

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET PROMOTION DE LA CONCURRENCE

Contribution de la France

-- Session I --

Cette contribution est soumise par la France au titre de la Session I du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 27 et 28 février 2014.

Mme Ania Thiemann, Responsable des relations extérieures, Division de la Concurrence, OCDE
tél. +33 1 45 24 98 87, adresse électronique : Ania.Thiemann@oecd.org

JT03352482

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET PROMOTION DE LA CONCURRENCE

-- France --

1. La corruption et les comportements anticoncurrentiels se rejoignent en ce qu'ils ont pour effet de réduire la performance économique tant des entreprises que des États.

2. En effet, dans les marchés publics comme dans les transactions commerciales internationales, la corruption comme les pratiques anticoncurrentielles induisent une distorsion du jeu de la concurrence et constituent des obstacles à la mobilisation efficace des ressources et des moyens en vue d'un développement économique durable.

3. La collusion et la corruption, si elles peuvent à court terme donner l'illusion aux entreprises de conférer un avantage temporaire permettant de remporter des succès commerciaux, constituent pour ces entreprises un piège, en entamant durablement leur compétitivité (**cf. point I**). L'effectivité croissante des outils de détection et de poursuite, mais aussi l'appropriation par les entreprises des règles et des risques associés à leur violation, incitent à l'inverse aujourd'hui les acteurs à s'engager dans une démarche de conformité, en particulier lorsqu'ils développent une activité commerciale à l'international, en s'adaptant aux spécificités juridiques et aux usages locaux. (**cf. point II**)

1. Les marchés publics, point d'articulation entre la lutte anti-corruption et la lutte contre la collusion

4. Le droit de la concurrence et les règles en matière de lutte contre la corruption trouvent à s'articuler en France dans le cadre de la passation de marchés publics (1.1), qui fait l'objet d'une abondante pratique de l'Autorité (1.2). Des interactions et passerelles procédurales entre lutte contre la corruption et lutte contre la collusion permettent d'accroître l'efficacité de la répression (1.3).

1.1 Les instruments de lutte contre la collusion et la corruption dans les marchés publics

5. En matière de marchés publics, il convient de distinguer trois types d'outils juridiques, qui ensemble permettent de contrôler et sanctionner à la fois les pratiques de corruption et celles de collusion.

6. En premier lieu, le droit de la concurrence sanctionne les pratiques d'entente en matière de marchés publics : il peut jouer un rôle à la fois dissuasif et répressif et prendre une place utile entre les règles formelles relatives aux marchés publics, dont le non-respect est sanctionné en droit administratif par la nullité des contrats, les actions en responsabilité et la sanction pénale.

7. Dans le domaine de la commande publique, l'Autorité de la concurrence (qui a succédé au Conseil de la concurrence) s'intéresse presque exclusivement aux pratiques des offreurs et laisse aux juridictions administratives, financières ou pénales (cf. infra) le soin d'examiner les comportements des demandeurs publics. Toutefois, indépendamment de leur éventuelle responsabilité administrative, voire pénale, les maîtres d'ouvrage qui ont activement contribué à la mise en œuvre d'une entente par fourniture de moyens et qui exercent une activité économique sur un marché peuvent être sanctionnés pour entente

anticoncurrentielle au même titre que les entreprises¹. Des assistants au maître d'ouvrage ou tout professionnel apportant son aide à la commission de l'entente pourraient aussi être retenus comme responsables de l'entente. Tel a été le cas d'une société d'assistance à la maîtrise d'ouvrage dans l'affaire 07-D-15 du 9 mai 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile de France confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juillet 2008².

8. En deuxième lieu, si l'Autorité de la concurrence est compétente pour apprécier, au regard des règles du droit de la concurrence, les pratiques mises en œuvre par des entreprises visant à fausser des consultations, elle ne l'est pas pour apprécier la légalité d'un appel d'offres ou d'une délégation de service public, dont seul le juge administratif compétent peut être saisi.

9. En effet, les juridictions administratives, dont le rôle consiste à contrôler la légalité des actes administratifs, ne sont pas exclues du contentieux des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, les juges administratifs ont vocation à contrôler l'action administrative, qui doit respecter le cadre légal dans lequel elle doit être mise en œuvre. Or le droit de la concurrence et en particulier les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles font partie du bloc de légalité : les règles de concurrence s'imposent aux pouvoirs publics non seulement quand ils assurent des prestations économiques mais également quand ils en supervisent l'organisation.

