



# **De l'influence américaine dans la lutte contre la corruption transnationale**

Michel A. Perez

## **► To cite this version:**

Michel A. Perez. De l'influence américaine dans la lutte contre la corruption transnationale. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2023. Français. <NNT : 2023PA01D003>. <tel-04208855>

**HAL Id: tel-04208855**

**<https://theses.hal.science/tel-04208855v1>**

Submitted on 15 Sep 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization



UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE

THÈSE

Pour l'obtention du titre de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

**Michel A. PEREZ**

**De l'influence américaine  
dans la lutte contre la corruption transnationale**

Sous la direction de M. Alain PIETRANCOSTA

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

17/04/2023

## RÉSUMÉ

Les sociétés et banques françaises ou européennes ont-elles été ciblées par les autorités américaines au prétexte de la lutte contre la corruption ? La thèse démontre, statistiques et textes officiels à l'appui, que cette conception est erronée. Depuis la promulgation de la loi anticorruption de 1977, les deux tiers environ des entités poursuivies aux États-Unis sont américaines, bien que les entreprises étrangères soient souvent celles qui paient les pénalités les plus lourdes. Pour expliquer ce phénomène, la thèse retrace les caractéristiques de la lutte anti-corruption qui a pris vers la fin du xx<sup>e</sup> siècle une dimension internationale.

Les traditions de *common law*, opposées à celle du droit civil, les contextes géographique, historique et constitutionnel créent des différences de perception de la corruption et des approches pour la combattre. Aux États-Unis le moralisme, le juridisme, le fédéralisme et le pragmatisme sont des marques de naissance. Pourtant, même si elle est contraire à la vertu prônée par les Pères Fondateurs, la corruption a longtemps été tolérée. Néanmoins progressivement, à la suite de changements sociétaux et de crises, un dispositif performant se met en place. Le scandale du Watergate montre la dimension transfrontalière de la corruption. C'est pourquoi le *Foreign Corrupt Practices Act*, principale loi anticorruption, est doté d'une portée extraterritoriale. L'efficacité du système est renforcée par des pratiques originales et des procédures de « justice négociée ».

Face à la domination américaine, d'autres juridictions, dont la France, ont tenté des mesures de blocage en invoquant le principe de souveraineté nationale. Mais l'essor de la mondialisation et d'un droit souple global mettent en cause la pertinence de cette approche.

Les relations franco-américaines n'ont pas toujours été apaisées, mais une phase de coopération a débuté vers 2018, grâce notamment à l'introduction par la loi Sapin 2 de procédures compatibles avec celles américaines. La collaboration se trouve renforcée par le rôle croissant des institutions européennes, des ONG et surtout de l'OCDE pour développer un système international coordonné de lutte contre la corruption. Plusieurs chantiers, dont celui d'un système fiscal couvrant toutes les personnes, morales et physiques, dans le monde, sont en cours pour créer un *jus commune*. Il n'est ni réaliste, ni même souhaitable de vouloir renverser l'hégémonie américaine. Mais comme celle-ci désire établir sa légitimité, l'émergence d'une mondialité avec des objectifs communs mais dans le respect des différences, est possible. Elle serait le meilleur moyen pour, sinon éliminer, du moins réduire la corruption transnationale.

## SYNOPSIS

*Were French or European corporations and banks targeted by American regulators under the pretense of fighting corruption? The dissertation shows that, based on statistics and official records, this interpretation is erroneous. Since the enacting of the 1977 anticorruption legislation, approximately two thirds of the entities prosecuted in the United States are American but foreign entities are often compelled to pay the heaviest penalties. To explain this phenomenon the dissertation traces back the features of the fight against corruption which only took in the late XXth century an international dimension.*

*The Common Law tradition, in contrast to Civil Law, the geographical, historical and constitutional context create differences in the perception of corruption and of the approaches to tame it. In the United States, moralism, legalism, federalism and pragmatism were birth marks of the new country. Yet, even if it is contrary to the moral virtue enshrined by the Founding Fathers, corruption was long tolerated. However, progressively further to social upheavals, a highly performing system was created. The Watergate scandal demonstrates the cross border aspects of corruption. This is why the Foreign Corrupt Practices Act, which remains the keystone of anticorruption regulations, has an extraterritorial reach. The efficiency of its enforcement is further reinforced by specific practices and settlement procedures.*

*To confront American dominance, other jurisdictions, including France, tried to institute blocking mechanisms predicated on the national sovereignty principle. But globalization and the development of soft law made this approach irrelevant.*

