intéresser aux enquêtes internes dans le seul but d'accroître leur **efficacité**. De nombreuses recherches ont prouvé que les entreprises se portent mieux si elles établissent une culture de l'intégrité. Une simple réflexion illustre cet effet : Tout pot-de-vin versé est de l'argent perdu. Si le pot-de-vin s'ajoute aux coûts de production, il rend le produit moins attrayant. L'acquisition d'une entreprise par le biais de la corruption réduit également les incitations des employés à innover constamment afin d'offrir le meilleur produit (au lieu du plus corrompu). L'argent perdu pour la corruption est de l'argent que l'entreprise ne peut pas consacrer à la qualité et à la recherche. En fait, la pratique montre que la majorité des employés accueillent souvent favorablement les enquêtes internes, car une culture de l'intégrité crée des chances de succès plus équitables pour tous au sein de l'entreprise. Dans les entreprises corrompues, ce sont souvent les personnes les moins innovantes et les moins productives qui reçoivent les plus gros bonus, car elles rapportent le plus d'argent à l'entreprise (dans une perspective à court terme). Ainsi, même si le pot-de-vin est "financé" par le budget public au moyen d'un système de remboursement, il nuira toujours à la qualité et à la capacité d'innovation de l'entreprise à long terme.

L'objectif principal d'une enquête interne est cependant d'obtenir des **preuves** que la direction peut utiliser devant les tribunaux. Cela concerne non seulement les procès pénaux, mais aussi les procès civils, par exemple pour des dommages causés par des concurrents ou des conflits du travail après le licenciement d'un contrevenant par la personne morale.

Les preuves ne peuvent être utilisées au tribunal que si la direction les a obtenues **légalement**. Par exemple : Les enquêteurs internes peuvent-ils consulter les courriels sur l'ordinateur du travail s'ils contiennent également de la correspondance privée ? Serait-il légal que les enquêteurs suivent les mouvements d'un employé dans sa vie privée ? Par conséquent, la direction a besoin d'un processus formalisé afin de pouvoir argumenter au tribunal qu'elle est restée dans les limites légales et n'a pas utilisé de moyens disproportionnés. La section suivante présente un tel processus formalisé qui augmentera considérablement les chances de la direction de voir un tribunal admettre les résultats comme preuve.

7.8.2.2 Étapes de l'enquête interne

a. Privilège juridique

Dans de nombreuses juridictions, la communication entre un avocat et son client est confidentielle ("privilège avocat-client"). Les autorités chargées de l'application de la loi n'ont pas le droit de recueillir des preuves de cette communication et ne peuvent pas les utiliser devant un tribunal, à moins que le client ne renonce à ce privilège. Si le privilège s'applique dans la juridiction concernée, il est recommandé qu'un avocat extérieur supervise l'enquête interne (si le droit national exige l'intervention d'un avocat extérieur pour que le privilège s'applique). L'entreprise peut décider ultérieurement si elle souhaite garder les résultats de l'enquête "scellés" ou s'il convient de les divulguer aux forces de l'ordre.

b. Hypothèse d'investigation

L'enquête a besoin d'une hypothèse d'investigation : Si les allégations sont vraies, quelles infractions possibles cela constituerait-il ? Il est important de répondre à cette question. Ce n'est que si les infractions possibles sont connues que l'on peut déterminer quelles actions sont proportionnées. Plus l'infraction est grave, plus l'enquête peut limiter les droits des employés.

c. Scoping

Le cadrage n'est pas un processus de collecte de preuves, mais de cartographie de l'enquête. Il détermine qui est en fait le "dépositaire des preuves" nécessaires. Il s'appuie notamment sur les sources suivantes :

- Documents organisationnels
 - o Organigrammes, descriptions de postes ;
 - o Système de contrôle interne : si la personne morale dispose d'un tel système, il peut fournir des informations sur les processus opérationnels au sein de la personne morale ;
 - o Autres documents sur les processus d'affaires.
- **Entretiens de cadrage** : Ces entretiens ne portent pas sur des allégations de corruption, mais sur la manière dont la personne morale mène ses activités : Où sont stockés les e-mails ? Où les documents sont-ils classés ? Qui effectue les sauvegardes et où sont-elles conservées ? Qui approuve les transactions avec le directeur commercial ? Qui conserve la documentation ? En fin de compte, les entretiens "suivent la piste de la supervision" - qui supervise quoi au sein de l'entreprise et comment ?

Le cadrage est le moyen le plus efficace de déterminer où les enquêteurs trouveront éventuellement des preuves essentielles. C'est également la manière proportionnée de procéder, au lieu de saisir toutes les données et tous les documents.

d. Plan d'enquête

Le plan expose le résultat du cadrage. Il dresse la liste de tous les éléments de preuve ciblés et des dépositaires de ces éléments. Il documente également - toujours par écrit - que les limites légales de l'enquête et la proportionnalité des mesures prises ont été prises en compte. Ainsi, la direction peut faire valoir qu'elle a obtenu les preuves de manière légale. Parmi les autres questions à prendre en compte, citons :

- **Interviews** : Les employés ont-ils le droit de garder le silence ? L'entreprise doit-elle engager un avocat (commun) pour les représenter ? (voir l'étude de cas ci-dessus)
- Imagerie des **ordinateurs** : En général, les tribunaux n'acceptent que l'imagerie judiciaire des ordinateurs comme preuve. Celle-ci est réalisée par des outils spécialisés utilisant des algorithmes de hachage. Les grands cabinets comptables sont en mesure de fournir ce service. Souvent, les employés ne savent pas que même une fois les données supprimées, les algorithmes de hachage peuvent être récupérés. Dans l'affaire Siemens susmentionnée, certains employés ont supprimé des courriels et des fichiers juste après avoir appris l'imminence de la collecte de preuves. Cependant, le cabinet d'expertise comptable qui a mené l'enquête interne a pu restaurer les données supprimées et a également été indirectement mis au courant des courriels considérés comme importants (ceux qui ont été supprimés).
- Données **personnelles** : En fonction de la loi applicable et de la politique de l'entreprise, les employeurs auront un accès restreint aux données d'un employé. Par exemple, en vertu de la loi allemande, les entreprises peuvent autoriser l'utilisation personnelle des e-mails. Dans ce cas, l'employeur devient - légalement - un fournisseur de services de télécommunications pour l'employé. Si l'employeur accède aux e-mails, il peut être pénalement responsable de la violation du secret des télécommunications, sauf exceptions.
- Surveillance des courriers électroniques, **logiciels espions**, vidéosurveillance secrète, surveillance du mode de vie, fouille des voitures - la légalité de ces mesures dépend de la législation applicable et des circonstances de l'affaire (gravité de l'infraction). La surveillance complète du comportement d'un suspect par des moyens tels que les logiciels espions ou la surveillance en direct de toute la correspondance électronique (créant ainsi un profil de personnalité complet) sera cependant rarement, voire jamais, autorisée dans les juridictions européennes.
- Les enquêtes **transfrontalières doivent tenir compte** du fait que différents systèmes juridiques sont en jeu, les employés pouvant bénéficier de droits différents en matière de travail ou de protection des données.

Le plan d'enquête est évidemment un **document vivant**. Les enquêteurs le mettent à jour au fur et à mesure que l'enquête progresse et que de nouvelles infractions ou preuves éventuelles apparaissent.

e. Éviter la "panique"

La collecte de preuves peut facilement créer des rumeurs, des mythes, voire la panique parmi les employés. Même ceux qui agissent habituellement de bonne foi ne sauront pas s'ils ont fait quelque chose de mal ou si les preuves les incrimineront (injustement). La question de l'amnistie partielle doit également être envisagée à cet égard (voir l'étude de cas ci-dessus).

f. Collecte des preuves

Les enquêteurs devront sécuriser et collecter les preuves. La sécurisation implique des mesures telles que l'ordre donné à tous les employés de s'abstenir de détruire toute information, même si cela est pratiqué et/ou requis dans le cadre des procédures commerciales habituelles.

Pour les entretiens, il n'est généralement pas nécessaire de rédiger un compte rendu in extenso. Cela serait également inefficace. Les notes résumées peuvent contenir tous les résultats pertinents d'un entretien. Les personnes interrogées peuvent réviser le projet de notes (dans le cadre d'un changement de piste). Les différences entre les deux versions peuvent indiquer si la personne interrogée veut peindre une "image rose" de ce qui s'est passé. Dans le même temps, la possibilité de révisions respecte le droit de la personne à rectifier d'éventuelles erreurs ou à clarifier des malentendus.

g. Réunion de clôture

C'est l'occasion pour les enquêteurs de présenter les résultats de l'enquête (généralement aussi sous la forme d'un rapport écrit) à la direction. Ils suggèrent la manière de réagir aux résultats et de remédier à toutes les lacunes mises au jour. En outre, en fonction de la configuration générale, il peut également être utilisé pour discuter de certains aspects, y compris des mesures correctives, avec les personnes ayant fait l'objet de l'enquête dans les cas où ces personnes ne risquent pas de graves sanctions disciplinaires et ne sont pas démisés des postes concernés.

7.8.3 Enquête externe

Les enquêtes internes ont des **limites**. Elles ne peuvent pas faire usage des pouvoirs dont disposent les services répressifs. Par exemple, les enquêtes internes ne peuvent généralement qu'établir que de l'argent est allé à un tiers, comme une caisse noire détenue dans une banque étrangère par une société de messagerie. Les autorités répressives peuvent déterminer si la caisse noire a été utilisée par les employés à des fins privées (détournement de fonds) ou si la société boîte aux lettres a servi d'intermédiaire à un agent public (corruption). Pour ce faire, les enquêteurs des services répressifs peuvent utiliser les moyens habituels, tels que les cellules de renseignement sur le blanchiment d'argent (CRF), les mécanismes de coopération internationale formels et informels, ainsi que les perquisitions et les saisies.

Si une personne morale coopère avec les procureurs, elle devra garder à l'esprit dans quelle mesure elle peut utiliser les preuves produites par l'enquête interne. De nombreuses juridictions (si ce n'est la plupart) autorisent les juges à prendre en compte tout élément de preuve dans le cadre de **leur pouvoir discrétionnaire**. Dans ces juridictions, les procureurs peuvent en principe présenter au tribunal les preuves qui ont été recueillies légalement au cours des enquêtes internes (et dans une certaine mesure, même si elles ont été recueillies illégalement). Certaines juridictions peuvent - en règle générale - n'admettre que les preuves recueillies par les procureurs et les autorités chargées de l'application de la loi. Dans ces juridictions, les procureurs devront examiner quelles mesures supplémentaires ils devront prendre pour "formaliser" les preuves (saisie formelle de documents et de données, répétition d'entretiens clés en tant qu'interrogatoires formels de témoins, etc.) Dans l'idéal, les procureurs et les enquêteurs internes coordonnent leurs efforts dès le début, de sorte que les procureurs devront déployer un effort minimal pour "formaliser" les preuves produites par l'enquête interne. Toutefois, en principe, des limites juridiques **similaires**

s'appliquent à une enquête interne et externe (droit à la vie privée des suspects, proportionnalité des mesures). Il en va de même si les procureurs mènent de leur propre chef l'ensemble de l'enquête au sein de l'entreprise. Dans ce cas, les étapes (a) à (f) applicables aux enquêtes internes s'appliqueront mutatis mutandis à une enquête pénale externe.

8 KIT D'OUTILS LEGISLATIFS

La nécessité d'une boîte à outils législative

Les cinq dernières années ont vu la publication d'une abondante **littérature comparative** sur la responsabilité pénale des personnes morales, comme par exemple :

- Gobert J. (2011), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, 384 pages ;
- Vermeulen G. et autres (2012), *Responsabilité des personnes morales pour les infractions dans l'UE*, 199 pages ;
- Conseil de l'Europe (2013), *Responsabilité des personnes morales, manuel de formation*, 110 pages ;
- Brodowski D. et autres (2014), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 376 pages ;
- OCDE/ACN (2015), *Responsabilité des personnes morales, étude thématique*, 72 pages.

On peut donc se demander pourquoi il faudrait une "boîte à outils législative", une publication de plus sur cette question. Les études mentionnées ci-dessus sont des ressources académiques comparatives utiles et riches. Toutefois, elles ne traitent de la responsabilité des personnes morales que sous des aspects distincts, sans fournir aux législateurs et aux décideurs politiques un **modèle réglementaire** concret, cohérent et complet. Cela laisse les rédacteurs juridiques sans réponse aux questions suivantes :

- Qu'est-ce que j'espère obtenir en introduisant ou en élargissant la responsabilité des personnes morales ?
- De quoi ai-je besoin pour qu'un règlement soit **complet et efficace** ?
- Comment pourrais-je **rédiger** une disposition législative régissant la responsabilité des personnes morales, et à quoi pourrait ressembler une **loi idéale** ?
- Où puis-je intégrer ces dispositions dans mon propre droit matériel ou **procédural** ?

En outre, de nombreuses publications comparatives laissent de côté des aspects de la responsabilité des personnes morales qui sont essentiels pour les législateurs et les décideurs politiques, comme par exemple :

- Dans quelles circonstances le droit matériel s'applique-t-il dans les affaires **internationales** ?
- Quels sont les tribunaux **compétents pour** les affaires internationales ?
- Les personnes morales sont-elles responsables des entreprises **affiliées** ?
- Les personnes morales ont-elles le **droit** de garder le **silence** ?
- Dans quelle mesure les actionnaires ou les administrateurs sont-ils **personnellement responsables** des amendes infligées à la personne morale ?

En fait, c'est souvent sur de telles questions que les législations présentent des **failles**. Comme il est interdit de raisonner par analogie (au détriment du défendeur) en droit pénal, les failles peuvent présenter un risque particulier. Il convient également de mentionner que la quatrième directive anti-blanchiment¹⁵⁷2015 a apporté de nouvelles normes en matière de responsabilité des personnes morales en cas de blanchiment de capitaux, dont il faut tenir compte.

Ce kit d'outils législatifs vise à fournir des conseils pour répondre à toutes les questions ci-dessus, en particulier pour les praticiens des **pays en transition**. Il est évident qu'il n'y a pas de taille unique et que la rédaction d'une loi est plus complexe que la simple sélection de quelques dispositions dans une boîte à outils. Cependant, quel autre point de départ pour la rédaction d'une réglementation si ce n'est une loi type ou une boîte à outils illustrant les options possibles ?

Cette boîte à outils adopte l'approche suivante :

- Les **lignes directrices réglementaires** fournissent un point de départ aux utilisateurs de la boîte à outils pour leur propre projet de loi. Les lignes directrices réglementaires sont conçues comme une solution maximale ou idéale. Elles offrent plusieurs options lorsque cela est approprié. Bien entendu, il ne s'agit pas d'une proposition prescriptive. Il s'agit plutôt d'une tentative d'illustrer concrètement comment on peut formuler une loi sur la responsabilité des personnes morales.
- Pour chaque disposition, les **commentaires** clarifient le raisonnement, illustrent la nécessité de la réglementation à l'aide d'exemples de cas et indiquent les points auxquels il faut prêter attention. Les commentaires font également référence à des normes internationales et à des exemples de réglementations nationales, sans doubler les efforts de la littérature comparative existante.

Il est évident que cette boîte à outils législative, y compris ses lignes directrices réglementaires, ne peut remplacer un processus de rédaction juridique minutieux : chaque projet de loi national devra **être adapté** aux besoins, à la terminologie et au cadre juridique du pays concerné. Il est également important que les praticiens de tout pays traduisent la terminologie et la pensée procédurale du kit d'outils dans leur propre système. Par exemple, la probation, les peines avec sursis, les accords de poursuites différées ou la caution peuvent avoir des significations très différentes dans de nombreux pays. Cependant, on espère que ce kit d'outils législatifs facilitera grandement la **rédaction** de lois sur la responsabilité des personnes morales. En même temps, nous espérons que cette boîte à outils législative pourra servir de liste de contrôle pour évaluer si un pays a réglementé toutes les questions contenues dans cette boîte à outils, et s'il ne l'a pas fait, s'il s'agissait d'un choix conscient fondé sur des motifs suffisants. En tout état de cause, une codification

¹⁵⁷ *Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme*, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 31 janvier 2016.

complète de tous les aspects de la responsabilité des personnes morales est nécessaire en vertu des normes internationales.¹⁵⁸

¹⁵⁸ OCDE (décembre 2013), *Irlande : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 2a, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

Chapitre I : Responsabilité

Note préliminaire : administratif ou pénal ?

Il existe trois formes de responsabilité des personnes morales : civile, administrative et pénale. En général, les pays combinent la responsabilité civile avec la responsabilité administrative ou pénale. Alors que la responsabilité civile sert notamment à indemniser la victime pour tout dommage, la responsabilité administrative ou pénale ajoute l'aspect des sanctions publiques. La majorité des pays européens suivent le concept de responsabilité pénale, tandis que certains pays imposent des sanctions aux personnes morales uniquement dans le cadre d'un régime administratif (Bulgarie, Allemagne, Grèce, Italie et Fédération de Russie).¹⁵⁹avantages visés par la responsabilité pénale sont résumés comme suit : ¹⁶⁰

- L'effet dissuasif et dissuasif des condamnations pénales ;
- Des délais de prescription plus longs en droit pénal ;
- Des garanties procédurales bien établies pour le défendeur/la personne morale ;
- La disponibilité de techniques d'enquête spéciales et d'autres moyens de preuve ;
- L'expertise des juges du tribunal pénal sur les infractions de corruption engageant la responsabilité ;
- De meilleures possibilités de coopération juridique internationale.

En principe, les dispositions juridiques relatives à la responsabilité administrative pourraient être formulées de manière à être aussi efficaces que la responsabilité pénale en ce qui concerne les trois premiers points. En ce qui concerne les trois derniers points, il existe probablement certaines limites juridiques et factuelles.

Cette boîte à outils juridique est formulée de manière à pouvoir être intégrée à la fois comme un concept de responsabilité administrative et comme un concept de responsabilité pénale. De même, il peut être incorporé à la fois comme une loi autonome, comme c'est le cas par exemple en Autriche, ou intégré dans diverses dispositions du code pénal et de procédure pénale, comme c'est le cas en Suisse.

Article 1 - Champ d'application : personnes morales ; infractions

(1) [*Personnes morales*] Par "personne morale", on entend

- (a) [Toute entité ayant ce statut en vertu de la loi [à définir : droit des sociétés, etc.], à l'exception des États ou des autres organismes publics dans l'exercice de la puissance publique et des organisations internationales publiques ;

¹⁵⁹ Rupchev G. (2015), *Analyse comparative de la responsabilité des personnes morales (responsabilité des entreprises) pour les infractions pénales de corruption*, Projet PRECOP du Conseil de l'Europe (également disponible en *russe*), disponible sur www.coe.int, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁶⁰ Voir OCDE/ACN (2015), *Responsabilité des personnes morales, étude thématique*, pages 9 suivantes, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

- (b) [Les sociétés d'État] toute entité visée au paragraphe a qui est entièrement ou partiellement détenue par l'État et qui est exploitée dans un but lucratif ;
 - (c) [Entreprises sans personnalité] toute entité commerciale n'ayant qu'une personnalité juridique partielle, voire aucune ;
 - (d) [Entités étrangères] toute personne morale étrangère ayant ce statut dans la juridiction dans laquelle elle a été établie et étant comparable à une personne morale telle que définie au paragraphe 1a-c.
- (2) [La responsabilité en vertu de ces directives législatives s'applique aux infractions suivantes (dans la mesure où elles existent au niveau national), y compris l'implication en tant que complice ou instigateur : abus de fonctions, fausse comptabilité, corruption active, détournement de fonds publics, fraude, enrichissement illicite, blanchiment d'argent, entrave à la justice et trafic d'influence.
- (3) [La responsabilité en vertu de ces directives législatives s'applique également aux violations des dispositions pénales supplémentaires en dehors du Code pénal.

Paragraphe 1 :

Les normes internationales ne fournissent pas d'indications strictes sur ce qu'est une personne morale. La CNUCC et la Convention de l'OCDE restent toutes deux totalement silencieuses sur cette question. La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe et le Deuxième Protocole de l'UE la définissent au paragraphe 1a de l'article 1 (voir annexe 2). Le rapport explicatif de la Convention apporte quelques précisions dans le commentaire 31 :

[La lettre d) de l'article 1er permet donc aux États d'utiliser leur propre définition de la "personne morale", que cette définition soit contenue dans le droit des sociétés ou dans le droit pénal. Toutefois, aux fins des infractions de corruption active, il exclut expressément du champ d'application de la définition l'État ou les autres organismes publics exerçant une autorité publique, tels que les ministères ou les collectivités locales, ainsi que les organisations internationales publiques telles que le Conseil de l'Europe. [...] Un État contractant peut toutefois aller plus loin en autorisant l'imposition de sanctions de droit pénal ou de droit administratif aux organismes publics également. [...]” ¹⁶¹

Toutefois, dans la plupart des cas, le droit des sociétés ou le droit pénal ne sont pas totalement clairs quant à la question de savoir si certaines entités ont une **personnalité juridique**. Cela concerne les entreprises commerciales privées sans personnalité juridique complète, les conglomérats de personnes morales affiliées, les entreprises à propriétaire unique, les fonds fiduciaires ou les partenariats. De même, il n'est souvent pas clair à première vue si les sociétés détenues ou contrôlées par l'État, ou les entreprises établies par le droit public sont des "organismes publics" et donc exempts de responsabilité.

