ÉTUDE **DROIT ÉCONOMIQUE**

INFRACTIONS ÉCONOMIQUES

Retour sur la conférence internationale « The Transnationalization of Anti-Corruption Law » des 6 et 7 décembre 2018 à l'École de droit de Sciences Po, organisée avec l'Anti-Corruption Law Interest Group de l'American Society of International Law (ASIL) ainsi que la Wharton School (University of Pennsylvania) et en étroite coopération avec l'OCDE. Les travaux présentés dans le cadre de cette conférence seront publiés dans un ouvrage à paraître en 2020.

1470

La transnationalisation du droit de l'anti-corruption





Étude rédigée par Régis Bismuth, Jan Dunin-Wasowicz et Éloïse Glucksmann

Régis Bismuth est professeur à l'École de droit de Sciences Po ; Jan Dunin-Wasowicz est avocat aux barreaux de Paris, New York et du District of Columbia (Hughes Hubbard & Reed LLP) ; Éloïse Glucksmann est attachée temporaire d'enseignement et de recherche, université Paris II - Panthéon-Assas

1 - La conférence des 7 et 8 décembre 2018, tenue à l'École de droit de Sciences Po et consacrée à la transnationalisation du droit de l'anti-corruption, a permis de dresser un état des lieux sur l'évolution des méthodes qu'emprunte la lutte contre la corruption à travers le monde, l'étendue des domaines que ce droit pénètre ainsi que la multitude des mécanismes, préventifs et répressifs, sur lesquels il repose aujourd'hui.

Si le rejet de la corruption a une dimension universellement reconnue, le droit de l'anti-corruption ne constitue pas une discipline unique et cohérente, tant du point de vue de l'hétérogénéité de ses sources, que de ses champs d'application matériels et spatiaux, ses effets, et de la diversité des acteurs en charge de sa mise en œuvre. C'est en ce sens que la conférence appelait à envisager le droit de l'anti-corruption selon une logique transversale, en tenant compte de sa nature transfrontière et en l'explorant au-delà des clefs de lecture traditionnelles et des modes classiques de pensée juridique.

Comme l'a rappelé Gabriela Ramos (directrice de cabinet du secrétaire général de l'OCDE et Sherpa pour le G20)

dans son *keynote address*[1], au-delà des normes prohibant la corruption, il est primordial de lutter efficacement contre ce fléau global. Quelles difficultés, conceptuelles et concrètes, rencontre la lutte contre la corruption dans son environnement transnational ?
Les participants à la conférence ont proposé quelques éléments de réponse. L'ensemble des contributions devrait bientôt faire l'objet d'un ouvrage dont le contenu ne sera ici qu'esquissé afin de retracer les lignes forces de ces journées qui se sont déroulées en anglais.

1. Les sources internationales du droit de la lutte contre la corruption : éclecticisme ou convergence ?

2 - Même s'il existe une convergence indéniable dans leurs contenus respectifs, une première limite à la transnationalité découle de l'éclectisme des sources du droit de la lutte contre la corruption. Cette convergence tient toutefois au contexte historique dans lequel se sont développées les prémisses de l'internationalisation de ce droit comme ont pu l'évoquer Elitza Katasavora (University of Brunswick) et Jessica Ansart (Georgetown University)[2]. Adopté en 1977 par le Congrès américain, le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) résulte notamment de l'échec des discussions sur la corruption d'agents étrangers dans le cadre des Nations Unies. Les États-Unis ont d'abord cherché à promouvoir une forme de *level playing field* au sein de l'OCDE. Ils ont ensuite étendu progressivement le champ d'application territorial du FCPA dont s'inspirent en partie les conventions de l'OCDE et l'ONU. Il en résulte une multiplication de législations nationales inspirées d'une certaine façon par le modèle américain.
Les effets particulièrement néfastes de la corruption sur le respect des droits de l'homme et de l'état de droit sont incontestés et ouvrent peut-être le champ à une autre normativité. Jimena Reyes (International Federation for Human Rights) s'est interrogée sur la possibilité d'envisager la lutte contre la corruption comme une obligation internationale à la charge des États, mettant en avant une notion de *State capture* qui pourrait être évaluée en s'inspirant des techniques de mesure de la corruption utilisées par l'OCDE[3]. Dans une logique similaire, Vishal Sharma (University of Petroleum and Energy Studies, Dehradun) s'est demandé si une corruption endémique mettant en danger la population, voire l'existence de l'État, ne pouvait, au regard de ses effets, constituer un crime selon le droit international pénal[4]. Cette approche a été proposée dans le cadre de certains instruments internationaux mais sans succès, la corruption n'ayant été retenue qu'au titre d'un moyen procédural visant à remettre en cause le témoignage d'un témoin auquel aurait été versé un pot-de-vin.
Au-delà de la multiplicité des cadres normatifs, se pose aussi la question de l'efficacité des sanctions à l'échelle internationale, question qui a été abordée par Alexandra Manea et Jamieson Smith (*Office of Suspension and Debarment* de la Banque mondiale)[5]. Dans le domaine de l'aide au développement, les sanctions financières ont semblé être les plus adéquates. Il s'agit de l'approche adoptée par le système de sanction de la Banque mondiale en cas de fraude, corruption, collusion, coercition ou obstruction dans le cadre d'un projet qu'elle finance. Si, initialement, avait simplement été prévue une procédure d'exclusion (*debarment*) des entreprises participant à des projets financés par des banques de développement, cette sanction s'est avérée insuffisamment dissuasive. De nouvelles sanctions financières ont été intégrées, notamment une obligation de restitution des fonds de développement. Toutefois, la distinction entre les sommes utilisées de manière licite ou illicite est bien souvent délicate à identifier. Les auteurs songent à de nouvelles clauses contractuelles qui pourraient être insérées dans les contrats de financement reposant sur le mécanisme de *liquidated damages* ou de clauses pénales d'inspiration civiliste afin de limiter ces difficultés.