*Franco-American relations were not always cooperative, but a collaborative phase started in 2018 thanks in good part to the enactment of the Sapin 2 Law in France which heralded new procedures compatible with the American ones. Cooperation is also encouraged by a growing number of European specialized institutions, NGOs, and especially the OECD, in order to promote a coordinated international system to fight corruption. International courts are not set up for such a task, but several global initiatives are underway to create a « jus commune », including a worldwide minimum transparency and taxation mechanism. It does not appear realistic or desirable to try to upset American hegemony. But, since it is seeking to establish its legitimacy, the emergence of a world order with common objectives but respecting differences among jurisdictions, provides the best opportunity to, if not eradicate, at least minimize corruption.*



## MOTS-CLÉS

Accord négocié ; amende ; barons voleurs ; blanchiment ; CJIP ; compliance ; conformité ; coopération ; corruption ; courtoisie internationale ; cybercriminalité ; déférence judiciaire ; justice négociée ; extraterritorialité ; juge ; lanceur d’alerte ; lignes directrices ; monopole ; poursuite ; pot-de-vin ; responsabilité pénale ; sanctions ; Sapin 2 ; souveraineté.

## KEYWORDS

*Antimoney laundering, AML; antitrust; bribe; corporate liability; corruption; cybercrime; deference; differed prosecution; declination; discovery; FCPA; fine; Gilded Age; guidelines; international comity; mail fraud; non prosecution; penalty; predicated crime; prosecution; resolution; robber barons; sanctions, settlement; trust; whistle blower.*

## DÉDICACE

*À la France où je suis né et où j'ai été éduqué,  
À l'Amérique où je vis et de qui j'ai beaucoup appris,  
À mes parents qui m'ont donné le goût de comprendre et voyager,  
À mes professeurs dont l'enseignement m'a formé,  
À mes patrons – et patronnes – dont la confiance m'a honoré,  
À mes collègues avec lesquels nous avons bien travaillé,  
À mes étudiants qui m'ont donné le désir de toujours apprendre, se former,  
discuter et transmettre,  
Aux magistrats, avocats, diplomates, fonctionnaires, enquêteurs, policiers et  
militaires, Américains, Européens ou Français, qui ont bien voulu me  
recevoir,  
À mes amis, frères et sœur qui m'ont toujours soutenu et souvent sustenté et  
hébergé,  
À mon épouse et trois filles qui, depuis près d'un demi-siècle, m'ont donné sans  
compter amour et confiance,  
À mes petits-enfants, et leurs contemporains, auxquels j'espère que nous  
lèguerons un monde avec moins de corruption.*

## REMERCIEMENTS

Une des premières personnes rencontrée dans le cadre de cette thèse, le 26 octobre 2015, a été Anne-Marie Moulin, directrice adjointe des affaires juridiques de l'ACPR, qui nous a quitté depuis. Elle m'avait prévenu que, fort occupée, elle ne me recevrait qu'une trentaine de minutes et, au départ, ne semblait pas ravie de consacrer son temps à un importun, même « pistonné » par le représentant de la Banque de France à New York, que je connaissais bien dans le cadre de mes activités professionnelles. Mais au bout de quelques minutes, elle s'aperçut que je connaissais assez bien le sujet pour avoir participé à des préparations de contrôles anti-blanchiment et pouvais lui apporter un éclairage nouveau sur l'approche américaine. L'ambiance changea et nous passâmes plus de deux heures à discuter des mérites de tel ou tel système et comment les rendre compatibles. C'était quelques mois après l'amende « faramineuse » qui avait frappé BNP Paribas et avant le passage de la loi *Sapin 2* qui allait mettre en place certaines des réformes que nous avions imaginées.

Ainsi, durant les sept ans de recherche et de rédaction de cette thèse, j'ai pu rencontrer en Europe et en Amérique des dizaines de fonctionnaires, régulateurs, magistrats, diplomates, et même quelques parlementaires ou leurs attachés qui, à l'instar de Madame Moulin, sont totalement dévoués à leurs fonctions, connaissent admirablement leur domaine et, une fois sollicités, sont désireux de pouvoir contribuer à toute initiative visant à promouvoir une coopération transatlantique plus étroite. J'ai ainsi pu discuter avec des représentants de l'ABA, ACPR, AFA, AMF, Assemblée nationale, BCE, Banque de France, CFTC, Conseil d'État, Cour de cassation, Cour suprême des États-Unis, Commission européenne, Direction du Trésor, DFS NY, DOJ, DOT, EPPO, Federal Reserve, Fed New York, magistrats de liaison, ministère de la Justice, NYC BA, NYS BA, SEC, Tracfin, OCC, OLCLIFF, Parlement européen, Sénat américain, Sénat français<sup>1</sup>. Sans pouvoir citer nommément toutes les personnes rencontrées, je tiens à leur exprimer mon admiration respectueuse et toute ma gratitude pour le temps qu'ils ont bien voulu me consacrer. Certains sont devenus des contacts réguliers et même des amis. Leur exemple et leurs pensées ont inspiré mon travail.