¹⁶¹ [Rapport explicatif](#), disponible sur www.coe.int, consulté le 31 janvier 2016.

La tendance internationale va clairement dans le sens de l'inclusion du plus grand nombre possible d'entités et de l'exclusion des **entités publiques** à but non lucratif telles que l'État, les municipalités ou les fondations publiques. Le Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE a insisté pour que les entités publiques qui peuvent passer des contrats soient couvertes par la responsabilité.¹⁶² Par exemple, le groupe de travail a recommandé dans un cas de "modifier le code pénal pour faire en sorte que les entreprises appartenant à l'État et contrôlées par l'État puissent également être tenues responsables de la corruption".¹⁶³ Des exceptions limitées peuvent s'appliquer, comme par exemple en Espagne, où les entreprises d'État qui poursuivent des objectifs de politique publique ne peuvent être tenues pénalement responsables.¹⁶⁴

Dans l'**Union européenne**, seuls 4 des 27 États membres limitent strictement la responsabilité des personnes morales aux entités privées (ce qui exempte toutes les entités publiques).¹⁶⁵ On peut donc dire que la pratique européenne va dans le sens de l'inclusion des entités publiques dans la responsabilité des personnes morales. Une étude comparative financée par l'UE sur la responsabilité des personnes morales dans les États membres aboutit à la recommandation suivante :

*"Dans la politique actuelle de l'UE concernant la responsabilité des personnes morales pour les infractions, les personnes morales publiques ne sont pas incluses dans le champ d'application. Étant donné que de nombreux États membres incluent un ou plusieurs types de personnes morales publiques dans le champ d'application de leur approche nationale en matière de responsabilité, l'UE peut envisager d'étendre son champ d'application en conséquence."*¹⁶⁶

En ce qui concerne les entités de **droit privé**, le groupe de travail de l'OCDE a insisté pour que la loi "prévoit expressément la responsabilité des personnes morales non constituées en société",¹⁶⁷ ou pour "prendre toutes les mesures possibles afin que les sociétés boîtes aux lettres soient considérées comme des entités juridiques [...] et que les cas de corruption transnationale impliquant des sociétés boîtes aux lettres puissent faire l'objet d'enquêtes, de poursuites et de sanctions efficaces".¹⁶⁸

¹⁶² Pieth M./Low L./Cullen P. (2007), *Convention de l'OCDE sur la corruption : Un commentaire*, Art. 4 n° 3.4.

¹⁶³ OCDE (décembre 2012), *Espagne : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 3a, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁶⁴ Pieth M., *idem*.

¹⁶⁵ Vermeulen G. et autres (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, p.44/chapitre 2.2.2.2 "Private versus public".

¹⁶⁶ *Idem*, p.139, recommandation 4.

¹⁶⁷ OCDE (décembre 2013), *Irlande : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 2b, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁶⁸ OCDE (décembre 2012), *Pays-Bas : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 13a, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

Des exemples de pays reflétant la tendance internationale globale sont l'Estonie, le Monténégro ou la Suisse. Le code pénal suisse¹⁶⁹ ne tire pas la responsabilité du terme de personne morale, mais du terme d'"entreprise", incluant ainsi les "sociétés **sans** personnalité juridique" et les "entreprises individuelles" (article 102). Dans ce contexte, il faut garder à l'esprit l'importance économique des entreprises individuelles, également liée aux risques de corruption. Par exemple, en Allemagne, les entreprises individuelles constituaient 68,8 % de toutes les entreprises effectuant des services et des livraisons pour une valeur de 557 milliards d'euros en 2011.¹⁷⁰ Le code pénal estonien précise, à la section 37, que "les personnes morales ayant une **capacité juridique passive** sont capables de culpabilité" (la capacité juridique passive signifiant l'existence légale de la personne morale, par opposition à la capacité juridique active, qui est normalement comprise comme le droit de conclure des contrats et d'ester en justice). Au Monténégro,

*"Par personne morale, on entend une société, une société étrangère et une succursale de société étrangère, une entreprise publique, un établissement public, ou des organisations non gouvernementales nationales et étrangères, un fonds d'investissement, tout autre fonds (à l'exception d'un fonds exerçant uniquement des pouvoirs publics), une organisation sportive, un parti politique, ainsi que toute autre association ou organisation qui, de manière continue ou occasionnelle, acquiert ou acquiert des biens et en dispose dans le cadre de ses activités."*¹⁷¹

On pourrait être tenté d'exclure les entités de certains secteurs de la définition de la personne morale, en raison de leur statut particulier, comme les organisations non gouvernementales, les entreprises de médias ou les partis politiques. Cependant, il est préférable de les inclure dans le régime de responsabilité et d'envisager des seuils plus élevés ou des exemptions pour certaines sanctions telles que la liquidation. Afin de permettre à l'accusation de conserver la meilleure flexibilité possible, par exemple pour savoir s'il faut poursuivre une entreprise commune, ses membres ou tous ses membres, il est conseillé d'étendre le champ de la responsabilité aux entités dépourvues de personnalité juridique.

De nombreux codes pénaux, si ce n'est la plupart, ne définissent le terme de personne morale que par rapport aux entités juridiques nationales (si tant est qu'ils le définissent). Les juristes d'entreprise, les procureurs et les tribunaux doivent donc se demander si et dans quelles circonstances les **personnes morales étrangères** sont concernées par ce terme. Le paragraphe 1 (d) devrait éviter toute ambiguïté à cet égard. Il suit la jurisprudence que les tribunaux supérieurs allemands, entre autres, ont établie lorsqu'ils appliquent le terme "personne morale" à des entités étrangères.¹⁷² Les procureurs peuvent produire des preuves sur cet élément, par exemple en obtenant des déclarations du registre des sociétés étrangères. Toutefois, il faut garder à l'esprit dans ce contexte que de nombreux systèmes

¹⁶⁹ *Code pénal suisse SR 311.0 tel que modifié le 1er janvier 2015*, disponible sur www.admin.ch, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁷⁰ Agence fédérale des statistiques, VAT-statistics 2011, série 14, chapitre 8.1.

¹⁷¹ Monténégro, *Loi sur la responsabilité pénale des personnes morales*, article 4.1, disponible sur www.gov.me, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁷² Cour d'appel de Celle, décision du 30 novembre 2001, 322 Ss 217/01.

juridiques reconnaissent les personnes morales avant même qu'elles ne soient enregistrées, ou sans qu'aucun enregistrement ne soit prévu. Les déclarations du registre des sociétés étrangères ne sont donc pas les seules preuves pertinentes dans ce contexte.

Paragraphe 2 :

Le paragraphe 2 consolide la définition des quatre principales normes du Conseil de l'Europe, de l'UE, de l'OCDE et de l'ONU. Le deuxième protocole de l'UE ajoute la **fraude** à l'énumération de la Convention pénale du Conseil de l'Europe. La responsabilité des personnes morales en vertu de la Convention de l'OCDE ne concerne explicitement que la corruption étrangère. Toutefois, l'article 8 de la Convention prévoit de sanctionner les infractions **comptables**. Le groupe de travail de l'OCDE demande donc aux pays de "veiller à ce que tant les personnes physiques que les personnes morales puissent être tenues responsables de la fausse comptabilité".¹⁷³

La CNUCC ajoute le détournement de fonds et l'entrave à la justice comme infractions, et comme infractions non obligatoires l'abus de fonctions et l'enrichissement illicite. Il est toutefois difficile d'imaginer comment une personne morale pourrait être responsable de l'**enrichissement illicite** (d'un agent public). Un exemple possible serait celui d'un agent public siégeant au conseil d'administration d'une entreprise publique et accumulant une richesse inexplicable, qui ne peut provenir que de l'entreprise. Il est toutefois intéressant de noter que, dans certains pays, l'enrichissement illicite n'est pas seulement un délit que peuvent commettre les personnes physiques (généralement les agents publics), mais aussi les personnes morales. La Lituanie,¹⁷⁴ par exemple, a introduit en 2010 l'enrichissement illicite comme une infraction que les personnes morales peuvent véritablement commettre :

Article 189-1. Enrichissement sans cause

1. Une personne qui détient par droit de propriété le bien dont la valeur dépasse 500 MSLs [500 minimums vitaux ≈ 18 000 €], tout en sachant ou en devant et en étant susceptible de savoir que ce bien n'a pas pu être acquis avec des revenus légitimes, est punie d'une amende ou d'une arrestation ou d'une peine privative de liberté d'une durée maximale de quatre ans. [...]

3. Une personne morale est également responsable des actes prévus par le présent article.

De toute évidence, la responsabilité des personnes morales ne se limite généralement pas aux **délits de corruption**, mais a un champ d'application beaucoup plus large, qui inclut le respect des réglementations financières, des normes environnementales et d'autres questions, et peut inclure l'"homicide d'entreprise"¹⁷⁵. Il existe essentiellement deux

¹⁷³ OCDE (octobre 2014), *Brésil : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 11a, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁷⁴ Lituanie, Loi n° VIII-1968 (*Code pénal*), disponible sur www3.lrs.lt, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁷⁵ Voir par exemple le Royaume-Uni "*Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*", disponible sur www.legislation.gov.uk, consulté le 31 janvier 2016.

approches : Certains codes pénaux ou administratifs appliquent la responsabilité des personnes morales en vertu d'une clause générale à toute infraction qui, par sa nature, peut être commise par une personne morale. D'autres lois énumèrent spécifiquement pour chaque infraction pénale si la responsabilité des personnes morales s'applique. En Lituanie, par exemple, l'infraction de meurtre ne peut être commise que par des personnes physiques, alors que les personnes morales peuvent être explicitement responsables de l'homicide par négligence.¹⁷⁶

Paragraphe 3 :

Le paragraphe 3 rappelle qu'il existe des infractions de corruption pour lesquelles la responsabilité des personnes morales peut également être engagée. Il s'agit notamment des violations des règles relatives aux marchés publics ou des restrictions en matière de financement politique.¹⁷⁷ Habituellement, la responsabilité des personnes morales dans ces domaines est définie dans ces lois spéciales elles-mêmes et peut suivre ses propres règles. Par exemple, les partis politiques sont généralement strictement responsables des violations des règles de financement politique, sans tenir compte de la responsabilité d'une personne physique. Une autre option peut être que les lois spéciales fassent référence aux règles de responsabilité contenues dans le code pénal.

Article 2 - Responsabilité pour les défaillances personnelles

(1) Une personne morale est responsable des infractions définies à l'article 1er :

(a) [Infractions par gestion] commises pour son compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce une fonction dirigeante au sein de celle-ci, sur la base de :

- i. un pouvoir de représentation de la personne morale ; ou**
- ii. une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ;**
ou

iii. un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale ;

(b) [Défaut de surveillance] ou rendu possible par un défaut de surveillance ou de contrôle par une personne physique telle que définie au paragraphe 1a sous l'autorité de la personne morale et commis pour son compte ; ou

(c) Les [infractions commises par des agents] commises pour son compte par toute personne physique, agissant en tant que son dirigeant, employé ou agent.

(2) Responsabilité en vertu du paragraphe 1

¹⁷⁶ Lituanie, *ibid*, sections 129-132.

¹⁷⁷ Voir par exemple l'affaire Fimi Media en Croatie, OCDE/ACN, *ibid*, p.21.

- (a) La *[propriété effective]* peut également être déclenchée par des personnes physiques qui exercent le contrôle légal ou effectif ultime sur la personne morale ;
- (b) *[La responsabilité autonome des sociétés]* ne dépend pas de l'identification ou de la responsabilité d'une personne physique concrète ;
- (c) La *[responsabilité personnelle autonome]* n'exclut pas la responsabilité d'une personne physique.

Paragraphe 1

Si l'on effectue une comparaison internationale, on peut trouver quatre concepts de responsabilité des personnes morales :

1. Pour les actes d'une personne responsable telle qu'un gérant (également appelée responsabilité d'alter ego)
2. Pour le défaut de surveillance
3. Pour l'action d'une personne liée (également appelée responsabilité stricte)
4. Pour la faute de l'entreprise (également appelée faute objective)

Les trois premiers concepts exigent une faute d'une personne **physique** et **imputent** cette faute à la personne morale, soit en raison de la position de la personne physique (concept 1), soit en raison de sa position de surveillance (concept 2), soit en raison de sa relation avec la personne morale (concept 3). Il s'agit donc d'une forme de responsabilité du fait d'autrui. Le quatrième concept est indépendant de tout acte répréhensible de la part d'une personne physique et punit simplement la personne morale pour l'**échec objectif** à prévenir l'infraction de corruption. Dans les normes internationales et dans les lois nationales, on peut trouver des combinaisons des concepts ci-dessus, principalement des deux premiers concepts, tandis que les concepts 3 et 4 sont généralement des alternatives distinctes des concepts 1 et 2. Compte tenu de l'abondance des explications disponibles sur ces concepts, ces commentaires s'abstiennent de redoubler d'efforts.¹⁷⁸

Cette boîte à outils législative combine les quatre concepts, les trois premiers figurant à l'article 2 et le quatrième concept de faute de l'entreprise figurant à l'article 3. La combinaison des quatre concepts permet des **poursuites efficaces** : pour chaque concept, l'accusation doit produire des preuves différentes : pour les concepts 1 à 3, elle doit prouver un acte répréhensible spécifique commis par une personne physique. Dans le cadre du concept 4, l'accusation doit "seulement" démontrer que l'entreprise n'a pas mis en place des mécanismes de prévention suffisants. Ainsi, en combinant les quatre concepts, l'accusation peut soit choisir le concept le mieux étayé par les preuves disponibles, soit même juger l'affaire sur la base des quatre concepts au cas où une ou plusieurs lignes de preuve échoueraient tout au long du procès. En outre, chaque concept de responsabilité a son propre effet préventif sur les personnes morales. Ainsi, l'addition des quatre concepts

¹⁷⁸ Pour plus de détails, voir les publications mentionnées ci-dessus dans l'introduction.

constitue l'incitation la plus complète pour les personnes morales à prévenir les infractions de corruption dans leur sphère.

Évidemment, certains des concepts peuvent **se chevaucher** dans certains cas. Par exemple, les concepts 1 et 3 s'appliquent lorsqu'un dirigeant commet lui-même une infraction de corruption. De même, les concepts 2 et 4 peuvent s'appliquer lorsque la direction n'a pas établi de mécanismes de contrôle pour prévenir la corruption.

Les paragraphes 1a et 1b sont des copies exactes des formulations de la Convention pénale du Conseil de l'Europe, du Deuxième Protocole de l'UE, ainsi que de la Quatrième Directive anti-blanchiment de l'UE. Le paragraphe 1c est un concept que l'on retrouve principalement dans les pays de common law ; son libellé est tiré du droit américain.¹⁷⁹ La formulation "pour le **compte de** la personne morale" est quelque peu ambiguë : les infractions de corruption portent effectivement préjudice à l'entreprise. S'ils sont détectés, les produits sont susceptibles d'être confisqués, sans compter les amendes et autres sanctions, sans parler de l'atteinte à la réputation. Toutefois, le terme "avantage" n'est utilisé dans ce contexte que dans l'hypothèse d'un avantage intentionnel supposant que la personne morale ne se fera pas prendre. Une formulation alternative évitant cette ambiguïté serait "commis dans le cadre de ses activités".¹⁸⁰

Pour le paragraphe 1a, il faut garder à l'esprit que la direction ne peut pas seulement commettre l'infraction par une participation active, mais aussi par une **omission**. La plupart des codes pénaux imposent aux personnes physiques le devoir d'agir dans certaines situations de risque, lorsque la personne physique a une obligation de loyauté envers une autre personne. Une personne morale faisant des affaires dans un environnement propice à la corruption constitue un tel risque, alors que dans le même temps, la direction a le devoir d'empêcher la personne morale de nuire. Par conséquent, le fait pour la direction de ne pas mettre en place un système de prévention au sein de la personne morale peut constituer en soi une infraction de corruption par défaut d'action. Une déclaration d'un dirigeant selon laquelle il/elle ne s'attendait pas à ce qu'une corruption se produise et ne l'aurait pas acceptée n'est tout simplement pas crédible dans un environnement à risque de corruption. Ainsi, la responsabilité au titre du paragraphe 1b (défaut de surveillance) peut recouper dans une large mesure la responsabilité au titre du paragraphe 1a (défaut d'action malgré l'obligation de le faire).

Paragraphe 2

Le paragraphe 2a reflète le rôle important que les **bénéficiaires effectifs** peuvent jouer pour une personne morale. Souvent, ce n'est pas la direction formelle qui exerce le contrôle sur une personne morale, mais une personne physique ou morale extérieure. Un tel bénéficiaire effectif ne fait pas partie d'un "organe" de la personne morale et n'est ni un "superviseur" ni un "agent" au sens du paragraphe 1. Le paragraphe 2a inclut donc les bénéficiaires effectifs

¹⁷⁹ La loi de 1977 sur les pratiques de corruption à l'étranger, United States Code Title 15, Commerce and Trade Chapter 2B - Securities Exchanges, § 78dd-1 : Responsabilité " pour tout dirigeant, directeur, employé ou agent de cet émetteur [≈personne morale] ou tout actionnaire de celui-ci agissant au nom de cet émetteur " .

¹⁸⁰ Voir Vermeulen G. et autres (2012), supra, p.56.

dans le cercle des personnes engageant la responsabilité de la personne morale. Cela se justifie pleinement, car c'est l'ayant droit économique qui exerce le contrôle sur la personne morale et en tire généralement *de facto* un avantage économique. Certaines dispositions nationales autorisent déjà une telle responsabilité déclenchée par le bénéficiaire effectif. Un exemple est le cas suivant en Roumanie : ¹⁸¹

"Au moment du crime, M. M.R. n'avait aucun lien officiel avec les sociétés MM et CW. Bien qu'il soit le fondateur des deux sociétés, il a officiellement vendu ces sociétés à des personnes de confiance après avoir été nommé fonctionnaire. Cependant, les nouveaux propriétaires et directeurs n'étaient que des "hommes de paille" qui ne faisaient qu'exécuter les décisions prises par M. M.R. Le tribunal a estimé que ces nouveaux directeurs ne pouvaient pas être tenus pénalement responsables car ils étaient victimes d'une erreur de fait. Ils ne connaissaient ni l'origine de l'argent ni la raison pour laquelle les contrats avaient été conclus."

Par conséquent, la responsabilité des sociétés ne pouvait pas être établie sur la base des dirigeants légaux des sociétés. Le¹⁸² groupe de travail de l'OCDE a également souligné la nécessité de la responsabilité "lorsqu'un pot-de-vin est versé à un agent public étranger par un dirigeant *de droit* ou *de fait* d'une entreprise". ¹⁸³

Les paragraphes 2b et 2c définissent la responsabilité des personnes physiques et morales impliquées comme étant **autonomes les unes** par rapport aux autres. Il s'agit d'une norme internationale généralement acceptée. La "Recommandation aux États membres concernant la responsabilité des entreprises dotées de la personnalité juridique" du Comité des ministres du Conseil de l'Europe indiquait déjà en 1988 que les entreprises devaient être tenues pour responsables, qu'une personne physique ayant commis les actes ou omissions constituant l'infraction puisse être **identifiée** ou non.¹⁸⁴ Cela concerne également l'identification du superviseur en vertu du paragraphe 1b. La Convention pénale du Conseil de l'Europe (article 18, paragraphe 3), le Guide de bonnes pratiques de l'OCDE ¹⁸⁵et l'article 26, paragraphe 3, de la CNUCC soutiennent également le paragraphe 2b ou le paragraphe 2c.

¹⁸¹ OCDE/ACN, *ibid*, p.23.