2. La transnationalisation dans une perspective régionale

3 - Une étude du cadre anti-corruption à l'échelle régionale permet de nuancer le constat d'une difficile transnationalisation, bien qu'elle soit à géométrie variable et suivant différentes modalités. L'examen des législations adoptées dans les principaux pays d'Amérique latine, mené par Rachel Brewster et Andres Ortiz (Duke Law School), a mis en lumière une distinction claire entre les États selon qu'ils sont ou non parties à la convention anti-corruption de l'OCDE[6]. Pour les États parties, on note un effet d'entraînement et une conscience toujours plus aiguisée des défis juridiques et pratiques soulevés par la lutte contre la corruption. Le système de *peer review* et de rapports annuels favorise aussi une mise à jour continuelle. En comparaison, les États non-parties, non soumis à ces mécanismes de contrôle, n'opèrent les réformes structurelles ou de droit matériel nécessaires à une lutte efficace contre la corruption qu'au gré de scandales politico-financiers, soit de manière ponctuelle et souvent avec une envergure réduite.
En s'interrogeant sur la manière de promouvoir une potentielle transnationalisation, deux observations ont également été formulées.

1 *https://gabrielailianramos.wordpress.com/2018/12/07/keynote-address-at-the-transnationalization-of-anti-corruption-law-at-sciences-po/#_ftnref1.*

2 V. *J. Ansart et E. Katzarova, The Americanization of International Anti-Corruption : The Influence of the FCPA on the OAS and OECD Conventions.*

3 *J. Reyes, The Role of the UN Human Rights Covenants and the American Convention on Human Rights in Shaping International Anti-Corruption Norms.*

4 *V. Sharma, Impact of Corruption on the Implementation of International Law : A Critical Perspective.*

5 *A. Manea et J. Smith, In Search for a Tailored Approach to Anti-Corruption Sanctions in the International Development Context.*

6 *R. Brewster et A. Ortiz, Transnationalization in Latina America : Political and Legal Developments in Anti-Corruption.*

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - ENTREPRISE ET AFFAIRES - N° 42 - 17 OCTOBRE 2019

Une première limite à la transnationalité découle de l'éclectisme des sources du droit de la lutte contre la corruption

D'une part, les législations les plus effectives sont celles des États du Nord et sont dès lors marquées sociologiquement et politiquement. D'autre part, si l'on peut considérer qu'il existe un principe transnational de prohibition de la corruption, les conditions et l'efficacité de la mise en œuvre des législations nationales demeurent disparates. Cela est susceptible d'entraîner une instrumentalisation d'une politique anti-corruption à des fins d'hégémonie juridique et économique, ou tout le moins de favoriser la sanction de la petite corruption en laissant de côté le crime organisé d'ampleur internationale ou des opérations plus difficiles à déceler. Ces critiques appellent à repenser la manière dont sont envisagées ces législations, ce qu'a proposé Juanita Ceesay (École de droit de Sciences Po)[7]. En effet, si des législations anti-corruption veulent avoir une portée transnationale effective, il est impératif qu'elles reposent sur des valeurs transnationales, à plus forte raison s'il existe bien plusieurs types de corruption, soumis à des dynamiques et des environnements bien différents.