10. En troisième et dernier lieu, ce type de comportements est aussi visé par des dispositions du code pénal. Trois infractions peuvent être en particulier relevées :

- Le délit de pratique anticoncurrentielle : l'article L. 420-6 du code pénal dispose: « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ». Cette possibilité d'incrimination des personnes physiques constitue un complément indispensable des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence, qui, elle, ne peut sanctionner que des entreprises.
- Le délit de favoritisme : le délit d'«octroi d'avantage injustifié», plus connu sous le nom de « favoritisme », institué en 1991³ et réprimé par l'article 432-14 du code pénal, forme aujourd'hui l'essentiel du contentieux pénal des marchés publics. Il s'agit d'une infraction spécifique au droit de la commande publique, susceptible de sanctionner des atteintes au droit de la concurrence, en particulier par les acheteurs publics. Il en va ainsi par exemple, de l'octroi d'informations privilégiées à un candidat au marché⁴ ou de l'insertion dans un cahier des charges de clauses techniques qui ne peuvent être satisfaites que par une seule entreprise.
- Le délit de corruption : il est traditionnellement réprimé par le code pénal à travers les délits de corruption passive, de corruption active⁵ et de trafic d'influence⁶. La corruption est ainsi un délit à deux facettes : d'une part, la corruption passive du corrompu qui est celui qui détient le pouvoir et accepte ou sollicite un don ou un avantage quelconque en contrepartie d'un acte entrant dans sa mission et qu'il accomplit favorablement pour le corrupteur et, d'autre part, la corruption active

¹ Voir Conseil de la concurrence, décision n°05-D-61 du 9 novembre 2005.

² Voir aussi TPICE, 8 juillet 2008, Treuhand AG, T-99/04.

³ Loi n°91-3 du 3 janvier 1991

⁴ Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87.898,

⁵ Article 433-1 du code pénal.

⁶ Article 432-11 du code pénal.

du corrupteur qui est celui qui remet ou propose le don ou l'avantage en échange du service rendu par le fonctionnaire, l'élu ou le gestionnaire. Le trafic d'influence a pour sa part une finalité différente, son auteur abusant de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir un contrat ; il se présente donc comme un intermédiaire entre le bénéficiaire potentiel et le destinataire de cet abus.

11. Si une entente complexe peut parfois impliquer la combinaison de plusieurs infractions pénales, les violations du droit de la concurrence dans les marchés publics ne recoupent pas systématiquement les éléments constitutifs de ces délits, si bien que l'application du droit pénal ne peut se faire qu'au cas par cas.

1.2 La pratique de l'Autorité s'agissant de la collusion dans les marchés publics

12. Comme cela vient d'être rappelé, l'Autorité de la concurrence est compétente pour intervenir sur le fondement de l'article L.420-1 du code de commerce et 101 du TFUE afin de sanctionner des pratiques de collusions entre concurrents. La pratique de l'Autorité en matière de marchés publics est très importante, avec plus de 70 décisions de sanctions relatives à des procédures d'appels d'offres rendues depuis 2004.

13. La pratique de l'Autorité fait ressortir qu'en matière d'ententes relatives à des marchés publics, toutes les administrations publiques peuvent être concernées, administration centrale de l'Etat, collectivités territoriales, administrations de sécurité sociale, et que le secteur des marchés relatifs à la construction et aux travaux publics est le plus affecté. Ces pratiques engendrant un coût pour la collectivité et un réel dommage à l'économie⁷, l'Autorité s'attelle à poursuivre et sanctionner avec détermination ce type de comportement. Les pratiques sanctionnées par l'Autorité peuvent prendre plusieurs formes.

14. En premier lieu, les **échanges d'information**, plus ou moins formalisés et organisés, constituent la première (et parfois la seule) phase de la mise en œuvre d'une entente et peuvent gravement perturber la loyauté d'un appel d'offres et fausser le jeu de la concurrence. Ils peuvent aussi constituer les seuls indices d'ententes, les preuves d'une répartition de marchés faisant défaut. L'Autorité de la concurrence a ainsi pu souligner dans une affaire concernant le réseau de tramway de la ville de Marseille qu'« *à de multiples reprises, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'en matière de marchés publics sur appel d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être* »⁸.

15. Si certaines pratiques peuvent ainsi clairement avoir pour objet de fixer des niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions ou de désigner à l'avance le futur titulaire du marché en le faisant apparaître comme le moins disant, « *de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur*

⁷ L'Autorité a ainsi constaté une forte diminution du prix (de l'ordre de 20%) des prestations offertes par les entreprises en cause dans une affaire relative au secteur de la restauration des monuments historiques, une fois l'entente démantelée. Voir décision n° 11-D-02 du 26 janvier 2011.

⁸ Décision n° 11-D-13 du 5 octobre 2011 relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installations électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes. Voir également Décision n° 09-D-18 du 2 juin 2009 relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentanée d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille et Décision n°09-D-34 du 18 novembre 2009 relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse.

absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres »⁹.