¹⁸² Tribunal régional de Vaslui, *décision n° 149 du 3 juillet 2013* ; Cour d'appel de Iasi, *décision n° 171/2014 du 8 avril 2014*, disponible sur <http://juri.ro>, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁸³ OCDE (juin 2011), *Luxembourg : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 2b (souligné en gras par l'auteur), disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁸⁴ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation n° R(88)18 concernant la responsabilité des entreprises dotées de la personnalité juridique pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités* (adoptée le 20 octobre 1988), disponible sur www.coe.int, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁸⁵ OCDE, *Guide de bonnes pratiques pour la mise en œuvre d'articles spécifiques de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, figurant à l'annexe I des Recommandations du Conseil pour la poursuite de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (26 novembre 2009), disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

Article 3 - Responsabilité en cas de défaillance d'une société

- (1) [Une personne morale est responsable des infractions définies à l'article 1 commises pour son compte si le soin et la diligence nécessaires à la prévention de l'infraction n'ont pas été observés dans les opérations de la société. L'article 2, paragraphe 2, points b) et c), s'applique *mutatis mutandis*.
- (2) [Le ministère de la justice publie des conseils sur le soin et la diligence en vertu du paragraphe 1.

Paragraphe 1

La responsabilité objective au titre du paragraphe 1 ne requiert pas d'acte répréhensible de la part d'une personne physique. Elle examine simplement les opérations objectives d'une société pour déterminer si elles sont adaptées à une prévention suffisante des infractions de corruption. Ainsi, dans la pratique, elle est très proche, sinon identique, au défaut de surveillance : le défaut de mise en place de mécanismes de prévention est généralement un défaut de surveillance d'une personne physique. Toutefois, en vertu des normes internationales reflétées à l'article 2, paragraphe 2b, il n'est pas nécessaire d'identifier la personne qui a manqué à son devoir de surveillance envers ses subordonnés. Par conséquent, la responsabilité en matière de surveillance peut découler d'un manque objectif de mécanisme de prévention sans qu'aucune personne physique identifiée ne soit responsable du manquement. Toutefois, la responsabilité objective va plus loin que la faute de surveillance : alors que l'absence de code de conduite ou de système de signature constitue clairement un "défaut de surveillance ou de contrôle", ce n'est pas nécessairement le cas lorsqu'une société ne dispose pas d'un mécanisme interne d'alerte. La disposition du paragraphe 1 s'inspire du code pénal de la Finlande.¹⁸⁶

Paragraphe 2

Les juristes d'entreprise ont besoin de conseils sur la manière dont ils peuvent éviter la responsabilité de leur employeur. Les procureurs et les tribunaux ont également besoin d'un point de référence pour établir la faute au titre du paragraphe 1. À cette fin, par exemple, le Bribery Act 2010 du Royaume-Uni charge le Secrétaire d'État de publier des orientations sur les procédures de prévention.¹⁸⁷ Le paragraphe 2 s'inspire de cette disposition. Bien connu à l'étranger dans ce contexte est également le "Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act", que le ministère américain de la Justice et la Securities and Exchange Commission ont publié en 2012.¹⁸⁸ Les principaux outils de prévention tels que listés par le Guide de ressources américain sont :

¹⁸⁶ *Code pénal* finlandais de 1889 (tel que modifié par la loi n° 927/2012), chapitre 9, section 2, par. 1, disponible sur www.finlex.fi, consulté le 31 janvier 2016 : "Une société peut être condamnée à une amende d'entreprise [...] si le soin et la diligence nécessaires à la prévention de l'infraction n'ont pas été observés dans les opérations de la société."

¹⁸⁷ Royaume-Uni, *Bribery Act 2010*, Section 9, disponible sur www.legislation.gov.uk, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁸⁸ Département de la justice des États-Unis/ Commission des valeurs mobilières des États-Unis (2012), *Guide de ressources sur la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger.*, pp.57 et suivantes, disponible sur www.justice.gov, consulté le 31 janvier 2016.

- l'engagement de la haute direction et une politique clairement définie contre la corruption ;
- un code de conduite et des politiques et procédures de conformité ;
- un mécanisme de contrôle interne ;
- les évaluations des risques ;
- des formations et des conseils continus ;
- l'existence d'incitations et de mesures disciplinaires ;
- la diligence raisonnable d'un tiers ;
- l'existence de mécanismes de signalement confidentiel et d'enquête interne ;
- des tests et des examens périodiques ;
- la diligence raisonnable avant l'acquisition et l'intégration après l'acquisition.

Toutefois, l'"engagement de haut niveau" et tout autre élément susmentionné pourraient rester des efforts purement théoriques. Par conséquent, en plus des éléments plutôt techniques mentionnés ci-dessus, les personnes morales doivent mettre en place une **culture de l'intégrité**. C'est en quelque sorte le ciment qui maintient ensemble les éléments de construction ci-dessus. Une culture de l'intégrité est le résultat du travail de nombreuses personnes (au sein d'une personne morale plus importante) qui s'efforcent de créer un consensus autour de valeurs communes. Les directives gouvernementales sur les procédures de prévention mentionnent rarement cette culture de l'intégrité, mais sans elle, aucun système de gestion de la conformité ne fonctionnera.

Article 4 - Responsabilité élargie

Une personne morale est responsable en vertu des articles 2 et 3

- (a) *[Personnes morales affiliées]* **concurrentement pour les infractions commises pour le compte d'une personne morale affiliée sous son contrôle direct ou indirect, même si la personne morale affiliée a cessé d'exister après la commission de l'infraction ; ou**
- (b) *[les sous-traitants]* **simultanément dans le cas où des employés ou des agents des sous-traitants commettent l'infraction pour le compte de la personne morale et que celle-ci n'a pas fait preuve du soin et de la diligence requis à l'égard des tiers en vertu de l'article 3 ; ou**
- (c) *[infraction cumulée]* **lorsque différents éléments d'une infraction sont commis par différentes personnes physiques.**

Paragraphe a

Le paragraphe a renvoie à la "Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales"

de l'OCDE de 2009, selon laquelle "une personne morale ne peut se soustraire à sa responsabilité en utilisant des intermédiaires, y compris des personnes morales liées".¹⁸⁹ Le groupe de travail de l'OCDE a appliqué le terme "personnes morales liées" aux cas suivants :

- "La responsabilité des sociétés mères pour les actes de corruption commis par des intermédiaires, y compris les personnes morales liées, telles que les filiales à l'étranger" ;¹⁹⁰
- "Permettre aux sociétés mères d'engager leur responsabilité pénale pour les actes de corruption commis par leurs filiales" ;¹⁹¹
- "Lorsqu'un délinquant principal verse des pots-de-vin au profit d'une filiale (ou vice versa)" ;¹⁹²
- "Lorsque le pot-de-vin est au profit d'une entreprise liée à la personne morale dont émane le pot-de-vin".¹⁹³

Il s'applique dans les constellations où, par exemple, une société holding contrôle une personne morale **filiale**, où l'infraction de corruption se produit. La société holding pourrait maintenant être responsable en vertu du paragraphe a si :

- un dirigeant de la société holding a été directement impliqué dans le délit de corruption au sein de la filiale (article 2 paragraphe 1a) ;
- un dirigeant de la société holding a omis de surveiller la filiale (article 2, paragraphe 1b) ;
- la filiale a agi comme un agent de la société holding (article 2, paragraphe 1c) ;
- la société holding n'a pas établi et mis en œuvre un programme de conformité dans la filiale (article 3).

Il convient de garder à l'esprit que le concept de sociétés affiliées est plus large que les simples relations mère-filiale. Les sociétés peuvent également être affiliées de manière horizontale, ou par une société contrôlant une autre société sans que la société contrôlée soit une filiale.¹⁹⁴ Habituellement, les **lois nationales sur les sociétés, la fiscalité ou la comptabilité** fournissent une définition des sociétés affiliées. Les rédacteurs juridiques devraient examiner si cette définition légale est suffisamment complète et peut être utilisée

¹⁸⁹ *Recommandation de l' OCDE de 2009*, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁹⁰ OCDE (mars 2014), *Afrique du Sud : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 14c, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁹¹ OCDE (octobre 2012), *France : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.24, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁹² OCDE (décembre 2011), *Italie : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 13b, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁹³ OCDE (décembre 2011), *Japon : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 15b, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁹⁴ Wikipedia, *groupe de sociétés*, disponible sur <https://en.wikipedia.org>, consulté le 31 janvier 2016.

dans le contexte de la responsabilité des personnes morales. En outre, ou comme alternative, on pourrait envisager d'utiliser le principe de la responsabilité pénale pour omission fondée sur le contrôle de facto d'une source de danger, en l'occurrence une entreprise.

Paragraphe b

Le paragraphe b est nécessaire dans les cas suivants : La personne morale sous-traite à une personne physique la distribution de son produit. Le **sous-traitant** a un employé qui choisit de commettre des actes de corruption au profit du sous-traitant et, en fin de compte, au profit de la personne morale. En vertu de l'article 2, paragraphe 1c, la personne morale ne serait pas responsable à proprement parler : le sous-traitant, en tant que mandataire de la personne morale, n'a pas commis l'infraction de corruption. Selon l'interprétation du tribunal dans ce cas, l'employé du sous-traitant n'est pas un agent de la personne morale. Le sous-traitant pourrait être responsable en tant qu'entité commerciale ; cependant, l'entité commerciale n'est pas une "personne physique" engageant sa responsabilité en vertu de l'article 2, paragraphe 1c. Le paragraphe b vise à combler cette lacune éventuelle. Cependant, la responsabilité ne peut être sans limite dans ce cas. La personne morale ne peut pas contrôler un sous-traitant de la même manière qu'elle peut contrôler une filiale. Elle n'est donc responsable que si elle n'a pas fait preuve de la diligence requise dans la sélection et le contrôle de son sous-traitant.

Pour la responsabilité au titre de l'article 3, il est déjà assez clair que la personne morale est responsable des infractions de corruption commises par des "tiers", ce qui inclut les sous-traitants. Néanmoins, l'article 4, paragraphe b, évite toute **ambiguïté** sur cette question. Une étude comparative financée par l'Union européenne sur la responsabilité des personnes morales dans les États membres a souligné que les sous-traitants peuvent devenir une question litigieuse dans les procédures judiciaires : La personne morale " a immédiatement fait savoir qu'elle ne pouvait être tenue pour responsable d'aucune manière car les personnes visées étaient employées par l'un de ses sous-traitants. [...] Il convient donc d'examiner s'il est souhaitable ou non de criminaliser les situations liées, par exemple, à la sous-traitance." ¹⁹⁵

Paragraphe c

Le paragraphe c ne concerne pas tant l'établissement d'un lien entre l'infraction de corruption de la personne physique et la responsabilité de la personne morale, mais uniquement l'infraction de corruption elle-même. Dans certains cas, **aucune personne physique ne** peut être punie pour un délit de corruption, parce qu'aucune des parties prenantes concernées ne remplit tous les éléments du délit. Par exemple, le responsable financier d'une entreprise peut savoir qu'un agent public reçoit un avantage de l'entreprise, mais croire que cet avantage est une rémunération de consultant pour l'agent public. Dans le même temps, un chef de projet de l'entreprise peut savoir que le même agent public accorde à l'entreprise une décision favorable dans une zone d'ombre juridique. Ni le responsable financier ni le chef de projet ne commettent d'infraction de corruption, car tous

¹⁹⁵ Vermeulen G. et autres, supra, p.102 et p.140, recommandation 9.

deux n'ont pas la *mens rea* de la corruption d'un agent public. Toutefois, "prises ensemble - en d'autres termes, si leurs connaissances individuelles étaient fusionnées - ces connaissances collectives suffiraient en termes de *mens rea* de corruption d'agents publics étrangers."¹⁹⁶ En d'autres termes, aucune personne physique n'aurait commis une infraction de corruption, mais uniquement la personne morale elle-même. Sans le paragraphe c, la responsabilité de la personne morale ne pourrait être engagée ni en vertu de l'article 2 ni en vertu de l'article 3 - simplement en raison de l'absence d'infraction de corruption.

Il n'existe pas encore de **consensus international** sur la question de savoir s'il faut autoriser cette "agrégation de poches de connaissances provenant d'un certain nombre d'employés individuels".¹⁹⁷ Par exemple, en Suisse, les universitaires sont encore divisés sur cette question.¹⁹⁸ Le tribunal de district du canton de Soleure a appliqué la doctrine de la "faute cumulée" en 2011 et a condamné la banque Postfinance pour blanchiment d'argent. Une succursale de la banque avait versé 4 600 000 CHF en espèces sur la base de l'approbation de l'unité interne de lutte contre le blanchiment d'argent. Aucun des employés n'était responsable d'une infraction pénale. Le tribunal a fondé la condamnation de la personne morale sur l'absence de contrôles internes suffisants.¹⁹⁹ En appel, la banque a été acquittée.²⁰⁰ La Cour d'appel a déclaré qu'une personne morale ne peut être responsable que si un employé a commis une infraction. L'affaire est actuellement en attente d'un nouvel examen par la Cour suprême fédérale.²⁰¹ En France, les tribunaux appliquent apparemment aussi la faute cumulée. Dans l'affaire "Safran", le tribunal de première instance a condamné la société à une amende mais a acquitté les deux individus. L'un des individus a été acquitté parce qu'au moment de l'infraction, il était ingénieur et n'avait pas le pouvoir d'impliquer lui-même la société et qu'il avait agi exclusivement pour le compte de la société dans le cadre de la politique commerciale définie de la société. L'autre a été acquitté car il n'a pas agi de son propre chef mais pour le seul bénéficiaire de la société et ne disposait pas d'un pouvoir de décision suffisamment autonome pour engager sa responsabilité personnelle. Néanmoins, la cour a estimé qu'ils avaient "indéniablement facilité l'infraction de corruption en agissant pour le compte de la société dans le cadre d'un dispositif général, organisé et cohérent de versement de commissions à des intermédiaires".²⁰² La cour d'appel a ensuite annulé la condamnation sur un aspect non lié à la faute cumulée (elle a estimé que

¹⁹⁶ Livschitz M. (2007), *Liability of Legal Persons for Corruption - A Swiss Perspective*, Proceedings of the OECD/ACN-Seminar "Criminalisation of Corruption", p.11, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁹⁷ Wells C., *Criminal Responsibility of Legal Persons in Common Law Jurisdictions*, document préparé pour l'Unité anticorruption de l'OCDE, Groupe de travail sur la corruption dans les transactions commerciales internationales, Paris, 4 octobre 2000, n° 8.3.1 disponible sur www.coe.int, consulté le 31 janvier 2016.

¹⁹⁸ Livschitz M., *ibid.*

¹⁹⁹ Reuters (21 avril 2011), *PostFinance fined for money laundering, to appeal*, www.reuters.com.

²⁰⁰ Tagesanzeiger (23 décembre 2015), *Post von Geldwäscherei-Vorwurf freigesprochen* [Poste acquittée des accusations de blanchiment d'argent], www.tagesanzeiger.ch.

²⁰¹ Neue Zürcher Zeitung (1er février 2016), *Solothurn zieht Freispruch der Post weiter* [Solothurn fait appel de l'acquittement de Post], www.nzz.ch.

²⁰² OCDE (octobre 2012), *France : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, paragraphe 61, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

l'infraction de corruption ne comportait pas la *contrepartie* illégale nécessaire).²⁰³ Aux États-Unis, les tribunaux reconnaissent le concept de *mens rea* agrégée en matière de responsabilité des entreprises. Dans l'une des principales affaires, une cour d'appel a décidé qu'une organisation peut être responsable "si, en examinant le comportement de l'organisation dans son ensemble, les employés de l'organisation n'ont pas respecté une exigence du droit pénal après avoir consciemment évité de prendre connaissance de cette exigence".²⁰⁴

En tout état de cause, il faut être conscient que l'avantage de la responsabilité supplémentaire prévue par ce paragraphe pose des **problèmes** conceptuels : il introduit la responsabilité pénale d'une entité même si personne au sein de la personne morale n'était au courant du crime ou ne l'a orchestré. Dans le cas d'une personne physique, cela pourrait se comparer à un cas où une personne connaissait dans son esprit un élément du crime, mais n'en était pas consciente au moment de commettre l'infraction. Selon le système pénal du pays et en fonction de l'affaire, on n'inculperait que l'infraction de négligence. La responsabilité globale étend donc assez loin le concept fondamental de culpabilité qui sous-tend le droit pénal. On pourrait aussi envisager de punir la personne morale pour manque de contrôles internes ou d'autres infractions similaires de moindre importance.

Dans la pratique, cependant, la question demeure de savoir si ce concept a beaucoup de place, voire aucune, dans la pratique. Si un enquêteur suit minutieusement la "piste du (manque de) contrôle", il trouvera probablement toujours quelqu'un de plus haut placé dans la hiérarchie qui orchestre ou du moins accepte la corruption au sein de la personne morale en fermant les yeux (intention conditionnelle ou *dolus eventualis*). Deux services distincts remplissant chacun un élément d'un délit sans que l'autre service ou la direction ne le sache est en soi un système de prévention qui fonctionne mal. Ainsi, le concept de faute globale n'est généralement qu'une "**béquille**" pour les procureurs qui n'ont pas réussi à établir le manque de supervision pour une raison ou une autre.

Article 5 - Sanctions

- (1) **Les personnes morales sont passibles des sanctions prévues pour les personnes physiques,**
 - (a) [*Confiscation à la personne morale et aux tiers*] **confiscation régulière et étendue comme s'appliquant aux personnes physiques ;**
 - (b) [*Publication de l'arrêt*] **publication de l'arrêt ou de son dispositif ;**
 - (c) [*Probation et caution*] **probation et caution.**

²⁰³ Davis F.T. (avril 2015), La *responsabilité pénale des entreprises en France - est-elle en décalage ?*, EthicIntelligence Blog, disponible sur www.ethic-intelligence.com, consulté le 31 janvier 2016 ; Le Monde (26 mars 2015), *L'incantatoire lutte contre la corruption de Christiane Taubira*, disponible sur www.lemonde.fr, consulté le 31 janvier 2016.

²⁰⁴ Gruner R.S. (2015), Corporate Criminal Liability and Prevention, 3-29, note de bas de page 16, citant United States v Bank of New England, 821 F.2d 844 (1st Cir.), révision par la Cour suprême refusée, 484 U.S. 842.

(2) Les sanctions suivantes, disponibles contre les personnes physiques, s'appliquent avec les modifications suivantes :

(a) [*Amendes*] Amendes, calculées sans montant maximal défini.

- i. d'un multiple déterminé de l'avantage économique visé ou obtenu grâce à l'infraction ou d'un montant minimum, le plus élevé des deux étant retenu ; ou**
- ii. lorsqu'aucun avantage n'est quantifiable, selon les règles générales de calcul des amendes.**

(b) [L'autorité compétente peut, en plus ou indépendamment de la sanction imposée, ordonner une surveillance judiciaire :

- i. par lequel il ordonne la supervision des activités d'une personne morale par un représentant indépendant désigné, qui facilite la correction des lacunes dans la culture d'intégrité de la personne morale et rend compte régulièrement des progrès et du respect par la personne morale des mesures prévues par les orientations de l'article 3, paragraphe 2 ;**
- ii. la personne morale peut proposer des candidats de représentants au tribunal ;**
- iii. le représentant n'a aucun pouvoir judiciaire ou de gestion dans la personne morale ;**
- iv. si la personne morale ne respecte pas la norme imposée par l'autorité compétente, la supervision peut être révoquée et une autre sanction imposée.**

(3) Les sanctions spéciales suivantes s'appliquent aux personnes morales :

(a) [*En fonction de la gravité de l'infraction, l'autorité compétente peut ordonner*

- i. une interdiction de promouvoir ou de faire de la publicité pour les activités commerciales de la personne morale, les produits qu'elle fabrique ou vend, les services qu'elle rend ou les avantages qu'elle accorde ; ou**
- ii. l'interdiction d'exercer les activités commerciales principales ou accessoires indiquées ; ou**
- iii. exiger de la personne morale qu'elle cesse d'adopter un comportement facilitant l'infraction et qu'elle s'abstienne de répéter ce comportement ; ou**
- iv. une interdiction temporaire pour une personne exerçant des responsabilités de direction dans la personne morale, d'exercer des fonctions de direction dans l'entité juridique ou ses filiales ; ou**
- v. le retrait ou la suspension de l'autorisation, lorsqu'une personne morale est soumise à une telle autorisation ;**

- (b) [*Liquidation*] **En cas de commission répétée ou grave d'infractions, l'autorité compétente peut ordonner la liquidation de la personne morale.**
- (4) **Des lois spéciales réglementent les sanctions suivantes :**
- (a) **Un registre public des personnes morales condamnées ;**
 - (b) **Exclusion du financement public ;**
 - (c) **Disqualification des marchés publics ;**
 - (d) **Annulation des décisions de passation de marchés ;**
 - (e) **Perte des privilèges d'exportation ;**
 - (f) **Exclusion par les banques internationales de développement.**
- (5) [*Responsabilité civile*] **La responsabilité en vertu du présent article n'exclut pas la responsabilité civile, y compris pour les dommages.**

Paragraphe 1

Ce paragraphe contient des sanctions qui sont disponibles pour les personnes physiques et morales et qui s'appliquent de la même manière aux deux.²⁰⁵ La **confiscation** est une composante des sanctions, que la plupart des pays ayant une responsabilité pénale et administrative des personnes morales connaissent. Lorsque les pays ne connaissent pas cette sanction, le groupe de travail de l'OCDE a recommandé de "préciser que les personnes morales peuvent faire l'objet de mesures de confiscation au même titre que les personnes physiques".²⁰⁶ La **publication** du jugement est une sanction qui n'est disponible dans certains pays que pour les personnes morales et dans certains pays pour les personnes physiques et morales de la même manière. Il convient de noter que la quatrième directive anti-blanchiment prévoit explicitement "une déclaration publique qui identifie la personne physique ou morale et la nature de l'infraction" comme l'une des sanctions disponibles.²⁰⁷ La **libération sous caution** et la **probation** sont des options qui ne présentent aucune particularité pour les personnes physiques et morales. Par exemple, aux Pays-Bas, " les 'périodes de probation' impliquent l'imposition d'actions correctives à entreprendre par l'entreprise. Si l'entreprise viole les conditions de la probation ou commet à nouveau une infraction, elle sera poursuivie pour cette infraction, ainsi que pour l'infraction pour laquelle elle a été licenciée sous condition."²⁰⁸ Les différents systèmes juridiques varient quant à savoir s'ils prévoient la probation, la caution et d'autres formes de condamnations avec sursis. Le législateur doit donc adapter le paragraphe 1 aux particularités de chaque code pénal.