4 - Il convient parfois de concentrer l'étude sur les groupes sociaux pour comprendre les sources de certaines pratiques. Dans certains pays du continent africain par exemple, la corruption touche principalement, mais non exclusivement, les élites, ce qui a évidemment un effet délétère qui irradie les premières strates de gouvernance qu'il est difficile de mesurer car la plupart des indices en la matière se concentrent sur la perception de la corruption. La notion de culture n'est pas étrangère au problème selon Qingxiu Bu (Sussex Law School)[8]. Lorsque l'on se penche sur le cas de la Chine en le comparant à celui de la culture anglo-saxonne, on constate une différence radicale entre la culture du Guanxi sur laquelle repose la remise d'un cadeau comme liant social et celle du réseau des pays anglo-saxons. Pourtant, la mondialisation entraîne des modifications dans les pratiques commerciales au niveau mondial et la Chine a récemment dû adapter son droit : un 9e amendement à la loi pénale chinoise a été adopté en 2015, bien qu'il faille en reconnaître une exécution parcimonieuse à ce jour. Le continent africain fait en quelque sorte office de champ de bataille entre ces deux modèles et aucune réponse conduisant à une approche unifiée n'a été trouvée pour l'instant.

3. Les expériences nationales de la transnationalisation

5 - C'est alors le problème de l'efficacité de ces nouvelles législations, ce qui soulève plusieurs questions.
L'insertion de l'infraction en droit positif est-elle suffisante ? Qu'en est-il du champ d'application des législations nationales ? Comment les politiques répressives ont été (re)définies ? Tamar Hostoysky Brandes (Ono Academic College) s'est livrée à une mise en perspective du différentiel qu'il peut exister entre applicabilité et application effective des normes de lutte contre la corruption. L'exemple d'Israël a été choisi pour illustrer cette approche. Israël a signé la convention anti-corruption de l'OCDE en 2009 lorsqu'il a rejoint l'organisation et a adopté une loi prohibant la corruption d'agents publics étrangers calquée sur la prohibition déjà existante en droit interne pour les agents publics nationaux. Bien qu'elle soit fondée sur un engagement international, il faut néanmoins constater le manque d'efficacité de la nouvelle loi à la vue du nombre extrêmement réduit de poursuites pour des faits commis à l'étranger, et ce, alors que la corruption d'agents nationaux sur le territoire israélien a fait l'objet de lourdes et nombreuses condamnations. Le constat d'une efficacité variable entre deux normes similaires invite dès lors à remettre en perspective l'importance du seul caractère positif de l'infraction de corruption d'agent public étranger et à s'attacher à d'autres éléments pour identifier les facteurs permettant sa mise en œuvre efficiente. L'engagement international et sa transposition en droit interne ne sont en effet pas des garanties suffisantes si la nouvelle infraction (ici visant les agents étrangers) ne reflète pas d'authentiques préoccupations morales telles que celles qui soutiennent l'efficacité de la poursuite des actes de corruption des agents publics nationaux.

6 - L'extension du champ d'application des prohibitions de la corruption a également été une approche adoptée par les États parties à la convention de l'OCDE.
En France, par exemple, l'article 21 de la loi Sapin 2[9] a modifié les articles 435-6-2 et 435-11-2 du Code pénal afin que les prohibitions de la corruption et du trafic d'influence s'appliquent à des faits commis « *à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français* ». Ce texte constitue une innovation car le critère de l'activité économique en France n'entre pas dans les catégories traditionnelles de titres de compétence. Le modèle français, s'inspirant de ceux américain et anglais, en diffère toutefois à certains points de vue et soulève, pour ce qui concerne sa mise en œuvre, d'intéressantes questions de théorie des compétences de l'État en droit international qui ont été envisagées par Jonathan Bourgignon (université Paris II Panthéon-Assas)[10].