16. En deuxième lieu, les pratiques d'**offres de couverture** (simulation de concurrence par la présentation d'offres rédigées de telle sorte qu'elles seront écartées au profit de l'offre qui est couverte) **et les accords de répartition des marchés** constituent les formes les plus abouties, souvent liées, de comportements anticoncurrentiels. En particulier, dans le cas des appels d'offres complexes, l'entente n'est pas réalisable sans une **concertation organisée** nécessitant réunions et arbitrages. Il est admis que la preuve soit rapportée par un faisceau d'indices, éléments non susceptibles de constituer une preuve à eux seuls, mais dont la gravité, la précision, l'accumulation et la concordance permettent de considérer la pratique comme établie.

17. Une affaire d'envergure exceptionnelle peut être signalée à ce titre. Dans une décision de 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France le Conseil de la concurrence a sanctionné, à hauteur de 48 millions d'euros, 34 entreprises de BTP pour entente généralisée sur les marchés publics d'Ile-de-France, décision confirmée par la Cour d'appel et la Cour de cassation¹⁰.

18. Dans cette affaire, de 1991 à 1997, les principales entreprises du secteur s'étaient entendues pour répartir les marchés de travaux publics d'Ile-de-France, entre elles ou entre leurs filiales, entraînant avec elles de nombreuses autres entreprises. Au total, ce sont les appels d'offres d'une quarantaine de marchés qui ont été faussés. Dans le cadre de cette entente générale, les grandes entreprises du secteur répartissaient les travaux à venir entre les sociétés de leur groupe en procédant à des "tours de table", réunions au cours desquelles les responsables des entreprises exprimaient leurs vœux pour les chantiers futurs, et veillaient au respect des attributions prévues. Le partage des marchés a fonctionné sur une longue période et reposait sur un système très élaboré de répartition ; sa mise en œuvre s'est traduite par un courant habituel d'échanges d'informations et par la pratique d'offres de couverture.

19. En troisième lieu, les entreprises peuvent aussi s'entendre pour ne pas répondre à un appel d'offres, les **échanges d'information visant alors à s'abstenir de soumissionner**. Le Conseil a ainsi sanctionné, à hauteur de 2,6 millions d'euros, cinq entreprises commercialisant des défibrillateurs cardiaques implantables pour s'être entendues afin de ne pas répondre à un appel d'offres national lancé en 2001 par 17 centres hospitaliers qui s'étaient regroupés pour acheter leurs défibrillateurs aux meilleures conditions de prix et de service.¹¹ Les entreprises s'étaient réunies à plusieurs reprises, dès l'annonce du projet d'appel d'offres groupé et jusqu'à deux semaines avant la date limite de dépôt des offres et avaient défini leur stratégie commune consistant à ne pas répondre à l'appel d'offres, à écrire au maître d'ouvrage pour soulever des points techniques, et à expliquer individuellement leur absence de réponse. L'entente a mis en échec la nouvelle procédure d'achats groupés et l'a découragée pour l'avenir, concernant les dispositifs médicaux. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel¹².

20. En dernier lieu, l'Autorité a, à plusieurs reprises, rappelé la vigilance nécessaire des maîtres d'ouvrage, et leur rôle dans l'animation de la concurrence, notamment dans l'appel au groupement et dans

⁹ Décision n° 09-D-25 du 29 juillet 2009 relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées.

¹⁰ Décision 06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France, Cour d'appel de Paris, arrêt du 24 juin 2008 (société France Travaux), Cour de cassation, arrêt du 13 octobre 2009.

¹¹ Décision 07-D-49 du 19 décembre 2007.

¹² Arrêt du 8 avril 2009.

la constitution des lots : ils ont la faculté de refuser l'offre d'un groupement sur le seul soupçon que son objet serait anticoncurrentiel et ont « *toujours la possibilité de diviser le marché offert et de fixer le règlement des appels d'offres en constituant des lots tels que le plus grand nombre d'entreprises puissent individuellement y concourir, et en se ménageant la possibilité de refuser a priori, selon des critères dont ils sont juges, que les entreprises se groupent* »¹³.

21. Le pouvoir adjudicateur a aussi la charge de veiller à l'égal accès des soumissionnaires aux informations disponibles (notamment en cas de renouvellement d'un marché ou d'une délégation, afin que l'entreprise sortante ne dispose pas d'un avantage comparatif trop important), à rédiger le cahier de charges de façon à ce qu'il n'avantage pas certaines entreprises, notamment par le choix de spécifications techniques qui favorisent leurs produits ou services¹⁴ ou encore le manque de clarté du règlement de consultation se prêtant à une discrimination entre concurrents¹⁵.

1.3 L'interaction entre la procédure pénale et la procédure administrative

22. Si l'Autorité est compétente s'agissant du droit de la concurrence, un certain nombre de mécanismes procéduraux existent en droit français afin de renforcer l'interaction entre la procédure pénale et la procédure administrative mise en œuvre par l'Autorité et ainsi permettre une plus grande efficacité de la politique répressive vis-à-vis des comportements visant à fausser l'organisation du marché.