²⁰⁵ Pour un aperçu des sanctions possibles, voir OCDE/ACN, *ibid*, chapitre 5.

²⁰⁶ OCDE (décembre 2012), *Espagne : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 4c, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²⁰⁷ Article 59, paragraphe 2a.

²⁰⁸ OCDE (décembre 2012), *Pays-Bas : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.16, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 contient des sanctions applicables aux personnes physiques et morales, mais dont certaines particularités s'appliquent aux personnes morales. Le calcul des **amendes** est souvent calqué sur celui des personnes physiques. En conséquence, les limites appliquées sont trop basses pour le potentiel économique des personnes morales. De même, il manque des variables adaptées aux personnes morales, telles que le chiffre d'affaires annuel ou le bénéfice économique escompté. Ainsi, pour les amendes infligées aux personnes morales, il existe de nombreux modèles permettant de calculer des montants "effectifs, proportionnés et dissuasifs" (article 19, paragraphe 1, de la convention pénale du Conseil de l'Europe). Il existe une littérature comparative suffisante présentant les différents modèles.²⁰⁹ La quatrième directive anti-blanchiment prévoit une amende maximale d'au moins deux fois le bénéfice économique ou d'au moins 1.000.000 € pour les personnes morales qui violent les dispositions de la directive.²¹⁰ Le paragraphe 2a (i) est calqué sur la directive. Le paragraphe 2a (ii) revient sur une recommandation du groupe de travail de l'OCDE visant à "augmenter la peine maximale encourue par les personnes morales dans les cas où l'avantage procuré à la personne morale par la corruption transnationale n'est pas un "bien", ou si la valeur de l'avantage ne peut être déterminée".²¹¹

Le GRECO et le groupe de travail de l'OCDE ont fréquemment critiqué les dispositions relatives au **calcul des** amendes, les jugeant trop indulgentes, et ont recommandé "d'augmenter les amendes pour les personnes morales [...], étant donné qu'elles sont sensiblement inférieures aux amendes pour les personnes physiques, et compte tenu de la taille et de l'importance de nombreuses [...] entreprises, de la localisation de leurs opérations commerciales internationales et des secteurs d'activité dans lesquels elles sont impliquées".²¹² Le groupe de travail s'est également prononcé contre un "plafonnement des amendes à 3% des revenus générés au cours de l'année fiscale de l'infraction [...]. En vertu de cette disposition, les entreprises peuvent éviter des pénalités importantes en opérant par le biais d'entités fictives ou en transférant les revenus vers d'autres années fiscales."²¹³

Dans tous les cas, il faut garder à l'esprit que, dans la pratique, les amendes **ne** sont généralement **pas dissuasives**, quel que soit leur montant. Les dirigeants de la plupart des entreprises ne se soucient pas tellement de la détection des infractions de corruption : c'est l'entreprise qui paie l'amende, pas eux (si l'infraction ne peut pas être retracée jusqu'à la haute direction). Il est donc important de combiner les amendes avec d'autres sanctions (en particulier l'exclusion des marchés publics, voir ci-dessous).

²⁰⁹ OCDE/ACN, *ibid*, chapitre 5.

²¹⁰ Article 59, paragraphe 2.

²¹¹ OCDE (mars 2011), *Bulgarie : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.34, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²¹² OCDE (décembre 2012), *Autriche : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.18, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²¹³ OCDE (juin 2013), *Pologne : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.23, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

Certains systèmes juridiques prévoient des clauses selon lesquelles le juge devra prendre en compte les ²¹⁴conséquences **économiques** ²¹⁵ou **sociales** d'une sanction, en particulier des amendes. Les organismes internationaux de surveillance ont été plutôt critiques à l'égard de ces clauses. Dans le cadre de considérations sociales, on peut vouloir réduire une sanction afin d'éviter des licenciements ou l'insolvabilité d'une personne morale. Cependant, la sanction pourrait ne plus être efficace si elle est abaissée, car elle pourrait ne plus refléter l'avantage économique de la personne morale. En d'autres termes, une personne morale qui n'est maintenue à flot financièrement que si elle ne paie pas le prix adéquat pour sa corruption, ne mérite pas d'être protégée. Le groupe de travail de l'OCDE a donc recommandé de "veiller à ce que les sanctions soient efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pour les personnes morales qui exercent des activités "ayant une importance stratégique ou difficilement remplaçable pour l'économie nationale"". ²¹⁶ Le Groupe a rappelé dans ce contexte l'article 5 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, qui exige que "les enquêtes et les poursuites" en matière de corruption transnationale "ne soient pas influencées par des considérations d'intérêt économique national". De toute évidence, lorsqu'il existe plusieurs options de sanctions d'efficacité égale, les tribunaux peuvent choisir des sanctions socialement ou économiquement moins dommageables.

La **surveillance** pendant une période déterminée est une sanction qui s'applique également aux personnes physiques. Elle est généralement assortie d'une période de probation. Pour une personne physique, il va sans dire que le superviseur n'aura pas de procuration pour la personne supervisée. Pour la supervision des personnes morales, il est important de préciser que le superviseur n'a aucune fonction dans les organes de la personne morale, mais qu'il a simplement un pouvoir d'observation. En outre, il est important que le superviseur soit indépendant à la fois vis-à-vis de la personne morale et du tribunal. Le fait de permettre à la personne morale de soumettre des suggestions aidera le superviseur à se faire accepter au sein de l'entreprise. Cette confiance initiale est importante pour que la procédure de conformité fonctionne. La supervision s'immisce assez profondément dans les structures et procédures existantes d'une entreprise. Elle n'est donc pas "une case de plus" à cocher sur la liste des sanctions, mais une sanction plutôt dissuasive et invasive. Elle

²¹⁴ Pologne, *Loi du 28 octobre 2002 sur la responsabilité des entités collectives pour les actes interdits sous peine de sanction*, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²¹⁵ Voir par exemple République tchèque, section 14 de la loi n° 418/2011 Coll. qui prescrit que, pour décider des sanctions, le tribunal doit " examiner si la personne morale mène une activité dans l'intérêt public, ayant une importance stratégique ou difficilement remplaçable pour l'économie nationale ", OCDE (mars 2013), *République tchèque : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.19, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016 ; *Zakon 418/2011* (loi 418/2011), disponible sur <http://portal.gov.cz> (tchèque) ; OCDE (mars 2011), *Canada : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.38, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016 : " Préciser que, dans le cadre des enquêtes et des poursuites relatives aux infractions prévues par le CFPOA, les considérations relatives à l'intérêt économique national, à l'effet potentiel sur les relations avec un autre État ou à l'identité des personnes physiques ou morales impliquées, ne sont jamais appropriées ".

²¹⁶ OCDE (mars 2013), *République tchèque : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.49, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

ne doit donc pas être appliquée au hasard, mais uniquement lorsque des défaillances systémiques de la culture d'intégrité nécessitent l'intervention d'un superviseur.

Paragraphe 3

Les **interdictions et les ordres** du paragraphe 3a sont quelque peu similaires à une sanction habituellement disponible pour les personnes physiques, à savoir l'ordre de suspension de la qualification professionnelle. Toutefois, le paragraphe 3a ne vise que les activités des entités commerciales et en particulier des sociétés. Les paragraphes i à ii sont calqués sur le droit polonais.²¹⁷ paragraphes iii à v sont tirés de la quatrième directive anti-blanchiment de 2015.²¹⁸ L'interdiction prévue au paragraphe iii limite également les libertés de la personne physique concernée. Elle n'est donc applicable que si la personne physique a fait l'objet d'une procédure pénale et a été reconnue coupable.

La **liquidation** est la peine de mort pour les personnes morales. Alors que la peine de mort est interdite pour les personnes physiques dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, la liquidation est la sanction la plus grave pour les personnes morales. Dans certains pays, des exceptions s'appliquent aux ONG ou aux activités non commerciales.²¹⁹ Les ONG craignent souvent que la sanction de liquidation ne soit utilisée de manière abusive à leur encontre dans les systèmes de gouvernance à tendance totalitaire. D'un autre côté, il est important d'empêcher toute exception pour les ONG d'être abusée. Par exemple, même une organisation à but non lucratif condamnée à plusieurs reprises pour corruption d'agents publics devrait probablement cesser d'exister, même si la corruption n'avait pas un but commercial, mais uniquement un but idéaliste. C'est encore plus vrai lorsque l'ONG n'est qu'une couverture pour la corruption dans l'intérêt économique de la personne qui en est à l'origine.

²¹⁷ Section 9.1 de la loi du 28 octobre 2002 sur la responsabilité des entités collectives pour des actes interdits sous peine de sanction, idem.

²¹⁸ *Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme*, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 31 janvier 2016.

²¹⁹ OCDE/ACN, ibid, chapitre 5.1.3 ; voir par exemple Roumanie, Code pénal, Art. 141, Non-exécution de la peine de dissolution ou de suspension de l'activité de la personne morale : " (1) Les peines accessoires prévues par l'art. 136 par. (1) Les peines accessoires prévues à l'art. 136, al. 3, let. a) et let. b) [dissolution] ne peuvent être appliquées aux institutions publiques, aux partis politiques, aux syndicats, aux associations d'employeurs, aux organisations religieuses ou aux organisations des minorités nationales, constituées conformément à la loi. (2) Les dispositions de l'al. (1) s'appliquent aux personnes morales exerçant des activités dans les médias."

Paragraphe 4

Les mesures du paragraphe 4 font suite à des recommandations répétées du GRECO et de l'OCDE, visant à "étendre la déchéance [des marchés publics] aux personnes morales", à ²²⁰introduire dès que possible un casier judiciaire pour les personnes morales, ce qui permettrait l'application pratique de sanctions supplémentaires d'exclusion des marchés publics",²²¹ à garantir que "les agences responsables des marchés publics, de l'APD [aide publique au développement] et des crédits à l'exportation, ainsi que de toutes les autres subventions publiques, aient accès à ce registre", ²²²et à prévoir "l'exclusion du droit aux prestations ou aides publiques à titre de peine complémentaire". ²²³

Paragraphe 5

Ce paragraphe devrait aller de soi. Cependant, il est inclus afin d'éviter tout débat inutile dans la salle d'audience.

Article 6 - Peine ; circonstances atténuantes

- (1) [Lorsqu'elles déterminent le type et le niveau des sanctions ou des mesures, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris le cas échéant :**
- (a) la gravité et la durée de la violation ;**
 - (b) le degré de responsabilité de la personne morale tenue pour responsable ;**
 - (c) la solidité financière de la personne morale responsable, indiquée par exemple par le chiffre d'affaires total de la personne morale responsable ;**
 - (d) le bénéfice tiré de la violation par la personne morale tenue pour responsable, dans la mesure où il peut être déterminé ;**
 - (e) les dommages causés aux tiers par la violation, dans la mesure où ils peuvent être déterminés ;**
 - (f) les violations antérieures par la personne physique ou morale tenue pour responsable ;**

²²⁰ OCDE (décembre 2014), *Argentine : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 4e, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²²¹ OCDE (octobre 2013), *Belgique : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.21, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²²² OCDE Belgique, *ibid*, p.24 ; OCDE Bulgarie, *ibid*, p.34 : "En ce qui concerne les marchés publics, le groupe de travail recommande à la Bulgarie d'introduire une disposition légale permettant d'exclure les personnes morales des marchés publics, de fournir des conseils aux organismes de passation de marchés sur la diligence raisonnable, et d'envisager de tenir un registre des personnes physiques et morales condamnées pour corruption qui pourrait être consulté par les pouvoirs adjudicateurs".

²²³ OCDE (juin 2011), *Luxembourg : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.105, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

- (2) [*Circonstances atténuantes*] Les **autorités compétentes peuvent tenir compte des circonstances atténuantes suivantes** :
- (a) **le niveau de coopération de la personne morale tenue pour responsable avec l'autorité compétente ;**
 - (b) **si la personne morale a signalé l'infraction avant d'apprendre qu'elle avait été détectée ;**
 - (c) **la mesure dans laquelle la personne morale maintient un programme de conformité conforme aux orientations de l'article 3, paragraphe 2.**

Paragraphe 1

Les lignes directrices relatives aux amendes infligées aux personnes morales ne sont en principe pas différentes de celles qui s'appliquent aux personnes physiques. Le paragraphe 1 est repris mot pour mot de la quatrième directive anti-blanchiment, où il s'applique de la même manière aux personnes physiques et morales. Souvent, les pays disposent déjà de lignes directrices sur les peines contenant les critères du paragraphe 1, voire en ajoutant d'autres. Le plus important dans le contexte des personnes morales est le paragraphe 1c qui lie le calcul de la sanction au chiffre d'affaires financier plutôt qu'aux revenus. Les entreprises à fort pouvoir économique ne génèrent souvent pas ou peu de revenus pendant plusieurs années consécutives, même si leur situation financière est globalement saine. Il serait donc erroné de faire du chiffre d'affaires le critère décisif en tant que règle de base. Le paragraphe 1c reste ouvert à d'autres critères, pour les cas où les personnes morales ne tirent pas leur richesse du chiffre d'affaires, mais de la détention d'actifs sur une longue période, comme les trusts immobiliers.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2a est repris textuellement de la quatrième directive anti-blanchiment. L'incitation à la réduction de la peine est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de grandes entreprises : les preuves se cachent dans la complexité d'une organisation qui peut compter des milliers d'employés et des milliards de données. Même si les procureurs disposent de suffisamment d'informations initiales pour obtenir un mandat de perquisition, ils risquent de ne pas être en mesure d'exploiter les preuves dans les délais de prescription. Par exemple, lors de l'enquête sur l'affaire Siemens, la société employait quelque 475 000 personnes et exerçait ses activités dans 190 pays. Il a donc fallu mener 1 750 entretiens avec des employés de Siemens et d'autres personnes ; organiser 800 séances d'information avec des employés pour obtenir des renseignements de base ; rechercher 82 millions de documents par voie électronique pour identifier les éléments potentiellement pertinents ; examiner 14 millions de documents ; analyser 38 millions de transactions financières ; et examiner 10 millions de dossiers bancaires.²²⁴ Si Siemens n'avait pas **coopéré** avec les procureurs, il est probablement juste de dire que la montagne d'informations à trier aurait

²²⁴ Siemens (25 décembre 2008), *communiqué de presse*, disponible sur www.siemens.com, consulté le 31 janvier 2016.

été plusieurs fois plus importante et que l'enquête n'en aurait donné qu'une image réduite ou peu concluante.

Le paragraphe 2b concerne le **regret effectif**. Le GRECO s'est opposé aux règlements dans lesquels le regret effectif exonère automatiquement et obligatoirement le défendeur. En outre, il s'est dit préoccupé par le fait que "cet outil pourrait être utilisé à mauvais escient par le corrupteur, par exemple comme moyen de pression sur le corrompu pour obtenir d'autres avantages, ou dans des situations où une infraction de corruption est signalée longtemps après avoir été commise, puisqu'il n'y a pas de délai légal".²²⁵ Le groupe de travail de l'OCDE a fait des observations similaires : "La Convention n'autorise pas une défense fondée sur le regret effectif. Dans les cas de corruption transnationale, le moyen de défense fondé sur le regret effectif saperait complètement l'objectif de la Convention."²²⁶ Le paragraphe 2b s'inspire de la disposition monténégrine, qui n'a pas fait l'objet d'une recommandation du GRECO, car le moyen de défense n'était applicable qu'à la discrétion du tribunal.²²⁷ En outre, le regret effectif au titre du paragraphe 2b ne peut conduire qu'à l'atténuation d'une sanction, mais pas à l'exonération du défendeur.

Le paragraphe 2c contient la défense du **respect** total des exigences de prévention de la corruption. Il est particulièrement fréquent dans les systèmes de responsabilité stricte (article 2, paragraphe 1c). La responsabilité stricte rend l'entreprise responsable de n'importe lequel de ses agents, même les plus soigneusement sélectionnés et supervisés. En d'autres termes, la responsabilité stricte fait peser sur l'entreprise la charge des "agents voyous", même si elle n'a pas commis de faute dans la mise hors limites de l'agent. Il semble donc juste de permettre à l'entreprise de montrer qu'elle a fait tout ce qu'elle pouvait pour empêcher l'agent de commettre l'infraction de corruption et de recevoir ainsi une peine plus légère.

Article 7 - Responsabilité des successeurs et des partenaires

- (1) [En cas de fusion, transformation ou scission d'une personne morale - de droit ou par transaction juridique - après la commission de l'infraction, la responsabilité des sanctions prévues à l'article 5 [sanctions] incombe à la ou aux personnes morales résultant de la réorganisation ; il en va de même lorsque les mêmes propriétaires poursuivent essentiellement la même activité avec une autre personne morale.**
- (2) [Dans la mesure où les associés ou actionnaires sont personnellement responsables des obligations financières de la personne morale, ils sont passibles de sanctions financières (article 5, paragraphe 1a [confiscation] et paragraphe 2a [amendes]).**

²²⁵ GRECO (6 avril 2011), *Troisième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur la République de Moldavie*, para. 64, disponible sur www.coe.int/greco, consulté le 31 janvier 2016.

²²⁶ OCDE République tchèque, *ibid*, p.15.

²²⁷ GRECO (3 décembre 2010), *Troisième cycle d'évaluation. Rapport d'évaluation sur la République de Moldavie*, para. 76, disponible sur www.coe.int/greco, consulté le 31 janvier 2016.

- (3) **[Nonobstant le paragraphe 2, la personne morale ne peut pas exercer de recours contre ses dirigeants ou employés pour des sanctions financières [article 2, paragraphe 1], mais seulement pour des dommages et autres conséquences similaires.**
- (4) **[Liquidation et faillite] Toute personne physique ou morale**
- (a) liquider sciemment la personne morale afin de la soustraire aux sanctions financières ; ou**
- (b) pénalement responsable d'un délit de banqueroute ;**
- est responsable dans la mesure où la personne morale n'est pas en mesure de payer les sanctions financières.**

Paragraphe 1

Une personne physique peut changer de visage, de nom ou de sexe. Néanmoins, en vertu du droit civil ou pénal, elle aura toujours la même personnalité juridique et sera responsable des mêmes contrats ou infractions pénales. Les personnes morales peuvent perdre leur personnalité juridique comme le souhaitent leurs propriétaires, par le biais d'une fusion (deux sociétés en forment une nouvelle), d'une transformation (une société en commandite se transforme en société) ou d'une scission (une société se divise en deux). En conséquence, il y a une, deux ou plusieurs **nouvelles personnalités juridiques**. La loi doit donc préciser que la responsabilité de l'ancienne personne morale sera transférée à la ou aux nouvelles personnes morales. Plusieurs lois nationales contiennent des clauses clarifiant cette succession juridique,²²⁸ alors que de nombreuses nouvelles lois des pays en transition ne le font pas. En Allemagne, la responsabilité des successeurs a été introduite en 2013. Auparavant, les entreprises tentaient parfois d'échapper à leur responsabilité en fusionnant avec d'autres entreprises.²²⁹ Un projet de loi en cours à la Chambre haute d'Allemagne limite la succession légale aux cas où le "successeur connaissait ou aurait dû connaître au moment de la succession la responsabilité du prédécesseur" avant l'application de la sanction. Toutefois, les sanctions déjà appliquées prennent toujours effet à l'encontre du successeur.²³⁰ La seconde moitié de l'article 7, paragraphe 1, s'inspire de l'article 10,

²²⁸ Voir par exemple Autriche, *ibid*, § 10 ; République tchèque, *ibid*, section 10 (" la responsabilité pénale des personnes morales se transmet à tous leurs successeurs légaux ") ; Allemagne, § 30 sous-section 2a *de la loi sur les infractions réglementaires* [*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG*] telle qu'amendée en 2009, disponible sur www.gesetze-im-internet.de, consulté le 31 janvier 2016 ; Roumanie, art. 151 LOI n° 286 du 17 juillet 2009 (Code pénal).