7 *J. Ceesay, Global North vs. Global South : Overcoming the Limits of the Transnationalization of Anti-Corruption Laws.*

8 *Q. Bu, Chinese Multinational Corporations, Obligations in the Global Anti-Corruption : Levelling the Playing Field in Africa.*

9 *L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : JO 10 déc. 2016, texte n° 2 ; JCP E 2016, act. 1008 ; JCP G 2017, act. 3, J.-M. Brigant ; Dr. sociétés 2016, repère 12, M. Roussille. - M. Roussille, Loi Sapin 2 et droit des sociétés : JCP E 2017, 1048.*

10 *J. Bourgignon, France's New Approach towards Extraterritoriality : Paving the Way for a Protective Principle in Economic Matters ?*

7 - À la dissuasion fondée sur la positivité d'une infraction comme élément de prévention, ont été ajoutés de nouveaux mécanismes de prévention fondés sur l'autorégulation et le signalement spontané, lesquels ont été discutés par Elizabeth Acorn (Yale University)[11]. La convention anti-corruption de l'OCDE n'impose en effet pas aux États de recourir à des mécanismes de mise en œuvre spécifiques pour s'assurer de son exécution. L'approche classique des États a néanmoins toujours été de privilégier la répression judiciaire. Il semble pourtant indéniable que la mise en œuvre de mécanismes de prévention et de résolution négociée soit nettement plus efficace que la seule voie répressive. Cette nouvelle approche repose sur la prise en considération de quatre facteurs de diffusion de la lutte contre la corruption : la coercition, la concurrence, l'apprentissage et l'émulation. Ce fut notamment le cas du Canada qui a adopté une nouvelle législation. Deux *Deferred Prosecution Agreements* (DPAs) ont ainsi été signés au Canada pendant l'été 2018 et ont été mis en avant comme élément de compétitivité pour les sociétés canadiennes.

L'adoption de législations de lutte contre la corruption par des États repose aussi sur des dispositifs déployés par certaines instances internationales ou régionales. Pourtant, ces lois n'ont pas la même efficacité et il faut s'interroger sur les raisons d'une telle différence. C'est ce que Laura Galindo-Romero (Stanford Law School) s'est proposée de faire en travaillant sur la pertinence du mécanisme de *peer review* pour s'assurer de la mise en œuvre des recommandations formulées par certaines organisations internationales[12]. L'auteur a notamment comparé le mécanisme de *peer review* de l'OCDE avec ceux de l'Organisation des États américains et des Nations Unies et a proposé de clarifier la taxonomie des recommandations formulées par ces organisations.

4. Repenser les méthodes traditionnelles

8 - Bien que les méthodes traditionnelles de lutte contre la corruption aient largement évolué compte tenu de réformes récentes, il est encore nécessaire de s'interroger sur la pertinence de ces évolutions et d'envisager des alternatives à ces méthodes d'un certain classicisme.

Face à l'absence d'une véritable discipline globale de lutte contre la corruption, ce sont aussi les stratégies relevant du droit des contrats qui présentent une certaine efficacité selon Thomas Kruessmann (University of Kent)[13]. Elles ne sont pourtant pas systématiquement utilisées par les opérateurs du commerce international autrement que dans des litiges relatifs à des contrats d'investissement ou encore au stade du recouvrement d'actifs. Les remèdes contractuels méritent une attention particulière car ils permettent d'atténuer, mais non de résoudre, les difficultés procédurales et probatoires liées à la découverte et la sanction de faits de corruption dans une opération commerciale internationale. Ces actions de nature civile ne permettent pas néanmoins de surmonter l'ensemble des difficultés liées à l'absence de standardisation entre les procédures pénales applicables d'un État à un autre. Une étape fondamentale a certes récemment été franchie compte tenu d'une certaine harmonisation par l'OCDE des infractions poursuivies. Il ne s'agit néanmoins que d'une étape, selon Rachel Scott (Three Raymond Buildings), puisque ce sont désormais les procédures de poursuite de ces infractions qui divergent encore considérablement d'un État à un autre[14]. Or, ces divergences soulèvent de nombreux problèmes liés à la coopération des États dans des procédures transnationales notamment en présence de délais de prescription différents, de risques de double sanction (*ne bis in idem*), de divergences dans la publicité et la transparence quant à l'existence ou la communication d'éléments liés à des procédures pénales nationales ayant, au surplus, des durées variables. L'OCDE semble être l'enceinte la mieux à même de travailler sur une harmonisation de ces différents critères afin de créer un espace de coopération judiciaire internationale plus efficace.

9 - En l'absence d'un cadre structuré, il est intéressant d'explorer de nouvelles approches comme celle issue de la théorie du droit administratif global. À la marge des sanctions pénales nationales largement répandues en droit comparé, les sanctions de nature administrative existent et occupent une place spécifique, notamment à l'échelle internationale. Une telle alternative a par exemple été retenue dans le système de sanction de la Banque mondiale, étendu par ailleurs à un nombre important de banques de développement. Le GAFI et d'autres organes régionaux disposent également de pouvoirs d'investigation. Un tel droit administratif global en matière de lutte contre la corruption semble toutefois encore en cours d'élaboration et souffre des divergences d'approche d'un système administratif à l'autre, tout comme d'une insuffisante structuration à l'intérieur même de ces systèmes comme a pu le constater Kotomi Moriguchi (Ghent University)[15]. À cela s'ajoute un élément perturbateur, celui de la mise en œuvre des droits fondamentaux qui a une pertinence toute particulière pour ce qui concerne la proportionnalité des peines encourues ainsi que le respect des droits de la défense.