23. En premier lieu, l'article L.463-5 du code de commerce prévoit que « Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer à l'Autorité de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux, rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie ». Cette procédure permet à l'Autorité de la concurrence d'enquêter et d'ouvrir une instruction sur des affaires ayant initialement fait l'objet d'une enquête pénale. L'Autorité a appliqué cette procédure à plusieurs reprises, sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation, qui ont interprété avec souplesse les termes de l'article L.463-5, lui conférant ainsi une véritable efficacité.

24. Deux affaires récentes en témoignent. Dans une décision n°10-D-39 du 22 décembre 2010, par laquelle l'Autorité a prononcé une sanction à hauteur de 52 millions d'euros à l'encontre de 8 entreprises pour s'être entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition des marchés de signalisation routière verticale (panneaux métalliques de signalisation) et sur les prix, l'Autorité s'est vue communiquer à sa demande par le parquet de Nantes des éléments d'un dossier pénal qui lui ont permis de renforcer l'efficacité de son instruction.

25. Dans une autre affaire, informée de l'existence d'une procédure pénale ouverte devant le Tribunal de grande instance de Rouen à l'encontre de dirigeants d'entreprises pour participation à des ententes dans le secteur de la restauration des monuments historiques, l'Autorité s'est saisie d'office, en 2007, du volet concurrentiel du dossier. Cette procédure a pu aboutir à la décision n°11-D-02 du 26 janvier 2011 par laquelle l'Autorité de la concurrence a sanctionné à hauteur de 10 millions d'euros 14 entreprises pour s'être réparties la quasi-totalité des marchés publics de restauration des monuments historiques dans les régions Basse-Normandie, Haute-Normandie et Picardie.

26. Enfin, outre cet accès possible au dossier pénal, le projet de loi sur la consommation, actuellement en discussion au Parlement prévoit d'introduire la possibilité pour les agents de l'Autorité de

¹³ Décisions 05-D-19, 05-D-26 et 05-D-70.

¹⁴ Décision 92-D-62 ; Cour d'appel de Paris, 7 mai 1997 et Cour de cassation, 18 mai 1999 : affaire Biwater.

¹⁵ Décision 03-MC-01.

la concurrence, lorsqu'une affaire a un volet pénal, d'obtenir directement du juge une commission rogatoire.

27. En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence donne son avis aux juridictions pénales sur les pratiques dont elles sont saisies, en vertu de l'article L. 462-3 du code de commerce. Le cœur de l'infraction pénale étant, comme on l'a vu plus haut, constitué par des pratiques d'entente et d'abus de position dominante définies par le code de commerce, cette « passerelle » est bienvenue, même si l'avis de l'Autorité ne lie pas la juridiction qui, en pratique, en tient cependant compte.

28. En troisième lieu, l'article L.462-6 alinéa 2 du code de commerce prévoit que lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L.420-6, l'Autorité adresse le dossier au procureur de la République, cette transmission interrompant la prescription de l'action publique. Il a été fait une application modérée de cette disposition, dix dossiers ayant été communiqués au parquet depuis 1994, avec cependant une certaine intensification depuis 2000. La plupart de ces affaires sont relatives à des ententes dans les marchés publics ou à des cartels sur les prix.

29. Ainsi dans une décision du 3 décembre 2008, le Conseil de la concurrence a sanctionné des sociétés pour avoir déposé des offres distinctes lors de la passation de plusieurs marchés publics d'entretien en menuiserie et serrurerie, alors qu'elles faisaient partie du même groupe et élaboraient leurs offres de manière centralisée. Ayant relevé que le président des deux sociétés en cause, par sa longue fréquentation des marchés publics, était parfaitement informé des règles de concurrence applicables, qu'il avait donc sciemment méconnues, le Conseil a décidé que ces faits étaient susceptibles de recevoir une qualification pénale en vertu de l'article L. 420-6 du code de commerce et a transmis l'ensemble du dossier au procureur de la République.¹⁶

30. Les suites données à ces transmissions dépendent du parquet concerné. Néanmoins la transmission d'un dossier au parquet fournit à l'Autorité un outil de dissuasion, par la publicité qui en est donnée, et lui permet de fortement stigmatiser les pratiques les plus graves et de faire connaître son analyse, quand bien même le parquet dispose de l'opportunité des poursuites et que le juge n'est pas lié par les décisions de l'Autorité.

31. En dernier lieu, si l'existence de sanctions pénales pour les personnes physiques peut constituer un outil majeur de dissuasion et de répression des infractions les plus graves, elle doit cependant être conciliée et articulée avec l'action des autorités qui, comme l'Autorité de la concurrence, imposent aux entreprises des sanctions administratives.

32. Or, l'introduction d'un programme de clémence n'a pas conduit immédiatement à une évolution de l'articulation entre les deux catégories d'action. Ainsi, les exonérations de sanctions que l'Autorité de la concurrence peut accorder aux entreprises au titre du programme de clémence ne garantissent pas aux personnes physiques une immunité de sanction devant le juge pénal, ce qui peut dissuader le recours à la procédure de clémence.