---

<sup>1</sup> Les entités sont classées ici par ordre alphabétique; voir la liste des sigles et abréviations pour les acronymes.

Beaucoup de banquiers et assureurs, européens et américains, souvent anciens collègues ou camarades d'université, ont été consultés. Je les remercie de leurs explications et de leur appui.

La direction et l'administration de l'École Doctorale de Droit Comparé de l'Université Paris I ont bien compris les nécessités particulières d'un étudiant d'âge mûr, résidant outre Atlantique et m'ont traité avec bienveillance. Je remercie en particulier le Comité de suivi présidé par le professeur David Capitant de sa confiance. En période de pandémie et d'éloignement forcé, les encouragements prodigués par Claire Flavigny et Mohab Hassan m'ont aidé à surmonter les épreuves.

C'est grâce au Labex ReFi (Laboratoire d'Excellence en Régulation Financière), organisme public français, que j'ai pu revenir sur les bancs de l'université française au niveau doctoral. C'est au sein du Labex que j'ai rencontré mon directeur de thèse, Alain Pietrancosta. Les dirigeants, les membres des différents conseils, les enseignants associés, les participants aux colloques et mes collègues m'ont à maintes reprises témoigné leur soutien et leur amitié. Je tiens à exprimer ma gratitude en particulier à Marie-Anne Barbat-Layani (FBF et DG Trésor), Fahmi Ben Abdelkader, Christian de Boissieu, Frank Bournois (ESCP), Michel Cojean (EIFR), Raphael Douady, Francois Falletti, Alain Gourio (revue *Banque*), Antoine et Emmanuel Kornprobst, Gerard Hertig, Antonio de Lecea (Commission Européenne), Gilles LeTheule, Edouard de Lencqueseing (EIFR), Christophe Moussu, Philippe Nataf, Emmanuel Poulle, Pierre Charles Pradier, Jean-Francois Serval, Anastasia Sotiropoulo, Nicholas Sowels, Georges Ugeux et Timothée Waxin (FBF et Institut Léonard de Vinci).

Le Labex, dont je suis le représentant aux États-Unis, m'a soutenu financièrement et m'a permis d'être coordinateur de conférences à Paris et New York et d'organiser des visites universitaires dont je garde un excellent souvenir. Cette activité m'a, à son tour, donné l'honneur d'être convié comme intervenant à différentes occasions, notamment par l'AFA. Je serai heureux de pouvoir continuer à contribuer, sous quelque forme que ce soit, au développement de la coopération transatlantique.

Aux États-Unis, où je réside depuis 1985, Promontory Financial Group, une entreprise de consultants en régulation financière, relativement petite par ses effectifs (quelques centaines de personnes) mais de renommée internationale, m'a employé pendant plus d'une décennie. J'ai pu ainsi côtoyer ses dirigeants, Eugene Ludwig, ancien *Comptroller of the Currency*, Alfred Moses, ancien ambassadeur des États-Unis, Tommaso Padoa-Schioppa, ancien ministre des Finances italien et surtout Elizabeth McCaul, ancienne superintendante des banques pour l'État

de New York, aujourd'hui membre du conseil de surveillance de la Banque Centrale Européenne. Elle m'avait proposé de travailler à ses côtés et avec ses adjoints directs sur plusieurs missions délicates auprès d'institutions financières aux États-Unis mais aussi en France, au Brésil, en Allemagne et même au Vatican. J'ai conservé de bons rapports avec mes collègues de Promontory dont beaucoup sont d'anciens régulateurs qui ont accepté de faciliter mes contacts avec leur administration d'origine.

J'ai aussi, grâce à l'appui du Labex, été admis comme *Senior Fellow* au prestigieux *Program on Corporate Compliance and Enforcement* (PCCE) de l'Université de New York (NYU Law School), présidé par la professeure Jennifer Arlen. Cela m'a permis de rencontrer en petit comité de nombreux juristes et régulateurs. Je suis resté en rapport avec plusieurs membres du PCCE et des professeurs de NYU et de l'université de Columbia, en particulier Frederick Davis, Irene Finel-Hongman et John Coffee, que je remercie de leurs conseils éclairés.

Deux autres associations américaines m'ont accueilli dans leurs rangs. ACAMS, (*Association of Certified Anti Money-laundering Specialists*), association des spécialistes en conformité, m'a permis de connaître de nombreux confrères et m'a demandé de contribuer à ses modules de formation. Le *New York City Bar Association*, NYCBA, m'a fait membre de sa commission des affaires européennes, présidée par Jonathan Halpern ; nous y organisons des événements encourageant une coopération judiciaire transatlantique plus étroite.