Pourtant, nul ne peut contester la place prééminente de la lutte contre la corruption dans la promotion et le maintien d'une certaine paix sociale. S'il paraît complexe de mesurer l'impact de la corruption dans la déstructuration d'une société civile paisible et d'un appareil d'État fonctionnel, il semble cependant difficile de contester les liens existants entre corruption et fragilité d'un État, susceptible de le faire basculer de manière périodique dans des conflits armés comme cela a pu être constaté

11 *E. Acorn, The Harmonization of Anti-Foreign Bribery Law and Practice : Exploring Mechanisms of Policy Convergence in Canada.*

12 *L. Galindo-Romero, The Other Side of the Coin : Measuring States' Anti-Corruption Compliance and Domestic Implementation.*

13 *T. Kruessmann, The Failure of Transnational Anti-Corruption Law : Civil Law Strategies Reconsidered.*

14 *R. Scott, Would a Move Towards Standardized Procedures Strengthen the Transnational Fight against Corruption ?.*

15 *K. Moriguchi, Is There a Global Administrative Law Approach to Anti-Corruption ?*

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - ENTREPRISE ET AFFAIRES - N° 42 - 17 OCTOBRE 2019

dans certaines régions du monde. John Katsos (American University of Sharjah) a, à cet égard, pu identifier des relations entre certains facteurs comme l'importance d'une séparation entre les élites politiques et économiques. Des leçons peuvent être tirées pour l'élaboration de plans de reconstruction suivant les conflits armés dans lesquels il serait utile de mettre en place des programmes de compliance[16].

10 - La promotion de tels programmes, destinés aux organismes publics ou aux entreprises privées, impose de se pencher sur les différentes sources de la compliance. Eduard Ivanov (International Anti-Corruption Academy, IACA) distingue la compliance reposant sur des lois et règlements (*hard law*) de celles reposant sur des systèmes de droit souple (*soft law*), les premières n'étant pas forcément exclusives des secondes puisque les opérateurs économiques peuvent avoir recours aux deux à la fois comme dans le cas d'une certification privée de leur programme de compliance (par exemple les normes ISO 37001)[17]. La multiplication de ces normes de *hard law* ou de *soft law* appelle à envisager la pertinence d'une codification claire et précise, en fonction des acteurs concernés, des meilleures pratiques de compliance reconnues, et du travail effectué par des organismes de recherche indépendants dans ce domaine. L'auteur s'est employé à définir les critères de sélection, les avantages et les inconvénients de chaque grande catégorie de normes de compliance, étape préalable à tout travail de codification. Il s'agirait certainement d'une manière ambitieuse de reconsidérer les instruments actuels de lutte contre la corruption et le développement du droit de la compliance qui semble bien un instrument décisif pour renforcer l'efficacité des normes de lutte contre la corruption.

5. La transnationalisation et les nouvelles frontières de la compliance

11 - La compliance fait l'objet d'un mouvement de transnationalisation en ce qu'il s'assure d'une efficacité propre décorrélée des frontières traditionnelles d'un droit de l'anti-corruption cantonné à des considérations territoriales ou nationales. La prolifération des initiatives de compliance appelle toutefois forcément à opérer une classification stricte que se propose de faire Vera Cherepanova (Studio Etica) identifiant quatre catégories de mécanismes de compliance : les normes fondées sur des principes (*principle-based standards*), les normes de certification (*certification standards*), les normes de signalement (*reporting standards*) et les normes de procédure (*process standards*)[18]. La compliance, pour déployer l'ensemble de ses effets, nécessite toutefois de construire une culture continue de la conformité qui se matérialise par des formations régulières au sein des entreprises comme des institutions, et par la mise en place d'un circuit éducatif dédié. Pour mettre fin à la conformité de façade de certaines entreprises, Nuria Gonzalez (Universidad de San Andres) a ainsi prôné une approche holistique mêlant intervenants internes dédiés à la question de la compliance (les *compliance officers*) et des intervenants extérieurs et formateurs. C'est au titre de ce double mouvement que pourront se former spontanément des standards transnationaux de compliance[19].