33. Certes, il convient de relativiser les conséquences de cette situation puisque de fait aucun cas de poursuite pénale après demande de clémence devant l'Autorité n'a été signalé. En outre la pratique du Conseil, puis de l'Autorité, a été de ne pas transmettre au procureur les dossiers dans lesquels le ou les bénéficiaires de la clémence étai(en)t susceptible(s) de faire l'objet de sanctions pénales.

¹⁶ Décision 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie

34. Pour autant, une réflexion paraît nécessaire afin de permettre aux responsables des entreprises ayant apporté des éléments déterminants permettant d'obtenir le bénéfice du programme de clémence de bénéficier à leur tour devant le juge pénal d'une disposition les dispensant de peine ou la réduisant.

2. Au-delà des cas de collusion, des exigences accrues et des outils plus performants dans la lutte anti-corruption

2.1 *Le renforcement de l'arsenal législatif français de lutte anti-corruption*

35. En matière de corruption, la France s'est dotée progressivement depuis 2007 d'un arsenal législatif complet résultant de l'intégration en droit interne des différentes conventions internationales anticorruption qu'elle a ratifiées.

36. Dans un premier temps, la loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, comportant essentiellement des dispositions pénales, a créé huit nouveaux délits en matière de corruption, étendu quatre incriminations existantes (dont celle de trafic d'influence), et autorisé en matière de corruption les techniques spéciales d'enquête. Comme déjà souligné (cf. point I.1), le système pénal français prévoit notamment l'incrimination de corruption active commise par des personnes physiques (art 433-1 du code pénal) et, depuis 2004, par des personnes morales, ainsi que la corruption passive commise par des agents publics nationaux (art 432-11). La corruption dans le cadre international est également sanctionnée par les articles 435-3 et 435-1 du code pénal.

37. On relèvera en outre que le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale mentionne pour la première fois « les actions engagées pour prévenir la corruption » parmi les informations qui doivent obligatoirement figurer dans le rapport annuel de gestion des entreprises cotées.

38. Très récemment, la France a encore renforcé de manière significative son arsenal juridique pour lutter contre toutes les formes de corruption et améliorer l'efficacité de la poursuite pénale en la matière.

39. D'une part, la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier a acté la création d'un procureur de la République financier à compétence nationale, ayant pour but d'améliorer l'efficacité de la poursuite pénale en matière de corruption et de fraude fiscale. Dorénavant, le traitement des affaires complexes pourra être confié à ce procureur de la République à compétence nationale, doté de moyens propres exclusivement dédiés à cet objectif. Le champ de compétence du procureur de la République financier comprend à titre exclusif les délits prévus au code monétaire et financier (les opérations d'initiés, les manipulations de cours, la diffusion de fausses informations, ainsi que les manœuvres ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé ou d'un système multilatéral de négociation). D'autre part, le procureur de la République financier exerce une compétence concurrente à celle des procureurs territorialement compétents pour les atteintes à la probité que sont la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, le pantouflage, le favoritisme, le détournement de fonds publics et les délits d'obtention illicite de suffrage en matière électorale, lorsque les procédures apparaissent d'une grande complexité, et les infractions de corruption d'agent public étranger.

40. D'autre part, la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière prévoit de nouvelles dispositions visant à améliorer la lutte contre la corruption.

41. La possibilité est désormais ouverte pour les associations anti-corruption de se constituer partie civile. Les associations anti-corruption agréées, déclarées depuis plus de 5 ans, pourront se constituer partie civile devant les juridictions pénales notamment des chefs de corruption. La France se met ainsi

pleinement en conformité avec les recommandations générales des conventions internationales de lutte contre la corruption (conventions de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE), du Groupe d'États contre la corruption au sein du Conseil de l'Europe (GRECO) et de l'Organisation des Nations Unies (CNUCC)) en supprimant les dispositions relatives au monopole du parquet en matière de poursuites pour corruption d'agent public étranger (art. 435-6 et 435-11 du CPP). C'est toutefois sans préjudice des dispositions de l'article 113-8 du code pénal dont il résulte que lorsque les faits ont été intégralement commis à l'étranger, la requête du ministère public demeure nécessaire aux fins de poursuite de l'infraction.

42. De plus, les peines d'amende prévues en matière d'atteintes à la probité sont notablement aggravées tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales ce qui répond aux recommandations de l'OCDE de porter les peines applicables à un niveau proportionné, efficace et dissuasif. A titre d'exemple, pour l'infraction de corruption d'agent public étranger et de corruption de personnel de juridiction étrangère ou internationale, les sanctions encourues par les personnes physiques, qui étaient de 150.000 euros d'amende passent à un million d'euros, ce montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction (outre 10 ans d'emprisonnement). Les amendes encourues pour les mêmes infractions par les personnes morales peuvent atteindre le quintuple de ces sommes.