²²⁹ Par exemple, le cas d'un producteur international de café, voir Agence fédérale antitrust allemande, communiqué de presse du 11 février 2014, "*Le tribunal régional supérieur de Düsseldorf confirme les amendes contre Melitta*", disponible à l'adresse www.bundeskartellamt.de, consulté le 31 janvier 2016 : "Le Bundeskartellamt [agence fédérale antitrust] part du principe que cette réorganisation [=une fusion] a été réalisée dans le but d'éviter la responsabilité du paiement des amendes."

²³⁰ Rhénanie-du-Nord-Westphalie, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden* (Projet de loi de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, loi sur l'introduction de la responsabilité pénale des entreprises et autres associations), § 2 sous-section 4 : " La sanction de l'entreprise sera appliquée contre le successeur légal si celui-ci connaissait ou aurait dû connaître totalement ou partiellement l'infraction au moment de la succession. " disponible sur www.justiz.nrw.de, consulté le 31 janvier 2016.

paragraphe 2, de la loi autrichienne sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales.²³¹ Elle vise les cas où une société ne succède pas à une autre par voie de succession universelle, mais par voie de succession singulière. L'activité essentielle d'une société est transférée à une autre société sans transformation juridique globale entre les deux personnes morales distinctes. Ces transferts s'effectuent en transmettant à l'autre société des actifs essentiels tels que la propriété intellectuelle, les clients, le personnel et/ou les biens ; d'où la description de "succession singulière", car chaque actif doit être transféré.

Les transformations peuvent se produire par **accord**, par exemple entre les actionnaires de différentes sociétés. Les transformations peuvent également être le résultat de dispositions légales. Par exemple, dans de nombreuses juridictions, une société simple ayant pour but de créer une société à responsabilité limitée ("Limited") se transformera *de droit* en la Limited une fois qu'elle sera dûment enregistrée.

Paragraphe 2

Du point de vue du droit des sociétés, ce que souligne le paragraphe 2 devrait aller de soi : dans les personnes morales à **responsabilité personnelle**, comme les sociétés de personnes, les associés sont responsables des obligations financières de la personne morale. Cependant, il est important de faire une déclaration législative claire sur ce point. Sinon, des discussions évitables surgiront lors des procès pour savoir si la responsabilité personnelle en droit civil des sociétés ne comprend que les responsabilités civiles, ou également les amendes pénales. Par exemple, en Allemagne, il est difficile de trouver une doctrine juridique sur cette question,²³² même si la responsabilité des personnes morales est un concept qui y existe depuis plusieurs décennies.

Une spécialité s'applique aux associés qui ont été impliqués dans l'infraction de corruption. Ils pourraient être doublement redevables pour la même infraction : l'amende de leur condamnation personnelle ainsi qu'une part de l'amende due par leur société. Cela soulève la question procédurale de la **double peine** (voir article 12).

En pratique, un associé ne peut pas être responsable de la confiscation d'un bien spécifique d'une société de personnes : soit le bien se trouve dans la société, soit il n'y est pas. Si le bien se trouve chez l'associé, il sera confisqué en vertu de la confiscation par un tiers. Cependant, le paragraphe 2 est important pour les cas de **confiscation en valeur**. Il s'agit des cas où le produit d'un crime ne peut pas être saisi, mais où la valeur qui correspond à ce produit peut être confisquée.²³³

²³¹ Loi fédérale sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales de 2005 [*Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz - VbVG)*], disponible sur www.internet4jurists.at, consulté le 31 janvier 2016.

²³² Le présent commentaire juridique en 15 volumes (prix de vente : 2 300 €) sur le droit commercial (y compris les sociétés de personnes) contient une réponse à cette question, alors que de nombreux commentaires plus courts ne le font pas : Staub, *Handelsgesetzbuch : HGB, Großkommentar in 15 Bänden*, 5^e édition, § 128 n° 10.

²³³ Article 4, *Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au gel et à la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne*, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 31 janvier 2016.

Paragraphe 3

Ce paragraphe est repris plus ou moins textuellement de la loi autrichienne sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales.²³⁴ L'objectif réglementaire de ce paragraphe est de laisser l'**effet** des sanctions financières à la personne morale. Sinon, la possibilité d'une amende pourrait ne pas avoir un effet dissuasif suffisant sur la personne morale. Cependant, il est important que la personne morale puisse se retourner contre ses dirigeants et employés pour tout autre dommage financier qu'elle aurait subi. Il s'agit notamment des dommages pour perte d'activité, perte de réputation, frais de procédure, etc.²³⁵ Dans la pratique, les dirigeants sont généralement couverts par une assurance administrateurs et dirigeants ("assurance D&O").²³⁶ Toutefois, l'assurance D&O ne couvre pas les amendes résultant d'infractions pénales, ni tout autre dommage.

Paragraphe 4

Évidemment, les propriétaires peuvent tout simplement vouloir **liquider** la personne morale. En conséquence, elle perdra sa personnalité juridique. Cela soulève la question de savoir si quelqu'un et, le cas échéant, qui assumera la responsabilité de la personne morale disparue. Des questions similaires se posent dans le contexte de la faillite de la personne morale. Les infractions de faillite comprennent diverses formes de diminution de l'actif d'une personne morale de mauvaise foi, par exemple en cédant ou en cachant des actifs, en reconnaissant des dettes fictives ou en détruisant des livres.²³⁷ Dans les deux cas, la liquidation intentionnelle de personnes morales ou la commission d'infractions en matière de faillite, dans le but de protéger la personne morale du paiement de sanctions financières, constituerait ou devrait constituer un délit civil en vertu des principes généraux du droit civil.²³⁸ Pour éviter tout débat inutile dans la salle d'audience, le paragraphe 3 clarifie cette question.

Article 8 - Applicabilité du droit interne

La loi applicable sur le territoire où la personne morale a son siège statutaire ou effectif ou sur le territoire où la personne physique a commis une infraction (article 1

²³⁴ § 11 Loi fédérale sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales de 2005, *ibid.*

²³⁵ Voir dans ce contexte, par exemple, la condamnation de Siemens à 15 millions d'euros de dommages et intérêts contre l'un de ses PDG : Reuters, (6 février 2015), *Ex-Siemens CFO Neuburger commits suicide*, www.reuters.com.

²³⁶ *Businessdictionary* : "Assurance responsabilité civile personnelle qui offre une couverture générale aux administrateurs et aux cadres supérieurs d'une entreprise. Payée généralement par l'entreprise, elle rembourse (en partie ou en totalité) les coûts résultant de poursuites judiciaires et de jugements découlant de mauvaises décisions de gestion, de licenciements d'employés, de griefs d'actionnaires et d'autres actes de ce type commis de bonne foi. Les infractions pénales ne sont pas couvertes par cette assurance.", disponible sur www.businessdictionary.com.

²³⁷ Voir par exemple les délits de faillite dans le *code pénal* allemand, section 283, disponible sur www.gesetze-im-internet.de, consulté le 31 janvier 2016.

²³⁸ Comme c'est le cas par exemple en droit allemand.

paragraphe 2) s'applique en ce qui concerne la responsabilité de la personne morale en vertu des articles 2 à 4.

Les conventions du Conseil de l'Europe (article 18) et de la CNUCC (article 42) ne contiennent aucune disposition particulière sur la loi applicable en cas de responsabilité des personnes morales. De même, les dispositions générales des codes pénaux sont souvent conçues uniquement pour les personnes physiques. Une version antérieure du code pénal roumain en est un exemple.²³⁹ Pour l'application internationale, on peut lire en résumé : "Le droit pénal s'applique aux infractions commises sur le territoire roumain. Le droit pénal s'applique aux infractions commises en dehors des frontières roumaines, par un citoyen roumain ou par une personne sans citoyenneté qui réside en Roumanie, si l'acte est également considéré comme une infraction par le droit pénal du pays où il est commis." Cela soulève les questions suivantes : Premièrement, quelle est l'"infraction" en matière de responsabilité des personnes morales - l'infraction de corruption commise par la personne physique, ou le lien de responsabilité, c'est-à-dire le manque de surveillance ou l'absence de mécanismes de prévention ? Par exemple, si l'on ne considère que l'acte de la personne physique, la corruption, celle-ci pourrait être commise par un employé étranger à l'étranger. Le manque de surveillance pourrait n'avoir eu lieu qu'en Roumanie, où une société pourrait avoir son siège. S'agit-il d'une commission sur le territoire roumain ? Deuxièmement, une personne morale ne pourrait probablement pas être qualifiée de "citoyen", à moins que ce terme ne soit défini explicitement pour inclure les personnes morales. Mais même si une personne morale pouvait en général être considérée comme correspondant au terme "citoyen", quand serait-elle qualifiée comme telle - lorsqu'elle est enregistrée avec son siège principal en Roumanie mais établie en vertu d'un droit étranger ou seulement lorsqu'elle est établie en vertu du droit roumain ? En outre : Quand une personne morale "résiderait-elle" en Roumanie - une succursale ou une filiale suffit-elle, le siège de facto, ou le siège social en Roumanie est-il nécessaire ?

L'article 8 vise à garantir une réponse claire à toutes les questions susmentionnées. Il consolide les dispositions respectives que l'on trouve par exemple dans les législations autrichienne, tchèque, roumaine (version actualisée) et britannique,²⁴⁰ et suit les recommandations du groupe de travail de l'OCDE :

²³⁹ Article 11 du *Code pénal* (non daté, fichier pdf en date de 2010), disponible sur www.vertic.org, consulté le 31 janvier 2016.

²⁴⁰ § 12 de la loi fédérale de 2005 sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales, *ibid* ; Royaume-Uni, *Bribery Act 2010*, Section 7 subsection 5, disponible sur www.legislation.gov.uk (les responsables sont : " toute autre personne morale (où qu'elle soit constituée) qui exerce une activité, ou une partie d'activité, dans toute partie du Royaume-Uni, tout autre partenariat (où qu'il soit constitué) qui exerce une activité, ou une partie d'activité, dans toute partie du Royaume-Uni ") ; République tchèque, Loi n° 418/2011, *ibid*, sections 2 à 5 ; Roumanie, Code pénal, *ibid*, article 9.

- Exercer sa compétence "lorsque l'infraction de corruption étrangère est perpétrée à l'étranger par un intermédiaire qui n'est pas un ressortissant suédois" ²⁴¹ ou sur "des sociétés constituées ou ayant leur siège au Mexique" ; ²⁴²
- "Prévoir clairement la compétence territoriale et la nationalité" ; ²⁴³
- Appliquer "la compétence territoriale et de nationalité concernant les infractions commises en tout ou en partie à l'étranger, [...] qu'elles soient commises directement ou par des intermédiaires (y compris des personnes morales liées telles que des filiales étrangères)" ; ²⁴⁴
- Préciser par tout moyen approprié que la compétence à l'égard des personnes morales [...] doit être interprétée au sens large et couvrir, en particulier, (i) les sociétés non constituées au Brésil si leur siège principal se trouve au Brésil ; et (ii) les sociétés dont la gestion et le contrôle principaux sont situés au Brésil même si une partie de cette fonction est située hors du Brésil". ²⁴⁵

L'article 8 applique le principe de **nationalité** aux sociétés fondées en droit interne (ayant leur siège social habituellement dans leur pays d'origine) ou résidant *de facto* dans le pays. En outre, il applique le principe de **territorialité** à l'infraction commise par la personne physique.

Il est important de garder à l'esprit que l'article 8 ne fait pas référence (uniquement) à la personne morale la plus proche de l'infraction commise, mais également à la personne morale dans l'intérêt de laquelle l'infraction est commise. Ainsi, par exemple, si la société A réside à l'étranger et est responsable de la corruption commise à l'étranger, le droit pénal national s'applique toujours si la corruption a été commise dans l'intérêt de sa société mère B, dont le siège est enregistré dans le pays. Tel que formulé à l'article 8, la "personne morale" est toujours la personne morale visée aux articles 2, 3 et 4, ce qui peut signifier diverses entités dans un **conglomérat de personnes morales**. ²⁴⁶

Il convient de noter que certains pays vont plus loin que l'article 8 et appliquent même la compétence **universelle**. Par exemple, "le droit de la République tchèque s'applique

²⁴¹ OCDE (juin 2012), *Suède : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 3b, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²⁴² OCDE (octobre 2011), *Mexique : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 3c, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²⁴³ OCDE (mars 2014), *Chili : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 5, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²⁴⁴ OCDE (mars 2014), *Afrique du Sud : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 14k, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

²⁴⁵ OCDE Brésil, *ibid*, p.29.

²⁴⁶ La loi tchèque (loi 418/2011 Coll., *ibid*) contient une disposition explicite à cet égard (section 4 sous-section 2), car elle suit une formulation réglementaire différente : "Le droit de la République tchèque s'applique également pour déterminer la responsabilité de la sanction d'un acte criminel commis à l'étranger par une personne morale n'ayant pas de siège en République tchèque, si l'acte criminel a été commis pour le compte d'une personne morale ayant un siège en République tchèque."

lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité de la sanction" de certains actes de falsification d'argent et de terrorisme, "même si cet acte criminel a été commis à l'étranger par une personne morale n'ayant pas de siège social en République tchèque." ²⁴⁷

Article 9 - Application du droit administratif/pénal général

Pour le reste, les dispositions matérielles générales s'appliquent aux personnes morales dans la mesure où elles ne sont pas exclusivement applicables aux personnes physiques.

De nombreuses dispositions s'appliquent indifféremment aux personnes physiques et morales. L'interdiction de l'application rétroactive du droit pénal en est un exemple. Il n'est pas nécessaire de **doubler** à nouveau ces dispositions communes dans une loi concernant la responsabilité des personnes morales. L'article 9 répond à cet objectif. Il n'y a qu'un nombre très limité de dispositions qui s'appliquent exclusivement aux personnes physiques. Il est évident de savoir de quelles dispositions il s'agit, comme par exemple la sanction de l'emprisonnement. De nombreuses lois nationales contiennent une disposition comme celle de l'article 9, par exemple, la loi autrichienne sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales. ²⁴⁸

Dans le contexte de l'article 9, il est important de garder à l'esprit qu'il faut être prudent lorsqu'on envisage des réglementations spéciales pour les personnes morales. Les **délais de prescription** en sont un exemple. A plusieurs reprises, le groupe de travail de l'OCDE a critiqué les délais de prescription plus courts pour les personnes morales que pour les personnes physiques. ²⁴⁹

²⁴⁷ Article 4, paragraphe 1, de la loi n° 418/2011, *ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*, § 14 sous-section 1.

²⁴⁹ OCDE Suisse, *ibid.*, recommandation 17 : " Le maintien de l'application, par les tribunaux, d'un délai de prescription de 15 ans pour les poursuites contre les personnes morales afin de laisser un délai adéquat pour les enquêtes et les poursuites relatives à l'infraction de corruption transnationale " ; OCDE Brésil, *ibid.*, recommandation 8 : " En ce qui concerne la prescription, le Groupe de travail recommande au Brésil [...] (ii) de clarifier sa capacité à prolonger le délai pour les procédures administratives contre les personnes morales " ; OCDE Italie, recommandation 4f : "réévaluer l'impact du délai de prescription de base plus court applicable aux personnes morales et envisager d'aligner ce délai sur le délai de prescription applicable aux personnes physiques".

Chapitre II : Questions de procédure

Note préliminaire : nécessité de dispositions distinctes ?

On peut distinguer grosso modo deux modèles de réglementation procédurale : la plupart des pays restent plutôt silencieux sur les questions de procédure et laissent aux tribunaux le soin d'appliquer le droit procédural conçu pour les personnes physiques de manière analogue aux personnes morales. D'autres pays tentent de réglementer de manière exhaustive toutes les particularités procédurales concernant les personnes morales, telles que la manière de citer une personne morale à comparaître, si la personne morale a le droit de garder le silence, etc. Cette boîte à outils législative opte pour une réglementation plutôt exhaustive pour la raison suivante : en particulier dans les pays où le concept de responsabilité des personnes morales est de toute façon nouveau, les tribunaux auront déjà suffisamment à faire. Leur confier la tâche de trouver des solutions procédurales particulières pour les personnes morales pourrait les surcharger. Dans tous les cas, il est préférable d'avoir des réponses claires dans la loi plutôt que des lacunes réglementaires à combler ultérieurement par les tribunaux.

Article 10 - Jurisdiction nationale

- (1) [La juridiction est réputée établie dans le tribunal dans le ressort duquel la personne morale a son siège statutaire ou *de fait*.
- (2) [Pour les personnes *morales* dont le siège social et le siège *de fait* sont à l'étranger, le lieu de juridiction est réputé être établi dans le tribunal.
 - (a) [dans la circonscription de laquelle l'infraction a été commise, si elle a été commise à l'intérieur du territoire ; ou
 - (b) [L'*infraction étrangère*] qui est compétente pour les personnes physiques étrangères ou apatrides, si l'infraction a été commise en dehors du territoire.
- (3) [Les dispositions relatives à la compétence judiciaire pour les affaires connexes ne sont pas affectées.

L'article 8 détermine l'applicabilité internationale du droit pénal matériel. Une fois (et seulement) que la réponse à cette question est affirmative, l'article 10 fournit des indications sur le tribunal **national** compétent pour juger l'affaire. Il y a essentiellement deux options pour le lieu de jugement : le lieu où l'infraction de corruption a eu lieu, ou le lieu où la personne morale a son siège social. Il existe des arguments en faveur de ces deux options. Le lieu de l'infraction présente l'avantage que le même tribunal jugera la personne physique et la personne morale (puisque la personne physique est généralement jugée sur le lieu de l'infraction). Le lieu du siège de la personne morale présente l'avantage que le même tribunal serait toujours compétent pour les infractions commises par la même personne morale. Il s'agirait également d'un lieu facile à déterminer au cas où l'infraction ou les infractions de corruption de la personne morale auraient eu lieu à différents endroits. En outre, le bureau du procureur du tribunal serait plus proche de la personne morale pour

recueillir des preuves auprès de celle-ci. En outre, les circonstances exactes de l'infraction - y compris le lieu - ne sont souvent pas claires lorsque des personnes morales sont impliquées : le pot-de-vin a-t-il été remis dans les locaux de la société, dans un bureau public ou dans un troisième lieu ? Enfin, les personnes morales ont tendance à avoir leur siège dans des villes plutôt grandes. Les juges des tribunaux des grandes villes seront plus susceptibles d'être confrontés au concept de responsabilité des personnes morales ; pour leurs collègues des tribunaux plus petits, ce concept peut être assez peu familier. Pour ces raisons, le **paragraphe 1** définit le siège de la personne morale comme le lieu du défaut. Toutefois, si le tribunal souhaite rattacher l'affaire au procès contre la personne physique, il peut décider de le faire en vertu de l'article 10, **paragraphe 3**. En ce qui concerne les sociétés ayant un siège à l'étranger, le **paragraphe 2** définit le lieu du procès de manière analogue à ce qui se fait habituellement pour les personnes physiques. Il existe évidemment de nombreuses variantes possibles pour la détermination du lieu de juridiction des tribunaux nationaux. Les deux seules choses dont les rédacteurs juridiques doivent s'assurer en fin de compte sont de prendre en compte les arguments politiques mentionnés ci-dessus et de définir un lieu pour toutes les constellations possibles de cas. Une disposition définissant le lieu de juridiction uniquement par le lieu où l'infraction a été commise ne serait pas suffisante : les personnes morales peuvent également être responsables dans leur pays d'origine pour avoir commis des actes de corruption à l'étranger.

Article 11 - Procédure autonome

La procédure contre la personne morale peut se dérouler séparément ou sans procédure contre la personne physique ayant commis l'infraction.

L'article 11 est la disposition procédurale miroir de l'article 2 paragraphe 2c. L'article 2, paragraphe 2c, dissocie la responsabilité de la personne morale de la responsabilité de la personne physique. L'article 11 fait de même au niveau de la procédure. Il s'agit d'une disposition que l'on retrouve fréquemment dans les codes de procédure pénale.²⁵⁰ Les rapports de suivi de l'OCDE semblent également suggérer que la procédure contre la personne physique et la personne morale ne devrait pas dépendre l'une de l'autre par nécessité.²⁵¹ De telles dispositions sont utiles en ce qui concerne la tactique du procès. Les personnes morales sont souvent plus disposées à coopérer avec les procureurs dès le début

²⁵⁰ Voir par exemple Autriche, Loi fédérale sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales, *ibid*, § 15.