C'est en matière de détection de la corruption que la compliance a su dépasser les obstacles traditionnels en promouvant les mécanismes de lancement d'alerte

Il est d'ailleurs envisageable d'insérer de tels mécanismes de compliance dans un cadre contractuel, comme le rappel des obligations de compliance de source légale pesant sur les différentes parties d'un contrat ou plus largement sur les acteurs - y compris sous-traitants, fournisseurs ou intermédiaires - prenant part à une opération commerciale internationale. Une étude empirique montre que des clauses anti-corruption sont de plus en plus fréquemment insérées dans les contrats de certains secteurs et tendent à se complexifier dans leur rédaction et à intégrer une variété plus importante de sujets. La portée des obligations mises à la charge de sociétés soumises au FCPA n'y est pas étrangère puisqu'est prévue une responsabilité pour le fait de ses employés, distributeurs, et autres agents tiers au contrat principal agissant pour le compte d'une entreprise. Jeffrey Boles (Fox School of Business, Temple University)[20] a relevé que chacune de ces configurations tend dorénavant à faire l'objet d'un aménagement contractuel des risques, y compris en présence d'un agent se livrant à des actes de corruption sur lequel peuvent désormais peser des obligations renforcées de compliance.

12 - C'est en matière de détection de la corruption que la compliance a su dépasser les obstacles traditionnels en promouvant les mécanismes de lancement d'alerte. Selon un sondage effectué dans les 28 États membres de l'UE, 81 % des personnes ayant connaissance de faits susceptibles de recouvrir une qualification liée à un acte de corruption ne les portent pas à la connaissance d'une autorité compétente pour y mettre fin ou pour les poursuivre, par manque de preuve, d'informations sur le destinataire potentiel d'une plainte, l'absence de protection et la peur de représailles. Leah Ambler et Claire Léger (département anti-corruption de l'OCDE) ont constaté que les fortes

16 *J.-E. Katsos, Towards a Global Peace-Promoting Anti-Corruption Regime.*

17 *E. Ivanov, In the Ocean of Anti-Corruption Compliance Standards and Guidance : Time for Codification ?.*

18 *V. Cherepanova, The proliferation of International Anti-Corruption Initiatives, Standards, and Guidelines.*

19 *N. Gonzales, Transnationalization of Anti-Corruption Trainings.*

20 *J. Boles, Fighting Corruption through Contract Law : International Law Considerations.*

disparités entre les législations nationales entravent une véritable transnationalisation de la protection des lanceurs d'alerte qui est encore loin d'exister dans de nombreux pays[21]. Des avancées sont toutefois attendues, notamment la négociation d'un instrument européen sur la protection des lanceurs d'alerte sur le principe duquel une dizaine de pays de l'UE se sont mis d'accord[22].

13 - Enfin, une approche fondée sur l'analyse économique des risques de corruption par pays a été élaborée par Robert Clark (TRACE International), montrant les limites inhérentes aux classements existants de lutte contre la corruption[23]. Il propose des voies alternatives d'évaluation et de classification de tels risques permettant d'offrir une information plus pertinente aux opérateurs économiques sur leur stratégie commerciale, les politiques internes à adopter, ainsi que d'autres mesures susceptibles d'influencer l'évolution et l'harmonisation des standards internationaux anti-corruption.

6. Les considérations liées à la lutte contre la corruption dans le règlement des différends

14 - Les enjeux liés à la lutte contre la corruption ont également un impact, difficile à mesurer, sur la résolution des différends. Anna Lorem Ramos (Banque mondiale) s'est interrogée sur la mesure dans laquelle la jurisprudence rendue par le *Sanctions Board* de la Banque mondiale pouvait être utilisée dans l'arbitrage Cirdi[24], évoquant la possibilité et les moyens d'enquêter sur l'existence d'un acte de corruption, l'approche en matière de charge de la preuve, et les sanctions susceptibles d'être retenues. Lucinda Low (Steptoe & Johnson LLP) s'est concentrée sur le mécanisme des *red flags*, en a rappelé l'origine en droit américain puis a exploré les différentes manières dont ils avaient été utilisés dans l'arbitrage d'investissement. Elle a souligné leur rôle dans le système de la Banque mondiale, à savoir en qualité d'éléments de preuve d'un acte de corruption, là où il s'agirait en réalité d'éléments factuels guidant l'arbitre sans pour autant emporter à eux seuls sa conviction[25]. À côté de la loi applicable au contrat, la loi applicable au contrôle de la sentence peut aussi avoir un rôle à jouer sur la mesure à attribuer par l'arbitre aux éléments qui correspondraient à une accumulation de faits graves, précis et concordants d'une violation par la sentence de l'ordre public international, ce qui est indéniablement le cas d'une sentence permettant l'exécution d'un pacte de corruption. Alexis Foucard (Clifford Chance LLP) s'est interrogé sur l'évolution qu'un tel contrôle pourrait avoir, puisque la cour d'appel de Paris a récemment consacré un nouveau standard de contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international[26], sur la charge de la preuve d'un acte de corruption entre parties à un contrat, notamment lorsque ledit contrat prévoit des mécanismes de compliance stricts susceptibles de modifier les obligations à la charge de chaque partie[27].