43. La loi accorde par ailleurs une protection plus importante aux lanceurs d'alerte. Salariés comme fonctionnaires, la loi étend cette protection à toutes révélations faites de bonne foi, pour toute infraction, faites aux autorités judiciaires ou administratives mais également à la presse.

44. Dans ce cadre, la loi confie au Service Central de Prévention de la Corruption (« le SCPC ») une nouvelle mission en précisant que « la personne qui a signalé un délit ou un crime commis dans son entreprise ou dans son administration est mise en relation, à sa demande, avec le Service Central de Prévention de la Corruption lorsque l'infraction signalée entre dans le champ de compétence de ce service ».

45. De plus, le dispositif des « repentis », qui fait écho aux programmes de clémence mis en œuvre en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, est élargi à un certain nombre d'infractions financières, dont la corruption. Ce dispositif prévoit que la peine privative de liberté encourue est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, l'auteur a permis de faire cesser l'infraction ou d'identifier les autres auteurs ou complices.

46. Le recours aux techniques spéciales d'enquête est étendu à un certain nombre d'infractions financières (et au blanchiment de ces infractions), dont la corruption, alors que ces pouvoirs spéciaux d'investigations, instaurés en 2004, consistant en la surveillance, l'infiltration, la garde à vue de 96 heures, les interceptions de correspondances téléphoniques au stade de l'enquête, les sonorisations et fixations d'images de certains lieux et véhicules, les captations des données informatiques et les saisies conservatoires étaient initialement dévolus à la lutte contre la criminalité organisée. Néanmoins, dans sa décision n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a censuré la possibilité de prolonger la garde à vue jusqu'à 96 heures qui constituait une atteinte à la liberté individuelle et aux droits de la défense ne pouvant être regardée comme proportionnée au but poursuivi.

47. La loi crée un nouvel article 324-1-1 du code pénal qui dispose que « pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus ». Il est ainsi institué un renversement de la charge de la preuve en matière de blanchiment dès lors que les conditions de réalisation d'une opération ne peuvent s'expliquer autrement que par la volonté de dissimuler l'origine des biens ou des revenus, lesdits biens ou

revenus étant alors présumés être le produit d'un crime ou d'un délit. Il vise à mieux appréhender les montages juridiques et financiers dénués de toute rationalité économique et dont la complexité n'est manifestement qu'un moyen d'éviter la traçabilité des flux et d'en dissimuler l'origine.

48. Enfin, la France a, dans la période récente, développé et étendu en matière de lutte contre la corruption les procédures rapides de sanctions.

49. La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles (article 27) étend aux délits punis d'une peine de 10 ans d'emprisonnement le recours à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), laquelle concernait à l'origine les seuls délits punis d'une peine inférieure à 5 années d'emprisonnement. De la sorte, elle devient applicable de droit aux infractions de corruption, et en particulier de corruption dans les transactions commerciales internationales.

50. Inspirée du plaider-coupable anglo-saxon dont elle se différencie pourtant substantiellement (notamment par l'absence de négociation proprement dite entre l'avocat et le procureur), la CRPC vise, sur le plan pratique, à désencombrer les tribunaux correctionnels en recourant à une procédure simplifiée et rapide. Sur le fond, ce dispositif innove en droit français en ce qu'il repose sur l'aveu et conduit la personne poursuivie à « s'auto-incriminer » devant l'organe de poursuites.

51. Sur le plan technique, la procédure de CRPC est applicable à la personne qui « reconnaît les faits qui lui sont reprochés » (art 495-7 du code de procédure pénale) tant aux personnes physiques majeures qu'aux personnes morales.

52. Cette procédure peut également être désormais utilisée par un juge d'instruction saisi de tels faits à l'issue d'une procédure d'information judiciaire, dans le cadre d'une ordonnance de renvoi au procureur de la République pour mise en œuvre de la CRPC, lorsque la personne (physique ou morale) mise en examen reconnaît les faits qui lui sont reprochés, avec son accord, celui du parquet et celui de la partie civile (nouvel article 180-1 du code de procédure pénale). La CRPC peut donc être utilisée pour poursuivre le délit de corruption d'agents publics étrangers à l'issue d'une enquête préliminaire, comme d'une information judiciaire. La décision, sous forme d'un jugement d'homologation, appartient à un magistrat du siège, le juge des libertés et de la détention, qui statue en audience publique.

53. L'initiative de la procédure appartient toujours au procureur de la République, qui est libre de choisir les peines qu'il entend proposer à l'auteur des faits, mais ce dernier ou son avocat peut demander à en bénéficier. Les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits sont recueillies par le procureur de la République, et est seul en mesure de lui faire une proposition de peine.

54. A ce jour, il ne semble pas que des faits de corruption, nationale ou internationale, aient déjà été jugés par la voie de la CRPC..