²⁵¹ OCDE (2000), *Mexique, Rapport de phase 1 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, p.24, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016 : " Ainsi, une personne morale ne peut être sanctionnée pénalement lorsque la personne physique qui a commis l'infraction de corruption ne peut être condamnée. Cela soulève des doutes quant au respect de la norme de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. " ; OCDE (2001), *Pologne, Rapport de phase 1 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016 : " Le Groupe de travail est préoccupé par certaines caractéristiques de cette approche, comme expliqué dans le rapport d'examen, en particulier l'exigence, dans la plupart des cas, d'une condamnation préalable de la personne physique [...]. "

afin d'obtenir une sentence plus clémente. La personne morale fournira des preuves complètes sur les systèmes de corruption. Il sera ainsi plus facile de monter un dossier contre les personnes physiques impliquées lors d'un procès ultérieur. La séparation procédurale est également importante lorsqu'une ou plusieurs personnes physiques prolongent le procès par des requêtes apparemment sans fin. Le tribunal peut déjà être pleinement convaincu de la responsabilité de la personne morale. Si le procès contre la personne morale était indissociable du procès contre les personnes physiques, il risquerait d'échouer car il dépasserait une durée raisonnable : "Permettre aux enquêteurs et aux procureurs de se concentrer sur la personne morale et laisser les défendeurs individuels (ou certains d'entre eux) pour une autre affaire peut faire gagner un temps précieux et, ainsi, améliorer la capacité du système à traduire en justice les affaires importantes." ²⁵²

Article 12 - Double peine

- (1) **[Personne physique et morale] L'interdiction de la double peine (*ne bis in idem*) ne s'applique pas lorsqu'une personne morale et une personne physique sont toutes deux condamnées pour la même infraction.**
- (2) **[Lors de l'évaluation des amendes et de l'application des mesures de confiscation, les tribunaux doivent tenir compte de l'effet économique global sur toute personne physique contrevenante en tant que partenaire ou actionnaire afin d'éviter une double peine.**
- (3) **[Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent par analogie lorsque des personnes morales liées sont responsables de la même infraction.**

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est le reflet des normes internationales : " La responsabilité d'une personne morale [...] **n'exclut pas les poursuites pénales** contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices des infractions pénales [...]. " (Convention pénale du Conseil de l'Europe, article 18, paragraphe 3).²⁵³ De nombreux pays incluent ce principe dans leur législation, comme l'Article 20 para. 4 du Code pénal lituanien : "La responsabilité pénale d'une personne morale n'exonère pas de la responsabilité pénale une personne physique qui a commis, organisé, incité ou aidé à commettre l'acte criminel." ²⁵⁴Lorsque ce n'est pas le cas, les juridictions supérieures ont confirmé ce principe. ²⁵⁵

Paragraphe 2

Dans certains cas, la sanction de la personne morale et celle du délinquant personne physique doivent être **coordonnées** dans une certaine mesure. Cela est nécessaire lorsque

²⁵² OCDE/ACN, *ibid*, p.28.

²⁵³ Souligné par l'auteur ; similaire Art. 26 para. 3 CNUCC.

²⁵⁴ Lituanie, Loi n° VIII-1968 (*Code pénal*), disponible sur www3.lrs.lt, consulté le 31 janvier 2016.

²⁵⁵ Voir par exemple Estonie, Ginter J., *Criminal Liability of Legal Persons in Estonia*, *Juridical International* XVI/2009, 151 (155), disponible sur <http://www.juridicainternational.eu>, consulté le 31 janvier 2016, citant une décision de la Chambre de droit civil de la Cour suprême (CLCSCd) 3-1-1-7-04.

la personne physique possède entièrement ou partiellement la personne morale. Dans ce cas, l'amende infligée à la personne morale punit déjà ses propriétaires : soit ils doivent fournir les liquidités nécessaires à la personne morale pour payer l'amende, soit la valeur de leurs actions diminue en fonction des pertes encourues par l'amende. C'est pourquoi, par exemple, les cours d'appel allemandes ont estimé que deux procédures différentes contre une personne morale et contre ses représentants ne violent pas le principe *ne bis in idem*.²⁵⁶ La procédure contre la personne physique peut suivre la procédure contre la personne morale. Toutefois, pour déterminer la sanction à l'encontre de la personne physique, il faut tenir compte du fait que la personne physique (par exemple, en tant qu'actionnaire) a déjà subi un préjudice économique du fait de la sanction contre la personne morale.²⁵⁷ Le paragraphe 2 présente cette coordination des sanctions.

Paragraphe 3

Ce paragraphe aborde un problème fréquemment rencontré dans la pratique, mais rarement, voire jamais, réglementé par la loi : plusieurs **personnes morales liées entre elles** sont impliquées dans une infraction de corruption. Là encore, la question se pose de savoir si une sanction à l'encontre d'une entité juridique empêche les poursuites contre les autres entités juridiques du conglomerat. En principe, les entités juridiques distinctes sont toutes séparément responsables de toute implication dans un système de corruption. Par exemple, lorsque deux personnes morales liées horizontalement à un trust sont impliquées dans un système de corruption, rien ne s'oppose à ce que les deux personnes morales soient sanctionnées. La situation peut être différente, lorsqu'une société holding et ses filiales ont participé à une affaire de corruption. Toute amende infligée à la filiale nuira déjà à la société holding sur le plan économique, car elle recevra de la filiale des revenus équivalents moindres. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi jugé en 2015, "que, dans une situation où la responsabilité d'une société mère est purement dérivée de celle de sa filiale et dans laquelle aucun autre facteur ne reflète individuellement le comportement dont la société mère est tenue responsable, la responsabilité de cette société mère ne peut excéder celle de sa filiale".²⁵⁸

Le paragraphe 3 ne porte que sur les sanctions **financières**. Il est évident que les sanctions consistant à publier le jugement ou à interdire les marchés publics peuvent s'appliquer à toutes les entités juridiques concernées.

Le paragraphe 3 peut également avoir une dimension **internationale**. Par exemple, le directeur du Serious Fraud Office du Royaume-Uni a déclaré dans une interview que le Royaume-Uni ne poursuivrait pas une personne morale parce que la société avait déjà été poursuivie aux États-Unis : "Notre droit ne permet pas à quelqu'un d'être poursuivi ici en relation avec un ensemble de faits si cette personne a été menacée d'une condamnation en

²⁵⁶ Cour d'appel de Hamm, décision 5 Ss OWi 19/73 du 27 avril 1973 (non disponible en ligne).

²⁵⁷ Cour d'appel de Francfort-sur-le-Main, *décision n° 1 Ss 63/11 du 25 janvier 2012*, disponible sur <http://openjur.de>, consulté le 31 janvier 2016.

²⁵⁸ CJUE, arrêt du 17 septembre 2015, *C597/13 P*, disponible sur <http://curia.europa.eu> consulté le 31 janvier 2016.

relation avec ces faits dans une autre juridiction."²⁵⁹ Il convient toutefois de souligner que l'interdiction de la double peine internationale est tout sauf une pratique claire et uniforme. Comme le soulignent les avocats internationaux : "La notion [de double peine] n'a pas la même signification parmi tous les signataires de la convention [OCDE]".²⁶⁰ Dans l'affaire Siemens, plusieurs juridictions ont poursuivi l'entreprise pour son comportement dans des affaires qui, en partie, se chevauchaient (Allemagne, Italie, Nigeria, États-Unis).²⁶¹

Article 13 - Privilège contre l'auto-incrimination

[Personne physique] **Les personnes physiques représentant la personne morale en tant que défendeur ont le droit de garder le silence si leur témoignage risque de les incriminer.**

La Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas de droit explicite de garder le silence. Pourtant, la **Cour européenne des droits de l'homme** a déclaré qu'"il ne fait aucun doute que le droit de garder le silence lors d'un interrogatoire de police et le privilège contre l'auto-incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procédure équitable."²⁶² L'article 13 est le reflet de ce droit.

Pour les enquêtes contre des personnes physiques, le droit de garder le silence peut déjà constituer un **obstacle** pour les enquêteurs. Ils ne sauront pas pleinement ce qui s'est passé dans une affaire et pourquoi, sans les aveux du délinquant. Avec les personnes morales, l'obstacle est probablement encore plus grand. Il arrive souvent qu'un enquêteur sache seulement que quelqu'un au sein d'une personne morale a corrompu un agent public, mais qu'il ne sache pas de qui il s'agit ni comment la corruption a eu lieu exactement. La personne morale peut avoir de nombreuses filiales et plusieurs milliers d'employés. Si la personne morale a le droit de garder le silence, l'enquêteur ne saura pas dans lequel des millions de documents de l'entreprise il doit chercher des traces de l'infraction, ni avec lequel des milliers d'employés il doit commencer à interroger (sans parler du fait qu'il ne connaît pas la plupart des noms et adresses des employés).

Il n'existe pas de norme internationale sur cette question. Les conventions anti-corruption sont silencieuses sur cette question, tout comme la plupart des publications. Le fait que les personnes physiques aient le droit de garder le silence ne signifie pas que cela s'applique automatiquement aux personnes morales : tous les articles de la Convention ne confèrent pas de droits aux personnes morales. La Cour s'en tient à un fonctionnement pratique en la

²⁵⁹ Dunn C. (12 mars 2012), *Double Jeopardy and the New World of Antibribery Laws*, Corporate Counsel, p.7, disponible sur www.immagic.com, consulté le 31 janvier 2016.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Anyango Oduor J. et autres (2013), *Left out of the Bargain : Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery*, p.61.

²⁶² CEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, requête n° 18731/91, arrêt du 8 février 1996, par. 45, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int>, consulté le 31 janvier 2016.

matière et évalue par disposition si elle peut attribuer des droits aux personnes morales.²⁶³ Pour autant que l'on puisse en juger, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu à traiter de la question de savoir si le droit de garder le silence s'applique aux personnes morales.²⁶⁴ Certains universitaires ont fait remarquer que la Cour applique tous les autres droits à un procès équitable aux personnes physiques et morales. Par conséquent, selon eux, la Cour appliquera très probablement aussi le droit de ne pas s'auto-incriminer aux personnes physiques et morales, dans la mesure du possible.²⁶⁵ Cependant, le droit de garder le silence a une composante fortement personnelle, comme l'a souligné la Cour constitutionnelle **allemande** : "La protection contre l'auto-incrimination est dans l'intérêt de la dignité humaine. Une obligation de s'auto-incriminer conduirait un individu à un dilemme personnel insupportable. Les personnes morales ne seraient pas en mesure de faire l'expérience d'un tel dilemme."²⁶⁶ Par conséquent, la Cour constitutionnelle allemande exclut les personnes morales du droit de garder le silence. En ce qui concerne la jurisprudence en dehors de l'Europe, il convient de noter que la Cour suprême des États-Unis a jugé dès 1906 qu'une société ne bénéficie pas du privilège du cinquième amendement contre l'auto-incrimination en raison de la nature personnelle de ce droit.²⁶⁷

Toutefois, les rédacteurs juridiques doivent garder à l'esprit qu'un certain nombre de pays et de tribunaux adoptent une position différente. De ce seul fait, il ne peut être exclu qu'une disposition nationale conforme à l'article 13 de cette boîte à outils soit jugée ultérieurement comme violant l'article 6 de la CEDH. Par exemple, la Cour européenne de justice a jugé que : "en général, les législations des États membres n'accordent le droit de ne pas témoigner contre soi-même qu'à une personne physique accusée d'une infraction dans une procédure pénale." Toutefois, la Cour a estimé que "la nécessité de sauvegarder les droits de la défense [...] est un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire". Ainsi, l'État ne doit pas "contraindre une entreprise à lui fournir des réponses qui pourraient impliquer l'aveu de sa part de l'existence d'une infraction qu'il incombe à la Commission de prouver."²⁶⁸ L'arrêt n'a qu'un effet juridique pour la mise en œuvre du droit de l'**Union européenne**, mais pas

²⁶³ Van den Muijsenbergh W./Rezai S. (2012), *Corporations and the European Convention on Human Rights*, Global Business & Development Law Journal, Vol. 25, p.48, disponible sur <http://digitalcommons.mcgeorge.edu>, consulté le 31 janvier 2016.

²⁶⁴ Van Kempen P. (2010), *Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection et responsabilité des entités juridiques privées et publiques en vertu du PIDCP, de la CEDH, de la CADH et de l'AfChHPR*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 14.3 (décembre 2010), p.16, disponible sur www.ejcl.org, consulté le 31 janvier 2016.

²⁶⁵ Van Kempen, idem ; Van den Muijsenbergh, ibid, 49.

²⁶⁶ Cour constitutionnelle allemande, *décision n° 1 BvR 2172/96 du 26 février 1997*, disponible sur www.servat.unibe.ch (allemand), consulté le 31 janvier 2016.

²⁶⁷ *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 75-76 (1906), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com>, consulté le 31 janvier 2016 : " L'amendement est limité à une personne qui sera contrainte, dans toute affaire pénale, de témoigner contre elle-même ; et si elle ne peut pas opposer le privilège d'une tierce personne, elle ne peut certainement pas opposer le privilège d'une société. [...] En fait, la règle selon laquelle le privilège est personnel est si stricte qu'il a été jugé dans certains cas que l'avocat ne serait pas autorisé à faire l'objection" ; voir également à ce sujet : Brodowski D. et autres (2014), *Regulating Corporate Criminal Liability*, p.200.

²⁶⁸ Cour de justice des Communautés européennes, *Orkem contre Commission des Communautés européennes, affaire 374/87, arrêt du 18 octobre 1989*, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 31 janvier 2016.

un effet général au niveau national des États membres de l'Union européenne. En ce qui concerne les exemples de pays, l'Autriche ²⁶⁹ et la Pologne inscrivent le droit de garder le silence dans leurs lois : "Le tribunal peut interroger le représentant de l'entité collective en qualité de témoin. La personne peut refuser de donner des explications." ²⁷⁰

En raison de l'absence de directives internationales claires sur le droit des personnes morales à garder le silence, ce kit d'outils juridiques ne prend pas de position spécifique sur cette question ; les législateurs de chaque **pays** devront décider eux-mêmes de la position à adopter.

L'**intérêt pratique** de cette question est plutôt limité. Dans la pratique, une personne morale n'a pratiquement jamais intérêt à garder le silence. Elle voudra éviter les amendes et autres dommages à son activité, et elle voudra être perçue comme coopérative et soutenant l'intégrité. Dans le même temps, les procureurs encourageront la personne morale à coopérer, car ils ne disposent pas des ressources nécessaires pour enquêter sur les grandes entreprises et sur d'innombrables éléments de preuve. Par conséquent, l'article 5, paragraphe 2 (sanctions) incite à la coopération.

Article 14 - Mesures préliminaires

- (1) [La juridiction compétente peut ordonner, sur proposition des autorités compétentes, l'une des mesures suivantes pour une durée maximale déterminée, s'il existe des raisons de penser que la personne morale est responsable en vertu des articles 2, 3 et 4 et que, sans ces mesures, l'enquête et l'application des sanctions ne seraient pas garanties :**
 - (a) [Interdiction de liquidation] Interdiction d'engager ou, le cas échéant, de suspendre la procédure de dissolution de la personne morale ou de liquidation de celle-ci ;**
 - (b) [Suspension de la fusion, de la transformation ou de la scission de la personne morale, ou de la réduction du capital nominal, qui a commencé avant l'enquête pénale ou pendant celle-ci ;**
 - (c) [Interdiction de cession d'actifs] Interdiction des opérations de cession d'actifs susceptibles de diminuer le patrimoine de la personne morale ou de provoquer son insolvabilité ;**
- (2) [La mise en liberté sous caution est prévue comme suit, les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution des personnes physiques s'appliquant par analogie :**
 - (a) La libération sous caution est ordonnée par le tribunal à la demande de la personne morale faisant l'objet de l'enquête ou de l'autorité chargée de l'enquête ;**

²⁶⁹ § 17 Loi fédérale sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales de 2005, *ibid.*

²⁷⁰ Article 21a al. 1 *Loi du 28 octobre 2002 sur la responsabilité des entités collectives pour des actes interdits sous peine de sanction*, disponible sur www.oecd.org (anglais), consulté le 31 janvier 2016.

- (b) La caution est calculée en fonction de l'amende prévue et des frais de procédure ;
- (c) Une fois la caution déposée, les mesures prévues au paragraphe 1 sont inapplicables.

Paragraphe 1

Lorsqu'une personne morale fait l'objet d'une enquête sur la corruption, un propriétaire "intelligent" peut essayer de retirer tous ses actifs financiers de la personne morale. En conséquence, la personne morale sera incapable de payer l'amende, et son propriétaire aura évité ou réduit l'effet économique de la sanction. Même de grandes entreprises internationales ont essayé de telles tactiques dans le passé.²⁷¹ Les législations nationales avancées et détaillées contiennent donc souvent des dispositions permettant aux procureurs d'empêcher que les ressources financières d'une personne morale ne soient mises hors de portée. Les paragraphes 1a à 1c concernent tous différentes formes de **dissimulation d'actifs financiers**. À première vue, le paragraphe 1b pourrait sembler être une répétition inutile de l'article 7, paragraphe 1 (succession juridique en cas de réorganisation). Ce dernier garantit que la responsabilité sera maintenue avec la nouvelle personne morale. Toutefois, ce transfert juridique ne suffira pas toujours à garantir le recouvrement d'une amende. Par exemple, une personne morale nationale peut se transformer en une personne morale étrangère dans une juridiction offshore où il est difficile de l'atteindre pour faire appliquer les sanctions. Le paragraphe 1 s'inspire des législations autrichienne²⁷² et roumaine²⁷³, qui prévoient toutes deux des mesures préliminaires afin de garantir le recouvrement des amendes.

Paragraphe 2

Les mesures visées au paragraphe 1 limitent la liberté des personnes morales et de leurs propriétaires pendant qu'une enquête est en cours. Les **mesures préliminaires** ne doivent pas être disproportionnées. En outre, il faut garder à l'esprit que la personne morale est présumée innocente jusqu'à preuve du contraire. Il n'est donc que juste d'accorder à la personne morale la possibilité de fournir à l'État une garantie pour la sanction financière en échange de l'évitement ou de la levée des mesures prévues au paragraphe 1. Le paragraphe 2 s'inspire du code pénal roumain, avec quelques modifications toutefois : le code pénal roumain ne prévoit le versement d'une caution que sur décision du tribunal, mais pas à la demande de la personne morale.²⁷⁴ En outre, le versement d'une caution ne suspend ni ne lève les mesures préliminaires imposées à la personne morale, ce qui pourrait représenter une charge disproportionnée pour cette dernière. On peut penser aux mesures préliminaires également dans le contexte de l'obtention de preuves. Par exemple, toute liquidation ou transformation d'une personne morale pourrait également être pertinente pour entraver l'accès aux preuves écrites, car des documents pourraient disparaître dans le

²⁷¹ Agence fédérale antitrust allemande, communiqué de presse du 11 février 2014, *ibid.*

²⁷² Article 20 de la Loi fédérale sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales de 2005, *ibid.*

²⁷³ Article 493, paragraphe 1 du Code pénal, *ibid.*

²⁷⁴ Article 493, paragraphe 2 du Code pénal, *ibid.*

processus de réorganisation. Toutefois, la disponibilité des preuves est généralement protégée par des réglementations fixant des périodes minimales d'archivage des documents de l'entreprise et par des sanctions pénales contre l'entrave à la justice.²⁷⁵

Article 15 - Succession légale

En cas de fusion, de transformation ou de scission d'une personne morale pendant la procédure, les actes de procédure concernant la personne morale précédente continueront à avoir des effets juridiques sur la ou les personnes morales issues de la réorganisation.

L'article 15 est nécessaire car les personnes morales ont une option que les personnes physiques n'ont pas : elles peuvent changer leur personnalité juridique. Les propriétaires de personnes morales peuvent le faire par le biais d'une fusion (deux sociétés en forment une nouvelle), d'une transformation (une société en commandite se transforme en société) ou d'une scission (une société se divise en deux) - voir ci-dessus l'article 7. En principe, il devrait aller de soi que les actes de procédure à l'encontre d'un prédécesseur **continuent** à produire leurs effets à l'encontre d'un successeur légal. Toutefois, afin d'éviter toute ambiguïté, l'article 15 précise que les actes de procédure tels que la signification d'actes judiciaires ou les interrogatoires produisent également leurs effets à l'égard des successeurs légaux. Dans le cas contraire, toute réorganisation juridique d'une personne morale nécessiterait la reprise de l'ensemble de la procédure. L'article 15 s'inspire de l'article 10 de la loi autrichienne sur la responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales. Toutes les successions juridiques mentionnées présentent un risque particulier si le changement de personnalité a lieu au niveau transnational. Les procureurs peuvent risquer que le droit pénal national ne continue pas à s'appliquer et qu'en outre la (nouvelle) personne morale soit hors de portée de l'exécution, par exemple si elle réside dans un lieu offshore.