15 - Sur le plan de la pratique conventionnelle, Yueming Yan (McGill university) a envisagé de modifier les traités d'investissement en vue d'y prévoir directement les sanctions à adopter en présence de corruption[28]. De tels traités ont pu intégrer des dispositions relatives au respect du droit du travail, d'obligations de nature écologique, mais l'on y trouve que rarement, et de manière assez récente, des règles relatives aux actes de corruption autrement que sous la formule vague et générale d'une clause de licéité de l'investissement. L'auteure a proposé une étude détaillée ainsi que quelques pistes de réflexion sur l'insertion de dispositions spécifiques dans de tels traités.

7. Les défis liés à la mise en œuvre des lois anti-corruption dans un contexte transfrontière

16 - La mise en œuvre des lois anti-corruption est facilitée lorsque les actes répréhensibles se déroulent sur le territoire de l'État des poursuites. Elle s'avère plus délicate lorsqu'elle entend avoir un champ d'application extraterritorial. Cette extraterritorialité peut alors être perçue comme une violation de la souveraineté d'un autre État qui pourrait, pour protéger les intérêts de ses nationaux personnes physiques ou morales, adopter des lois de blocage. Le sujet de l'impact effectif de ces lois de blocage sur l'application des lois extraterritoriales de lutte contre la corruption a été envisagé par Stéphane Bonifassi (Bonifassi Avocats) qui s'est penché sur les enjeux et la jurisprudence relative à ces dispositifs de blocage en France, en Suisse et en Chine[29].

21 *L. Ambler et C. Léger, Whistleblower Protection : The Next Frontier in The Transnationalization of Anti-Corruption Law.*

22 Sur l'adoption définitive de la directive sur la protection des lanceurs d'alerte dans l'UE, V. *Cons. UE, communiqué, 7 oct. 2019 : JCP E 2019, act. 678.*

23 *R.-E. Clark, Linear and Non-Linear Modeling Techniques in Transnational Corruption Risk Assessment.*

24 *A. Lorem Ramos et C. Valdez Warner, The World Bank Group in International Dispute Resolution of Fraud and Corruption : Examining the Practice and Jurisprudence of the Sanctions Board and ICSID Arbitral Tribunals.*

25 *L.-A. Low, Methodologies for Proving Corruption in Arbitration : Red Flags, « Connect the Dots », and Similar Approaches.*

26 Après le critère de *flagrance* de la contrariété de la sentence à l'ordre public international a fait suite l'apparition de celui du caractère manifeste de cette violation. La cour d'appel de Paris a précisé que cette violation pourrait résulter d'éléments graves, précis et concordants permettant au juge un contrôle en fait et en droit afin de déceler l'existence d'un acte de corruption auquel la sentence donnerait effet.

27 *A. Foucard, International Arbitration's Growing Reliance on Red Flags : How Shifting the Burden of Proof for Allegations of Corruption Is Prompting the Transnationalization of Anti-Corruption.*

28 *Y. Yan, Global Anti-Corruption Efforts in a New Era of International Investment Agreements.*

29 *S. Bonifassi, The Impact of Blocking Statutes on Enforcement of Anti-Corruption Laws.*

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - ENTREPRISE ET AFFAIRES - N° 42 - 17 OCTOBRE 2019

Les organisations internationales n'ont en général que des pouvoirs limités poussant simplement à l'initiative les États sans autre forme de coercition