2.2 La nécessaire mobilisation des entreprises contre la corruption

55. Les entreprises doivent mettre en place un système opérationnel et efficient de conformité avec les règles anticorruption, en s'appuyant le cas échéant sur la certification. Ce système constitue pour elles un levier de performance qu'il leur appartient de valoriser.

56. Les entreprises ont le plus grand intérêt à la mise en place en leur sein d'un système de prévention de la corruption.

57. Prévenir la corruption permet d'abord à l'entreprise d'éviter le gaspillage de ses ressources par le paiement de pots de vin et/ou de lourdes amendes. Si une entreprise peut être tentée de s'engager à court

terme dans des pratiques de corruption, espérant un gain économique qu'elle estime ne pas pouvoir atteindre en faisant jouer la concurrence par les mérites dans le respect des règles anticorruption, la dispersion et le mésusage de ses ressources affaibliront en réalité ses performances économiques.

58. Dans un environnement où, comme il a été exposé plus haut, la législation anticorruption se renforce, les perspectives de condamnation, et les coûts y afférents – coûts juridiques, de conseil ou encore de communication – se multiplient, et les sanctions subséquentes ont des répercussions économiques importantes, tant directes qu'indirectes : frais liés au procès, le cas échéant règlement des sanctions pécuniaires, actions en justice secondaires émanant notamment des actionnaires... De plus, des entreprises françaises peuvent être poursuivies pénalement et administrativement dans des pays tiers dont la législation anticorruption revêt une portée extraterritoriale – c'est le cas des États-Unis (*Foreign Corrupt Practices Act*) (« FCPA ») et du Royaume Uni (*Bribery Act*).

59. Les entreprises engagées dans des pratiques de corruption encourent de surcroît un risque en termes de réputation. La prévention des pratiques de corruption permet ainsi également de se prémunir du chantage de ceux qui ont connaissance de ces pratiques (client, salarié...), et de préserver la confiance des investisseurs et de ses autres partenaires. En effet, alors que la construction d'une bonne réputation est un processus de longue haleine, un seul scandale suffit à la détruire, au moment même où les économies des pays émergents représentent des gisements de développement commercial pour les entreprises. Il faut aussi prendre en compte les coûts liés à l'atteinte à la notoriété de l'entreprise tels les frais de communication ou de reconstruction de son image.

60. Enfin les entreprises qui effectuent des transactions commerciales internationales entachées de corruption encourent également un risque commercial important.

61. Outre la perte de contrats susceptible de résulter d'une éventuelle condamnation, elles doivent en effet prendre en compte l'existence de listes noires de sociétés établies par différents organismes, avec lesquelles il est déconseillé voire interdit de traiter. C'est notamment le cas de la Banque Mondiale qui met régulièrement à jour sa liste noire et interdit à ces entreprises listées, pour une durée de 2 à 5 ans, l'accès à la commande publique pour les marchés qu'elle finance en tout ou partie (procédure du « *debarment* »).

62. Aujourd'hui, les entreprises sont de plus en plus sensibles à l'ensemble de ces préoccupations, et perçoivent l'engagement dans une pratique de corruption comme un risque majeur, de sorte qu'on constate le déplacement de la lutte contre la corruption vers la prévention de ces pratiques et la gestion de ces risques par les entreprises elles-mêmes, et ce d'autant plus que les dispositifs législatifs étrangers évoqués ci-dessus imposent aux entreprises la mise en œuvre de programmes de conformité.

63. Les entreprises, au premier chef celles actives au niveau international, ayant un absolu besoin de se prémunir contre les pratiques de corruption, la mise en œuvre d'un programme de conformité anticorruption est désormais un impératif. Il s'agit pour elles non seulement de protéger la société et ses actifs des risques de sanctions pénales et civiles, ainsi que d'autres recours collectifs dérivés qui s'ensuivent dorénavant avec une certaine prévisibilité, mais également d'éviter la responsabilité personnelle pénale de leurs dirigeants.

64. Progressivement conduites à se doter de dispositifs de prévention de la corruption, les entreprises mettent en place des programmes de conformité efficaces. Ils représentent une première étape essentielle et un outil précieux afin de prévenir des activités illégales, mais également un moyen d'atténuer les conséquences des mesures pénales et civiles vigoureuses prises par les gouvernements.

65. Le système anti-corruption mis en place par les entreprises doit être pertinent et efficient. Si les dispositifs varient dans leur forme en fonction de la taille, de la structure de l'entreprise et des secteurs

concernés, leur pertinence consiste à s'appuyer sur les demandes des législations les plus exigeantes en la matière.