Article 16 - Coopération internationale

Les règles d'entraide judiciaire applicables aux affaires contre des personnes physiques s'appliquent *mutatis mutandis* aux affaires contre des personnes morales, même si l'autre État partie prévoit la responsabilité des personnes morales.

L'article 16 devrait aller de soi. Il est l'expression de l'obligation de coopération internationale la plus large possible, telle que définie par la Convention pénale du Conseil de l'Europe (article 25) et la CNUCC (chapitre IV). Néanmoins, l'article 16 est nécessaire pour deux raisons : Premièrement, il évite toute discussion sur le fait que la coopération internationale ne concerne que l'infraction, mais pas la responsabilité de la personne morale à son égard. Deuxièmement, il est important lorsque les pays optent pour des sanctions

²⁷⁵ Article 25 de la CNUCC.

administratives. L'une des faiblesses de ces systèmes est que les mesures d'entraide judiciaire peuvent ne pas être disponibles pour les procédures administratives dans la même mesure que pour les infractions pénales. Dans ce cas, l'article 16 garantirait que la responsabilité administrative de la personne morale pour l'infraction (pénale) fasse partie de la coopération internationale dans le cadre pénal. Par exemple, en Allemagne, la loi sur la coopération internationale en matière pénale s'applique également à la responsabilité administrative des personnes morales.²⁷⁶ Évidemment, l'entraide judiciaire sera limitée aux moyens de preuve disponibles en vertu de la loi allemande sur les infractions administratives et ne s'étendra donc pas, par exemple, aux moyens d'enquête spéciaux, qui ne sont disponibles que pour certains crimes.

Le groupe de travail de l'OCDE a recommandé à de nombreuses reprises aux pays de "veiller à ce qu'un large éventail d'AML, y compris les perquisitions et les saisies, ainsi que la localisation, la saisie et la confiscation des produits du crime, puisse être fourni dans le cadre de procédures civiles ou administratives liées à la corruption étrangère contre une personne morale à un État étranger dont le système juridique n'autorise pas la responsabilité **pénale** des personnes morales".²⁷⁷

Article 17 - Application du droit procédural

A tous autres égards, les dispositions de procédure administrative/pénale s'appliquent aux personnes morales dans la mesure où elles ne sont pas exclusivement applicables aux personnes physiques.

L'article 17 est la disposition miroir, sur le plan procédural, de l'article 9 (application du droit matériel général). De nombreuses dispositions du droit procédural s'appliquent aux personnes morales comme aux personnes physiques. Par exemple, la plupart des codes de procédure pénale accordent au défendeur le dernier mot dans un procès. Cette disposition s'applique naturellement aussi aux personnes morales, leur représentant légal ayant la possibilité de s'adresser au tribunal avant que celui-ci ne se retire pour délibérer. Certaines dispositions ne s'appliquent évidemment qu'aux **personnes physiques**, comme l'arrestation, la prise de sang ou l'analyse d'ADN.

Dans la plupart des pays, des **moyens d'investigation spéciaux** sont également disponibles pour enquêter sur la responsabilité des personnes morales.²⁷⁸ Lorsque des moyens

²⁷⁶ Section 1 paragraphe 2 : " Les affaires pénales au sens de la présente loi comprennent les procédures résultant d'une infraction qui, en vertu du droit allemand, constituerait une infraction réglementaire passible d'une amende ou qui, en vertu du droit étranger, fait l'objet d'une sanction similaire, à condition qu'une juridiction pénale détermine la peine. ", *Loi sur la coopération internationale en matière pénale* de 1982, disponible sur www.gesetze-im-internet.de, consulté le 31 janvier 2016.

²⁷⁷ OCDE Australie, *ibid*, p.13 ; OCDE Belgique, *ibid*, p.24 : Il est recommandé "que la Belgique puisse fournir une AML rapide et efficace aux États dont le système juridique ne prévoit pas de responsabilité pénale pour les personnes morales".

²⁷⁸ OCDE/ACN, *ibid*, p.29.

d'investigation spéciaux n'étaient pas disponibles, le groupe de travail de l'OCDE a formulé des recommandations pour les introduire également pour les personnes morales.²⁷⁹ Cela est nécessaire car, souvent, il n'y a pas de personne physique concrète identifiée comme suspect contre laquelle les moyens d'enquête spéciaux peuvent être dirigés, ou la personne physique n'est pas à la portée des moyens d'enquête spéciaux nationaux.

Comme pour l'article 9, tout privilège procédural pour les personnes morales doit être pris avec précaution. Par exemple, certains pays prévoient des **exemptions pour** les poursuites à l'encontre des personnes morales. Le groupe de travail de l'OCDE a toujours été critique à l'égard de ces exemptions. Par exemple, dans le cas de la Slovénie, il a recommandé qu'"une personne morale ne peut être exemptée de poursuites en raison de son niveau "insignifiant" de participation à la commission de l'infraction pénale".²⁸⁰

Il existe d'**autres questions de procédure** concernant les personnes morales, telles que la manière dont une personne morale est citée à comparaître ou la séquence procédurale entre les deux défendeurs dans un procès conjoint d'une personne physique et d'une personne morale. En général, ces questions devraient déjà découler du droit procédural existant. Dans tous les cas, elles ne font pas partie de cette boîte à outils car elles dépendent largement des particularités procédurales de chaque pays. Cela inclut également les accords de non-poursuite et de plaider.

²⁷⁹ OCDE Bulgarie, *ibid*, p.34 : Il est recommandé que "la gamme complète des outils d'investigation du Code de procédure pénale soit disponible dans" les enquêtes sur les personnes morales.

²⁸⁰ OCDE (juin 2014), *Slovénie : Rapport de phase 3 sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, recommandation 2a, disponible sur www.oecd.org, consulté le 31 janvier 2016.

9 ANNEXE

9.1 Conventions internationales

Toutes les conventions de portée européenne ou mondiale font de la responsabilité des personnes morales une norme obligatoire explicite. Seules les conventions de l'Union africaine et de l'Organisation des États américains n'abordent pas cette question. Il convient également de noter que des conventions ne relevant pas du domaine de la corruption établissent la responsabilité des personnes morales, telles que : la "Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme"²⁸¹ de 2005 ; la "Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique"²⁸² de 2011 ; ou la "Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée"²⁸³ de 2000. Il convient également de mentionner que le Code pénal modèle, élaboré par plusieurs organisations internationales,²⁸⁴ contient également une disposition sur la responsabilité des personnes morales (article 19). Cette disposition est basée sur l'article 10 de la "Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme" mentionnée précédemment.²⁸⁵

²⁸¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm>, consulté le 11 juin 2015.

²⁸² www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/211.htm, consulté le 11 juin 2015.

²⁸³ www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/index.html#Fulltext, consulté le 11 juin 2015.

²⁸⁴ ICHR/OHCHR/UNODC (2007), *Code pénal modèle*, www.usip.org, consulté le 11 juin 2015.

²⁸⁵ Section 8 du *Code pénal modèle*, idem.

9.1.1 Comparaison systématique

Convention	Convention pénale du Conseil de l'Europe	Deuxième protocole de l'Union européenne	Convention des Nations unies contre la corruption	Convention de l'OCDE sur la corruption transnationale
Article	Article 18. - Responsabilité des entreprises	Article 3. Responsabilité des personnes morales	Article 26. Responsabilité des personnes morales	Article 2. Responsabilité des personnes morales
Délit de corruption	les infractions pénales de corruption active, de trafic d'influence et de blanchiment d'argent établies conformément à la présente Convention.	la fraude, la corruption active et le blanchiment d'argent.	pour participation aux infractions établies conformément à la présente Convention [corruption, détournement de fonds publics, trafic d'influence, abus de fonctions, enrichissement illicite et blanchiment d'argent ; entrave à la justice ; les infractions sont partiellement facultatives].	pour la corruption d'un agent public étranger. [les infractions comptables visées à l'article 8 sont indirectement incluses].
Passif d'imputation	commis pour leur compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce une fonction dirigeante au sein de celle-ci, sur la base : - un pouvoir de représentation de la personne morale ; ou - une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ; ou - un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale ; ainsi que pour l'implication d'une telle personne physique en tant que complice ou instigateur des infractions susmentionnées.	commis pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce une fonction dirigeante au sein de celle-ci, sur la base de - un pouvoir de représentation de la personne morale, ou - une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou - un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale, ainsi que pour la participation en tant que complice ou instigateur à une telle fraude, à la corruption active ou au		

		blanchiment d'argent ou à la tentative de commettre une telle fraude.		
--	--	---	--	--

Responsabilité objective	2. Outre les cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque Partie prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission des infractions pénales mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique placée sous son autorité.	2. Outre les cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission d'une fraude ou d'un acte de corruption active ou de blanchiment au profit de ladite personne morale par une personne soumise à son autorité.		
Concept de responsabilité non défini			1. [...] d'établir la responsabilité des personnes morales [...] 2. Sous réserve des principes juridiques de l'État partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative.	d'établir la responsabilité des personnes morales
Responsabilité des personnes physiques	3 La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices des infractions pénales mentionnées au paragraphe 1.	3. La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices de la fraude, de la corruption active ou du blanchiment de capitaux.	3. Cette responsabilité est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions.	
Définition : "Personne morale"	Article 1. [...] d " <i>personne morale</i> " : toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, à l'exception des États ou des autres organismes publics dans	Article 1. [...] (d) " <i>personne morale</i> " : toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, à l'exception des États ou des autres organismes publics		

	l'exercice de la puissance publique et des organisations internationales publiques.	dans l'exercice de la puissance publique et des organisations internationales publiques ; [...].		
Sanctions	<p>Article 19. Sanctions et mesures</p> <p>1 Eu égard à la gravité des infractions pénales établies conformément à la présente Convention, chaque Partie prévoit, pour les infractions pénales établies conformément aux articles 2 à 14, des sanctions et mesures effectives, proportionnées et dissuasives, y compris, lorsqu'elles sont commises par des personnes physiques, des peines privatives de liberté pouvant donner lieu à extradition.</p> <p>2 Chaque Partie veille à ce que les personnes morales tenues pour responsables conformément à l'article 18, paragraphes 1 et 2, fassent l'objet de sanctions pénales ou non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris de sanctions pécuniaires.</p>	<p>Article 4. Sanctions pour les personnes morales</p> <p>1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale tenue pour responsable en vertu de l'article 3, paragraphe 1, soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et peuvent inclure d'autres sanctions telles que :</p> <p>(a) l'exclusion du droit aux prestations ou aides publiques ;</p> <p>(b) l'interdiction temporaire ou permanente d'exercer des activités commerciales ;</p> <p>(c) le placement sous contrôle judiciaire ;</p> <p>(d) une ordonnance de liquidation judiciaire.</p> <p>2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale tenue pour responsable en vertu de l'article 3, paragraphe 2, soit passible de sanctions ou de mesures effectives, proportionnées et dissuasives.</p>	<p>4.</p> <p>Chaque État partie veille, en particulier, à ce que les personnes morales tenues pour responsables conformément au présent article fassent l'objet de sanctions pénales ou non pénales, y compris de sanctions pécuniaires, efficaces, proportionnées et dissuasives.</p>	<p>Article 3. Sanctions</p> <p>2. Si, dans le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales, cette Partie veille à ce que les personnes morales soient soumises à des sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris des sanctions pécuniaires, pour la corruption d'agents publics étrangers.</p>

9.1.2 Convention pénale du Conseil de l'Europe

Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption de 1999 : ²⁸⁶

Article 18 - Responsabilité des entreprises

1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions pénales de corruption active, de trafic d'influence et de blanchiment de capitaux établies conformément à la présente Convention, commises pour leur compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur la base :

- un pouvoir de représentation de la personne morale ; ou*
- une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ; ou*
- un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale ;*

ainsi que pour l'implication d'une telle personne physique en tant que complice ou instigateur des infractions susmentionnées.

2 Outre les cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque Partie prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission des infractions pénales mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique placée sous son autorité.

3 La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices des infractions pénales mentionnées au paragraphe 1.

Article 1

d "personne morale" : toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, à l'exception des États ou des autres organismes publics dans l'exercice de la puissance publique et des organisations internationales publiques.

Article 19 - Sanctions et mesures

1 Eu égard à la gravité des infractions pénales établies conformément à la présente Convention, chaque Partie prévoit, pour les infractions pénales établies conformément aux articles 2 à 14, des sanctions et mesures effectives, proportionnées et dissuasives, y compris, lorsqu'elles sont commises par des personnes physiques, des peines privatives de liberté pouvant donner lieu à extradition.

2 Chaque Partie veille à ce que les personnes morales tenues pour responsables conformément à l'article 18, paragraphes 1 et 2, fassent l'objet de sanctions pénales ou non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris de sanctions pécuniaires.

²⁸⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>, consulté le 11 juin 2015.

La Convention civile du Conseil de l'Europe STE 174 ne comprend pas de passage sur la responsabilité des personnes morales car la responsabilité civile est déjà standard et est traitée par la Convention pénale.

9.1.3 Deuxième protocole de l'UE

Les deux conventions de l'Union européenne sur la corruption ne font pas ²⁸⁷elles-mêmes explicitement référence à la responsabilité des personnes morales. Toutefois, la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes est complétée par un protocole : ²⁸⁸

Article 1. Définitions

Aux fins du présent protocole : [...]

(d) "personne morale" : toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, à l'exception des États ou des autres organismes publics dans l'exercice de la puissance publique et des organisations internationales publiques ; [...].

Article 3. Responsabilité des personnes morales

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables de la fraude, de la corruption active et du blanchiment de capitaux commis pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes

- un pouvoir de représentation de la personne morale, ou*
- une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou*
- un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale,*

ainsi que pour la participation en tant que complice ou instigateur à une telle fraude, à la corruption active ou au blanchiment d'argent ou à la tentative de commettre une telle fraude.

2. Outre les cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission d'une fraude ou d'un acte de corruption active ou de blanchiment au profit de ladite personne morale par une personne soumise à son autorité.

²⁸⁷ *Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes* (1995), <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015 ; *Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne* (1997), <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015.

²⁸⁸ *Deuxième protocole, établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes - Déclaration commune concernant l'article 13 (2) - Déclaration de la Commission concernant l'article 7*, <http://eur-lex.europa.eu>, consulté le 11 juin 2015.

3. La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices de la fraude, de la corruption active ou du blanchiment de capitaux.

Article 4. Sanctions pour les personnes morales

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale tenue pour responsable en vertu de l'article 3, paragraphe 1, soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et peuvent inclure d'autres sanctions telles que :

(a) l'exclusion du droit aux prestations ou aides publiques ;

(b) l'interdiction temporaire ou permanente d'exercer des activités commerciales ;

(c) le placement sous contrôle judiciaire ;

(d) une ordonnance de liquidation judiciaire.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale tenue pour responsable en vertu de l'article 3, paragraphe 2, soit passible de sanctions ou de mesures effectives, proportionnées et dissuasives.

9.1.4 Convection des Nations unies contre la corruption

La Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003, est entrée en vigueur le 14 décembre 2005 : ²⁸⁹

Article 26. Responsabilité des personnes morales

1. Chaque État Partie adopte les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales pour leur participation aux infractions établies conformément à la présente Convention.

2. Sous réserve des principes juridiques de l'État partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative.

3. Cette responsabilité est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions.

4. Chaque État partie veille, en particulier, à ce que les personnes morales tenues pour responsables conformément au présent article fassent l'objet de sanctions pénales ou non pénales, y compris de sanctions pécuniaires, efficaces, proportionnées et dissuasives.

²⁸⁹ <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>, consulté le 11 juin 2015.

9.1.5 Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales

La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption ("Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales"), signée le 17 décembre 1997, est entrée en vigueur le 15 février 1999 : ²⁹⁰

Article 2

Responsabilité des personnes morales

Chaque Partie prend les mesures qui s'avèrent nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales pour la corruption d'un agent public étranger.

9.1.6 Régions non-européennes

Tant la "Convention interaméricaine contre la corruption de l'Organisation des États américains" de 1996²⁹¹ que la "Convention africaine de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption" ²⁹²de 2003 ne font pas explicitement référence à la responsabilité des personnes morales.

La "Convention arabe de lutte contre la corruption"²⁹³ a été signée le 21 décembre 2010, mais n'est pas encore entrée en vigueur :

Article 5

Responsabilité des personnes morales

Chaque Etat partie adopte les mesures nécessaires, conformément à sa législation interne, pour déterminer la responsabilité pénale, civile ou administrative de toute personne morale pour les infractions visées par la présente Convention, sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques.

9.2 Normes non conventionnelles

9.2.1 Résolution du Conseil de l'Europe (97) 24

La Résolution (97) 24 sur les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, adoptée par le Comité des Ministres le 6 novembre 1997 lors de la 101e session du Comité des Ministres, fait référence à l'action suivante :

²⁹⁰ <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>, consulté le 11 juin 2015.

²⁹¹ <http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>, consulté le 11 juin 2015.

²⁹² <http://www.africa-union.org/root/au/documents/treaties/treaties.htm>, consulté le 11 juin 2015.

²⁹³ <http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/Arab-Convention-Against-Corruption.pdf>, consulté le 11 juin 2015.

[...] 5. à prévoir des mesures appropriées pour empêcher que des personnes morales soient utilisées pour dissimuler des infractions de corruption ; [...]

9.2.2 Recommandation du Conseil de l'Europe R (88) 18

La Recommandation n° R (88) 18 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la responsabilité des entreprises dotées de la personnalité juridique pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités, adoptée par le Comité des Ministres le 20 octobre 1988 lors de la 420e réunion des Délégués des Ministres, fait référence à ce qui suit :

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe, est chargé de la mise en œuvre de l'accord de coopération.

Europe, [...]

Recommande aux gouvernements des Etats membres de s'inspirer, dans leur droit et leur pratique, des principes énoncés dans l'annexe à la présente recommandation.

1. Lors de l'adoption de cette recommandation, les Représentants de la République fédérale d'Allemagne et de la Grèce, en application de l'article 10.2.c du Règlement intérieur des réunions des Délégués des Ministres, ont réservé le droit de leurs Gouvernements de s'y conformer ou non.

Annexe à la Recommandation n° R (88) 18

Les recommandations suivantes visent à promouvoir des mesures permettant de rendre les entreprises responsables des infractions commises dans l'exercice de leurs activités, au-delà des régimes existants de responsabilité civile des entreprises auxquels ces recommandations ne s'appliquent pas.

Elles s'appliquent aux entreprises, qu'elles soient privées ou publiques, pour autant qu'elles aient une personnalité juridique et dans la mesure où elles exercent des activités économiques.

I. Responsabilité

1. Les entreprises doivent pouvoir être rendues responsables des infractions commises dans l'exercice de leurs activités, même lorsque l'infraction est étrangère aux buts de l'entreprise.

2. La responsabilité de l'entreprise doit être engagée, qu'une personne physique ayant commis les actes ou omissions constitutifs de l'infraction puisse être identifiée ou non.

3. Pour rendre les entreprises responsables, il convient de prendre en considération notamment :

a. en appliquant la responsabilité pénale et les sanctions aux entreprises, lorsque la nature de l'infraction, le degré de faute de l'entreprise, les conséquences pour la société et la nécessité de prévenir de nouvelles infractions l'exigent ;

b. en appliquant d'autres systèmes de responsabilité et de sanctions, par exemple ceux imposés par les autorités administratives et soumis à un contrôle judiciaire, en particulier pour les comportements illicites qui ne nécessitent pas de traiter le contrevenant comme un criminel.

4. L'entreprise doit être exonérée de toute responsabilité lorsque ses dirigeants ne sont pas impliqués dans l'infraction et qu'ils ont pris toutes les mesures nécessaires pour en empêcher la commission.

5. L'imposition de la responsabilité à l'entreprise ne devrait pas exonérer de sa responsabilité une personne physique impliquée dans l'infraction. En particulier, les personnes exerçant des fonctions de direction devraient être rendues responsables des manquements à leurs obligations qui contribuent à la commission d'une infraction.

II. Sanctions

6. En prévoyant les sanctions appropriées qui pourraient être imposées aux entreprises, il convient d'accorder une attention particulière à des objectifs autres que la sanction, tels que la prévention de nouvelles infractions et la réparation des dommages subis par les victimes de l'infraction.