17 - Depuis le début des années 2000, on constate dans les États parties à la convention anti-corruption de l'OCDE une prolifération de mécanismes alternatifs de répression de la corruption (avatars de DPAs et de *non-prosecution agreements*). Celle-ci crée des difficultés de taille dans la mise en œuvre à l'étranger de la lutte contre la corruption et entraîne indéniablement un bouleversement des méthodes classiques de poursuite. Simon Saint-Georges et Denis Saint-Martin (université de Montréal) ont mis en évidence que ces mécanismes de justice négociée ne remplissaient pas les objectifs qu'ils mettent en avant et soulèvent des enjeux de gouvernance. Ils ont pointé les effets potentiellement pervers d'une justice négociée fondée sur une stricte logique d'efficacité et déployée par mimétisme, mais qui éclipserait les débats plus fondamentaux de légitimité de tels dispositifs[30].
Branislav Hock (University of Portsmouth) a, quant à lui, mis en évidence que le passage de « marchés » avec les autorités pénales est devenu la norme et favoriserait une résolution en bloc des poursuites plutôt que de passer par une multitude de procédures distinctes qui, individuellement pourtant, permettrait plus facilement à l'entreprise poursuivie de ne pas perdre en justice[31]. Il a tiré de ce constat plusieurs enseignements et s'est interrogé sur les implications de la prépondérance de cette technique dans le développement de la coopération et la coordination de procédures parallèles dans plusieurs pays.

18 - Pourtant, il faut bien admettre que si une telle coopération internationale a des avantages indéniables pour les États en termes d'économie procédurale, elle semble pour l'instant particulièrement difficile à mettre en œuvre pour diverses raisons que Camilla Tort (Organization of American States) a pu dresser comme autant de freins vers une transnationalisation pleine et entière de la matière[32].

8. Le droit de l'anti-corruption au-delà des États

19 - Les organisations internationales n'ont en général que des pouvoirs limités poussant simplement à l'initiative les États sans autre forme de coercition. Elles permettent toutefois de créer des plateformes de coopération pour lutter efficacement contre la corruption. À ce titre, l'OCDE joue un rôle d'influence primordial comme l'a rappelé Nicola Bonnuci (directeur des affaires juridiques de l'OCDE)[33]. Le FMI a également pu prendre part à ce combat, alors qu'il ne s'agit pas d'un sujet entrant *prima facie* dans ses compétences. Sean Hagan (ancien directeur juridique du FMI) a rappelé que cette organisation avait un mandat limité aux crises financières et disposait de fonds pour y remédier[34]. C'est à ce titre qu'il est apparu impossible de mettre en œuvre une politique raisonnée de financements d'infrastructures ou de gestion de crise dans les pays où la corruption est endémique et qui sont généralement ceux où l'aide du FMI est cruciale. Le FMI a ainsi conditionné son assistance financière à la prise par les États d'engagements sur l'éradication de la corruption dans les sphères dirigeantes. Il est indéniable qu'empiriquement, l'existence d'une corruption dans certaines strates de la société rendait incapable un État d'améliorer son état de développement et de financer les programmes qui y sont dédiés.

20 - Kevin Crow (MIT Sloan) s'est quant à lui interrogé sur les spécificités liées à la sanction des personnes morales pour des faits de corruption en le comparant aux sanctions visant les personnes physiques[35]. Il en a déduit que si les sanctions pour corruption à l'égard de personnes physiques sont souvent lourdes et pétries de moralité, il n'en est pas forcément de même à l'égard des États ou des entreprises, soulignant ainsi des incohérences qu'il convient d'évaluer.
Par-delà des États encore, la lutte contre la corruption a pu se développer dans des domaines qui les dépassent, comme celui du sport. C'est sur ce sujet qu'Andy Spalding (University of Richmond) clôturait ces deux journées en décrivant les mécanismes anti-corruption qui ont pu se développer dans le monde clos et peu connu du sport, des portes d'un stade dont la construction aurait pu couvrir quelques versements illicites jusqu'aux marches du podium qui ne doivent être gravies que par des athlètes exempts de toute triche[36]. Le comité pour les jeux de 2024 s'attelle tout particulièrement à prendre en compte ces problématiques dans l'organisation des jeux de Paris. ■

30 *S. Saint-Georges et D. Saint-Simon, The Global Diffusion of Deferred Prosecution Agreements : Institutional Isomorphism and the Re-making of the Rules Against Corporate Corruption.*

31 *B. Hock, Market for Bundles : New Stage of Foreign Anti-Bribery Enforcement.*

32 *C. Tort, The Search for Synergies : The Utopian Ideal of Cooperation between International Anti-Corruption Mechanisms.*

33 *N. Bonucci, International Organizations' Efforts to Prevent Corruption.*

34 *S. Hagan, An IMF Perspective on Anti-Corruption.*

35 *K. Crow, International Legal Persons' and Anti-Corruption Law : A Problematic Status Quo.*

36 *A. Spalding et C. Fellouse-Guenkel, The Role of Mega Sporting Events in Transnationalizing Anti-Corruption Law.*