66. Il s'agit en premier lieu de l'engagement de la direction. Il revêt une importance cruciale et se traduit, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise, par une communication claire sur le fait qu'aucune tolérance ne sera accordée à la corruption. Cela signifie concrètement que la direction a l'obligation d'agir clairement et de manière crédible en ce sens, ce qui n'est pas nécessairement associé à des coûts élevés. Cet engagement doit être accompagné de directives claires de la part de la direction afin d'empêcher la corruption. Il s'agit par exemple, de l'établissement d'une charte de bonne conduite, laquelle doit vivre notamment par le biais de formations obligatoires, de contrôles, de sanctions, étant entendu par ailleurs que l'accent doit être mis sur la problématique du conflit d'intérêts au plan national et international (déclaration d'intérêts des salariés et décideurs, choix des intermédiaires financiers et commerciaux, etc).

67. Il s'y ajoute la formation des employés et un examen périodique des lignes directrices pour garantir que le message est compris et que le programme est « dynamique et toujours en évolution ». En effet, le simple fait de faire des enquêtes et investigations internes ne suffit pas. Pour constituer un moyen de défense acceptable de l'entreprise, les politiques de conformité doivent correspondre à un certain nombre de principes et démontrer qu'elles sont réellement appliquées.

68. La fonction de mise en œuvre de la conformité doit être attribuée à une personne ayant un niveau élevé de pouvoir de gestion et bénéficiant de la responsabilité et de l'autonomie d'agir, étant entendu par ailleurs que des vérificateurs internes et externes doivent garantir la conformité et apporter les révisions nécessaires au programme de conformité de la société.

69. Enfin, le programme de conformité de l'entreprise doit être étendu au-delà de celle-ci afin d'inclure les partenaires d'affaires étrangers, y compris les sous-traitants, représentants, distributeurs, revendeurs et partenaires de l'entreprise. A cet égard, s'agissant de la rémunération des agents commerciaux, certaines entreprises ont supprimé les honoraires de résultats sauf si les partenaires démontrent que c'est une pratique courante.

70. Il est encourageant d'observer que la plupart des grandes entreprises françaises, notamment celles du CAC 40 ont, suivant ces préconisations, engagé des démarches de prévention de la corruption ambitieuses en impliquant notamment la direction au plus haut niveau, leurs équipes, leurs parties prenantes et en mettant en place des dispositifs de prévention et de contrôle poussés. Le SCPC expose dans son rapport annuel, depuis 2012, les stratégies de prévention de la corruption mises en œuvre par les entreprises du CAC 40.

71. Néanmoins, même si en raison de leur forte capacité d'entraînement, les grands groupes ont un rôle déterminant à jouer, ce rôle ne pourra pleinement s'exercer que dans un environnement international soumettant toutes les entreprises aux mêmes règles et où les principaux acteurs, notamment les acteurs publics, s'engagent pleinement dans le combat contre la corruption.

72. A cet effet, lors de la dernière conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) qui s'est tenue à Panama en novembre 2013, la résolution présentée par la France visant à développer l'application des dispositions des articles 15 et 16 de la CNUCC sur la corruption des agents publics nationaux et étrangers, afin notamment de lutter plus efficacement contre les sollicitations auxquelles sont soumises les entreprises dans le cadre de certaines transactions internationales, a été adoptée avec le parrainage de plusieurs pays dont l'Union Européenne et les États-Unis.

2.3 *Les pistes à explorer pour renforcer la lutte anti-corruption*

73. Tant les comportements anticoncurrentiels que les pratiques de corruption perdurent, et ce malgré une action résolue des pouvoirs publics au niveau national et international. Dans ce contexte, l'action préventive au sein des entreprises, avec notamment la mise en place de programmes de conformité effectifs, apparaît comme l'une des solutions les mieux adaptées pour prévenir ce phénomène. La pleine appropriation par les acteurs économiques des moyens de façonner leur comportement en vue du respect de la norme, et de l'intégration ab initio de celle-ci à leurs processus internes, tout en préservant leur libre détermination de sa stratégie, est un objectif de la régulation concurrentielle comme de la lutte anticorruption.

74. La réflexion ne doit pas moins être poursuivie quant à des voies d'amélioration, y compris sur le terrain répressif. Ainsi dans son Rapport 2012, le SCPC évoque des pistes de réformes telles que notamment l'introduction d'une obligation de conformité pour les entreprises, d'une compétence extraterritoriale pour permettre en France des poursuites élargies en matière de corruption internationale, ainsi que le positionnement du SCPC comme référent « prévention de la corruption » des entreprises comme il l'est déjà pour les autorités judiciaires et administratives. Dans ce cadre, et dans la continuité des recommandations de l'OCDE dans son rapport d'évaluation de la France d'octobre 2012, le SCPC renoue avec le monde de l'entreprise, demandeur d'une autorité publique d'écoute et de conseil en matière de prévention de la corruption, notamment dans le cadre du groupe de travail dédié aux entreprises qu'il a mis en place depuis deux ans.

75. Plus largement, les effets dommageables de la corruption sur l'économie sont une préoccupation de l'Union européenne dont le rapport de la Commission Européenne rendu public le 3 février 2014 se fait largement l'écho.