7. Il convient d'envisager l'introduction de sanctions et de mesures particulièrement adaptées pour s'appliquer aux entreprises. Celles-ci peuvent inclure les éléments suivants :

- avertissement, réprimande, reconnaissance ;

une décision déclaratoire de responsabilité, mais pas de sanction ;

- amende ou autre sanction pécuniaire ;

- la confiscation des biens qui ont servi à commettre l'infraction ou qui représentent les gains tirés de l'activité illégale ;

- l'interdiction de certaines activités, notamment l'interdiction de faire des affaires avec les autorités publiques ;

- l'exclusion des avantages fiscaux et des subventions ;

- interdiction de faire de la publicité pour des biens ou des services ;

- l'annulation des licences ;

- la révocation des dirigeants ;

- la nomination d'une direction provisoire par l'autorité judiciaire ;

- la fermeture de l'entreprise ;

- la liquidation de l'entreprise ;

- une indemnisation et/ou une restitution à la victime ;

- la restauration de l'état antérieur ;

- la publication de la décision imposant une sanction ou une mesure.

Ces sanctions et mesures peuvent être prises seules ou en combinaison, avec ou sans effet suspensif, à titre principal ou subsidiaire.

8. Pour déterminer les sanctions ou mesures à appliquer dans un cas donné, en particulier celles de nature pécuniaire, il convient de tenir compte du bénéfice économique que l'entreprise a tiré de ses activités illégales, à évaluer, le cas échéant, par estimation.

9. Lorsque cela est nécessaire pour empêcher la poursuite d'une infraction ou la commission de nouvelles infractions, ou pour garantir l'exécution d'une sanction ou d'une mesure, l'autorité compétente devrait envisager l'application de mesures provisoires.

10. Pour permettre à l'autorité compétente de prendre sa décision en pleine connaissance des sanctions ou mesures précédemment imposées à l'entreprise, il convient d'envisager leur inscription au casier judiciaire ou l'établissement d'un registre dans lequel toutes ces sanctions ou mesures sont consignées.

9.2.3 Décision-cadre 2003/568/JAI de l'UE

La décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ²⁹⁴a pratiquement le même libellé que le deuxième protocole à la convention de l'UE (voir ci-dessus au point 9.1.3) ; la seule différence est que le deuxième protocole fait explicitement référence aux "complices ou instigateurs" à la fin de son paragraphe 1 :

Article 1

Définitions

Aux fins de la présente décision-cadre :

- "personne morale" : toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, à l'exception des États ou des autres organismes publics agissant dans l'exercice de la puissance publique et des organisations internationales publiques, [...].

Article 5

Responsabilité des personnes morales

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions visées aux articles 2 et 3, commises pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes :

(a) un pouvoir de représentation de la personne morale ;

(b) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ; ou

(c) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale.

2. Outre les cas prévus au paragraphe 1, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission d'une infraction visée aux articles 2 et 3 pour le compte de ladite personne morale par une personne soumise à son autorité.

3. La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques qui sont impliquées en tant qu'auteurs, instigateurs ou complices d'une infraction du type visé aux articles 2 et 3.

Article 6

Sanctions pour les personnes morales

²⁹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003F0568>, consulté le 11 juin 2015.

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale tenue pour responsable en vertu de l'article 5, paragraphe 1, soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et peuvent inclure d'autres sanctions telles que :

(a) l'exclusion du droit aux prestations ou aides publiques ;

(b) l'interdiction temporaire ou permanente d'exercer des activités commerciales ;

(c) le placement sous contrôle judiciaire ; ou

(d) une ordonnance de liquidation judiciaire.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'une personne morale tenue pour responsable en vertu de l'article 5, paragraphe 2, soit passible de sanctions ou de mesures effectives, proportionnées et dissuasives.

9.3 Réponses suggérées pour l'exercices de cas

Les réponses suggérées ci-dessous sont fondées sur les points d'accord fondamentaux qui ont été dégagés lors d'une formation de deux jours, axée sur ce manuel, qui a été menée avec des représentants des pays du Partenariat oriental. Cependant, comme c'est toujours le cas avec les arguments juridiques, il peut y avoir des aspects et des perspectives supplémentaires pour chaque cas qui ne sont pas couverts par les réponses ci-dessous.

9.3.1 Exercice de cas 1 Exercice de cas 1 : la colonie grecque

a. Quels sont les avantages et les inconvénients de la responsabilité civile et pénale des personnes morales dans ce cas ?

Les principaux avantages et inconvénients sont énumérés ci-dessus dans la rubrique 2.2.

b. A quoi la responsabilité civile et pénale des personnes morales ne peut-elle pas remédier dans ce cas ?

- Le désavantage économique des concurrents qui n'ont pas réussi l'appel d'offres.
- La faute individuelle par les personnes physiques.

c. Êtes-vous en faveur de l'accord, ou non ?

Arguments en faveur :

- C'est "mieux que rien" : Elle permet au moins de rendre quelque chose à la communauté pour compenser le préjudice causé par les pots-de-vin présumés.

Arguments contre :

- Le mode de calcul du règlement n'est pas clair : quel était l'avantage économique pour Siemens ? "Certains politiciens de l'opposition à Athènes ont été scandalisés par l'ampleur du règlement, surtout après qu'une commission parlementaire grecque ait estimé l'an dernier que près de 2 milliards d'euros de dommages avaient été causés par le scandale de corruption."²⁹⁵
- Apparemment, personne chez Siemens n'a été sanctionné.
- Il n'existe aucune procédure transparente qui permettrait au public de suivre l'évaluation de la faute et des sanctions dans cette affaire.

9.3.2 Exercice de cas 2 : Cas de corruption de Siemens

9.3.3

a. Quelles personnes physiques et morales sont responsables de quoi dans ce cas, selon les différents concepts exposés ci-dessus ?

Personnes physiques :

- Consultant en affaires
- Chef de département de Siemens
- Directeur financier de Siemens

pour avoir participé à la corruption.

Personnes morales :

1. Imputation - Direction/Alter Ego de l'entreprise

Siemens n'est responsable que du chef de son entreprise, qui ne peut être que le directeur financier de Siemens Argentine/Bangladesh/Transport. L'implication individuelle du CFO dans la corruption est une conséquence de l'absence de supervision suffisante du chef de service afin d'éviter la poursuite du système de corruption.

2. Imputation - Responsabilité du maître et du serviteur

Siemens est responsable de tous ses employés, c'est-à-dire du chef de service, du directeur financier, ainsi que du conseiller d'entreprise (si la législation nationale étend ce concept aux agents, comme c'est le cas, par exemple, avec le FCPA américain).

3. Responsabilité objective

²⁹⁵ Economy Watch (28 août 2008), *Greece-Siemens \$411 Million Settlement Raises Questions*, www.economywatch.com, consulté le 11 juin 2015.

Siemens est responsable de tous les actes de corruption si aucun système de prévention suffisant n'était en place. C'était apparemment le cas, puisque 2,6 millions de dollars US pour du matériel d'atelier livré par un consultant auraient dû déclencher un signal d'alarme dans le cadre d'un système de prévention efficace (exemple vénézuélien).

b. Qu'est-ce qu'un procureur/plaignant devrait introduire comme preuve selon les différents modèles afin d'établir la responsabilité de la personne morale ?

1. Imputation - Direction/Alter Ego de l'entreprise

L'accusation devra démontrer par des témoins ou des preuves documentaires que le directeur financier de Siemens Argentine/Bangladesh/Transport n'a pas supervisé correctement le chef de service et n'a donc pas empêché la poursuite du système de corruption.

2. Imputation - Responsabilité du maître et du serviteur

L'accusation devra démontrer par des preuves testimoniales ou documentaires que le chef de service, le directeur financier, ainsi que le consultant en affaires, ont participé à la corruption. Ces preuves peuvent être directes ou circonstanciées.

3. Responsabilité objective

L'accusation devra présenter l'ensemble du programme de prévention ("compliance") de Siemens et devra prouver pourquoi il était insuffisant.

9.3.4 Exercice de cas 3 : L'

a. Energetica est une entité publique ayant une fonction publique vitale non seulement pour A mais aussi pour les autres pays européens. Elle n'est donc pas soumise à une responsabilité pénale.

En dehors de l'État lui-même, de ses régions ou de ses agences, Energetica est une société de droit commun. Elle s'apparente donc davantage à une société privée. Le fait qu'elle soit détenue par l'État A, ou qu'elle détienne un monopole dans l'État A, ne devrait pas l'exclure de la responsabilité. Voir ci-dessus au point 5.1. Si l'État A avait voulu exclure sa responsabilité, il aurait dû confier la fonction d'Energetica à une agence d'État ou à une institution publique similaire.

b. Il n'existe aucune preuve d'une infraction commise par une personne physique, encore moins d'une condamnation, et il n'y a aucune individualisation d'une personne physique. Même si un employé d'Energetica avait commis des actes de corruption, il pourrait bien ne s'agir que d'un travailleur de bas niveau.

Il n'est pas nécessaire qu'une personne physique individuelle soit déterminée ou condamnée dès lors qu'il est clair qu'une personne de la société a agi. Voir ci-dessus les points 5.3.3 et 5.3.4.

Quant au niveau d'emploi que cette personne devrait occuper, on pourrait faire valoir qu'au moins la responsabilité en matière de supervision (de l'article 18 de la Convention) s'applique : il existe des indications assez claires que la culture d'entreprise a établi un manque de supervision facilitant les actes de corruption. Voir ci-dessus au point 5.5.2.

c. La corruption d'un arbitre étranger (privé) ne constitue pas une infraction entraînant la responsabilité des personnes morales en vertu de la Convention.

Il s'agit d'une infraction au titre de l'article 4 du protocole additionnel à la convention pénale sur la corruption de 2003.²⁹⁶

d. La corruption de l'arbitre n'a pas profité à la personne morale, car il était évident qu'elle aurait gagné le procès de toute façon. Il s'agit de l'acte d'un employé errant (si tant est qu'il s'agisse d'un employé d'Energetica).

Il n'est pas nécessaire qu'un avantage réel ait été obtenu, pour autant qu'il ait été voulu. Voir ci-dessus au point 5.4.1.

e. Le fait que l'argent remonte à Energetica n'établit pas une faute en soi.

Cette affirmation est vraie, mais elle ne tient pas compte du fait qu'il existe d'autres facteurs établissant la faute : il est établi par les condamnations des ministres et de l'arbitre que des pots-de-vin ont été versés avec l'argent d'Energetica. On pourrait établir une faute de supervision : il y a des indications assez claires que la culture d'entreprise a établi un manque de supervision facilitant les actes de corruption. Voir ci-dessus au point 5.5.2.

f. Energetica n'est pas responsable des actes accomplis par ses filiales.

L'ensemble de l'activité d'Energetica peut être considéré comme une seule entité dans laquelle les filiales n'étaient pas correctement supervisées par la société mère.

9.3.5 Exercice de cas 4 Exercice de cas 4 : contrôle du trafic à Moscou

a. Veuillez évaluer l'amende minimale à payer pour les infractions susmentionnées afin qu'elle perde l'avantage économique. Quel serait le désavantage économique de Siemens si elle devait payer cette amende ?

10 millions de dollars US (27 millions de dollars US reçus pour l'installation du système moins les coûts internes de matériel et de service de 17 millions de dollars US). Les pots-de-vin, les frais gonflés et les paiements fictifs de 741 419 \$ US (partiellement inclus dans les

²⁹⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/191.htm>, consulté le 11 juin 2015.

montants suivants), 800 000 \$ US, 1,3 million \$ US et 1,4 million \$ US ne peuvent être déduits en tant que coûts pour minimiser l'avantage économique.

b. Quelles sanctions choisiriez-vous en tant que législateur comme options en général (sans tenir compte du cas ci-dessus) ?

Voir ci-dessus, p. 6.

c. Si toutes les sanctions énumérées dans ce manuel étaient disponibles, quelles sanctions appliqueriez-vous en tant que juge dans l'affaire de Moscou et contre qui ?

Voir ci-dessus au point 6. Une attention particulière doit être accordée à la possibilité d'exclusion, étant donné que le projet a été financé par la Banque mondiale (voir ci-dessus au point 6.2.4).

9.3.6 Exercice de cas 5 Exercice de cas n° 5 : une enquête digne d'un prix ?

L'exercice de cas expose déjà les arguments contre le règlement. Les arguments en faveur du règlement dépendront du point de vue de chaque participant. Les aspects suivants devront être pris en compte :

Arguments du MJ en faveur du règlement :

- Incertitude quant à l'issue de la procédure judiciaire
- Utilisation des ressources pour prouver les méfaits au tribunal
- Volonté des futurs malfaiteurs de coopérer en raison de la perspective d'une peine/un règlement clément.
- Les dommages causés aux concurrents américains et au public américain ne sont pas clairs et pourraient être bien inférieurs à l'argent collecté (même si les dommages en dehors des États-Unis seront bien plus élevés).

Arguments de Siemens en faveur du règlement :

- Incertitude quant à l'issue de la procédure judiciaire
- Utilisation des ressources pour se défendre contre des actes répréhensibles devant les tribunaux
- Taille relativement petite de l'amende
- Pas de "procès-spectacle" public avec une publicité négative supplémentaire.
- Le règlement à l'amiable n'entraîne pas la sanction de l'exclusion des banques de développement.

9.3.7 Exercice de cas 6 Exercice de cas 6 : Offshore Limited

a. Le tribunal de Bucarest n'a pas de compétence internationale dans cette affaire : l'acte de corruption a été commis par un citoyen britannique en dehors de la Roumanie, donc l'art. 309 du code pénal ne s'applique pas.

Si l'on s'appuie sur la nationalité de Mme Smith (pour établir la compétence de Offshore Limited), il n'y a pas de compétence pour elle, car elle est roumaine.

La question se pose de savoir si l'on peut s'appuyer sur la nationalité de l'Offshore Limited en tant que personne morale ?

- Contra
 - o L'"infraction" est toujours "commise" (art. 13) par une personne physique.
 - o L'Art. 45 parle des infractions commises pour le compte des personnes morales - ce qui signifie également "commises par une personne physique".
- Pro
 - o Il serait artificiel de s'appuyer sur la seule personne physique, et non sur la nationalité de la personne morale qui est sanctionnée in fine.

L'argument pour est fort, mais il n'a aucun fondement dans la loi (*nullum crime sine lege* - pas de crime sans loi pénale).

Même si l'on appliquait, en principe, le principe de nationalité à Offshore Limited, il resterait la question de savoir si Offshore Limited est un "citoyen roumain".

- Contra :
 - o Il s'agit d'une personne morale ; le terme "citoyen" désigne les personnes physiques.
 - o La définition du "citoyen" à l'art. 154 vise une personne physique, car une personne morale ne peut pas "acquérir" la citoyenneté comme une personne physique, mais toute son existence dépend de la loi où elle a été fondée - "pas de loi, pas de personne morale".
 - o Une personne morale ne peut jamais non plus être "sans citoyenneté" (art. 11) - sinon elle n'existerait pas.
 - o L'Art. 12 fait clairement la distinction entre un "citoyen roumain" et une "personne morale roumaine".
- Pro
 - o Dans le cas contraire, les personnes morales ne seraient responsables que si l'infraction a été commise sur le territoire roumain.

L'argument pour est fort, mais il n'a aucun fondement dans la loi (*nullum crime sine lege* - pas de crime sans loi pénale).

Un cas comme celui-ci illustre la nécessité de régler soigneusement ces questions dans le cadre du paquet "responsabilité des personnes morales".

b. L'amende infligée à Offshore Limited signifierait une double peine puisque le délit a déjà été jugé en Hongrie.

On pourrait considérer Venture B.V. et Offshore Limited soit comme une seule entité commerciale, avec pour conséquence que le procès à Bucarest signifierait une double peine, soit on les traite comme ce qu'elles sont - des entités juridiques distinctes (voir ci-dessus 7.1.3). Les faits dans cette affaire suggèrent qu'il y a eu deux fautes différentes : les ordres donnés par Offshore Limited à la direction de Venture B.V. ; et l'exécution des ordres par Venture B.V.. Cela plaiderait pour la possibilité (et la nécessité) de deux procès distincts, même si le résultat contraire peut être soutenu. Des cas comme celui-ci illustrent la nécessité de régler soigneusement ces questions dans le cadre du paquet "responsabilité des personnes morales".

c. En vertu de la jurisprudence de la Cour européenne de justice, les administrateurs d'Offshore Limited auraient le droit de garder le silence et ne pourraient pas être cités comme témoins.

Voir ci-dessus au point 7.2: l'Etat ne doit pas "contraindre une entreprise à lui fournir des réponses qui pourraient impliquer une reconnaissance de sa part de l'existence d'une infraction qu'il incombe" à l'accusation de prouver.

9.3.8 Exercice de cas 6 : Offshore Limited Exercice de cas 6 : Offshore Limited

a. Scénario 1

Si le responsable des marchandises accepte cet arrangement, il va être coupable de corruption passive en Pologne et en Roumanie.

b. Scénario 2

Le directeur de l'entreprise de production automobile sera coupable de corruption active d'un agent public au Royaume-Uni et en Slovaquie. De plus, le groupe britannique pourrait être coupable d'un manquement de l'organisation commerciale à prévenir la corruption en vertu de la UKBA.

En outre, comme le paiement a transité par un compte bancaire américain, le PDG a commis une infraction et pourrait faire l'objet de poursuites en vertu de la FCPA.

c. Scénario 3

Dans une situation comme celle décrite, l'importance d'effectuer des contrôles de diligence raisonnable sur le contrat avec l'agent est soulignée. En raison des actions de la société de conseil bulgare, la filiale de la République tchèque serait tenue pour responsable de son implication par le biais de la corruption indirecte - si des paiements ont été effectués à des fonctionnaires dans le cadre de l'obtention des permis ou des autorisations. De même, la société mère américaine serait également tenue pour responsable de corruption indirecte si elle est réputée avoir autorisé les paiements effectués ou en avoir eu connaissance.

9.4 Exercice de cas 8 : Investigation simulée

Déploiement de l'enquête complexe

1. L'objectif de l'exercice est de permettre aux participants qui n'ont jamais ou rarement enquêté ou poursuivi un cas de responsabilité des entreprises d'avoir une expérience réelle simulée, et ainsi de faire l'expérience, en tant qu'enquêteurs et procureurs, des défis et avantages pratiques de la responsabilité des entreprises.
2. Les participants sont répartis en 6 groupes de 5 participants maximum chacun. Chaque groupe aura des pouvoirs d'investigation, et mènera en parallèle la même enquête simulée et préparera le cas pour le présenter aux autres groupes. L'enquête sera menée aussi près de la réalité que possible dans l'environnement de la classe.
3. Le cas est basé sur un scénario réel faisant actuellement l'objet d'une enquête en Suède ; toutefois, aucune des parties prenantes n'a encore été condamnée. Le matériel de cas ci-dessous a également été légèrement adapté à des fins didactiques et ne représente qu'une fraction des preuves disponibles.
4. L'exercice commence par la remise du premier élément de preuve à chaque groupe, ce qui devrait amener les participants à demander d'autres éléments de preuve (Document 1 - non inclus dans ce manuel afin de ne pas révéler le cas aux futurs participants). Au total, 12 documents contenant des preuves ont été créés pour ce cas simulé. Les documents sont numérotés individuellement (non inclus dans ce manuel afin de ne pas révéler le cas aux futurs participants).
5. Les formateurs circulent parmi les groupes ; ils disposent de tout un dossier de preuves supplémentaires dans lequel ils peuvent remettre à chaque groupe une feuille correspondant à la piste demandée. Pas à pas et pièce par pièce, chaque groupe reçoit une piste supplémentaire chaque fois qu'il fait la demande de suivre une piste fructueuse. Les formateurs facilitent également la discussion dans chaque groupe, notamment lorsqu'un groupe se trouve bloqué dans son enquête.
6. Une fois l'enquête terminée, un représentant de chacun des six groupes présente les résultats sur un schéma différent de l'affaire. Chaque groupe a un schéma et chacun répond à l'une des trois questions suivantes :

Schéma 1 : achat d'une licence 3G

- Quel délit de corruption a été commis ?
- Peut-on établir l'intention, l'acte d'un représentant individuel, et un lien entre l'infraction et la personne morale ?
- Quelle est la faute de la personne morale dans ce cas ?

Schéma 2 : argent de protection

- Quel délit de corruption a été commis ?
- Peut-on établir l'intention, l'acte d'un représentant individuel, et un lien de l'infraction avec la personne morale ? Quelle est la faute de la personne morale dans ce cas ?

Les preuves et la solution de l'exercice de cas 8 sont contenues dans un document séparé.