Tout en recherchant et rédigeant ma thèse, j'ai eu, grâce à l'appui d'Alain Pietrancosta, l'occasion d'enseigner la compliance à Financia Business School et ai été nommé co-directeur du programme conformité au niveau Masters. Des articles écrits en coopération avec un ancien étudiant, Kossi Amouzou, ont été publiés par *Banque et Droit*. Cette riche expérience a exigé que j'approfondisse mes connaissances mais m'a aussi permis de travailler en coopération avec des collègues dont j'ai beaucoup appris, notamment Iris Barsan, Nathalie Kaleski et Margot Sève et de tester mes idées tant auprès des étudiants que de mes amis enseignants.

Ainsi mon directeur de thèse, Alain Pietrancosta, m'a à maintes reprises manifesté son soutien et sa confiance. Je lui en suis profondément reconnaissant.

Des assistants universitaires, Frederic Echenne, Swane Mas, Laurence Golstenne, et pour la rédaction et mise en pages finale, Florence Barberousse m'ont aidé dans mes travaux. Je les en remercie sincèrement mais bien entendu j'assume seul la responsabilité de l'ouvrage.

Enfin, *last but not least*, cette thèse n'aurait pu être complétée sans l'appui et les encouragements constants de mes amis et de ma famille. Je remercie tous ceux qui ont eu la

gentillesse de me recevoir lors de mes passages en France : Gérald et Laurence Bigne, Michel et Susan Danon ainsi que Jean-Paul et Minda Danon, Pierre et Rose-Marie Ehret, Axel et Christine Leblois et leur famille, Michel et Joyce Limouzin, Bernard Pradel, tous les membres de la famille de Jo et Lina Saporta, Jean Denis et Odile Voin, et mes frères et sœur Claude, Jean et Véronique.

Mon épouse, Louise, ainsi que mes filles et petits enfants m'ont accordé leur soutien inconditionnel et ont souvent fait preuve d'une grande patience. Je les en remercie et espère que ces efforts contribueront à léguer aux futures générations un monde meilleur, donc avec moins de corruption.

## LISTE DES ABRÉVIATIONS<sup>2</sup>

|        |                                                                                                       |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ACAMS  | <i>Association of Certified Anti Money laundering Specialists</i>                                     |
| ACPR   | Autorité de contrôle prudentiel et de résolution                                                      |
| AECA   | <i>US Arms Export Control Act</i>                                                                     |
| AFA    | Agence Française Anticorruption                                                                       |
| AFCI   | Autorisation de Fabrication, de Commerce et d'Intermédiation (armement)                               |
| AIP    | Association Internationale des Procureurs                                                             |
| AIPP   | Association Internationale de Procureurs et Poursuivants                                              |
| AMF    | Autorité des Marchés Financiers                                                                       |
| AMLA   | <i>Anti Money Laundering Act</i>                                                                      |
| ATS    | <i>Alien Tort Statute</i>                                                                             |
| ATTAC  | Association pour la Taxation des Transactions Financières et l'Action Citoyenne                       |
| BCCI   | <i>Bank of Credit and Commerce International</i>                                                      |
| BCE    | Banque Centrale Européenne ( <i>en anglais ECB pour European Central Bank</i> )                       |
| BEPS   | <i>Base Erosion and Profit Shifting</i>                                                               |
| BRI    | Banque des règlements internationaux ( <i>en anglais BIS pour Bank of International Settlements</i> ) |
| BSA    | <i>Bank Secrecy Act</i>                                                                               |
| CAPE   | Corruption d'Agents Publics Étrangers                                                                 |
| CCI    | Chambre de Commerce Internationale                                                                    |
| CCU    | <i>Cyber Crime Unit</i>                                                                               |
| CDBF   | Cour de Discipline Budgétaire et Financière                                                           |
| CDO    | <i>Collateralized Debt Obligations</i>                                                                |
| CEA    | <i>Commodity Exchange Act</i>                                                                         |
| CEDH   | Convention Européenne des Droits de l'Homme                                                           |
| CEPEJ  | Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice                                                 |
| CFTC   | <i>Commodity Futures Trading Commission</i>                                                           |
| CETC   | Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens                                            |
| CIEEMG | Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre                    |
| CIF    | Commission des Infractions Fiscales                                                                   |
| CIJ    | Cour Internationale de Justice                                                                        |
| CJIP   | Convention Judiciaire d'Intérêt Public                                                                |
| CNIL   | Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés                                                |
| COB    | Commission des Opérations de Bourse                                                                   |
| CPEN   | Comité de la Politique de l'Économie Numérique                                                        |
| CPI    | <i>Corruption Perception Index</i>                                                                    |
| CPI    | Cour Pénale Internationale                                                                            |
| CPIC   | Centre pour la prévention internationale du crime des Nations Unies                                   |
| CPJI   | Cour Permanente de Justice Internationale                                                             |
| CrEDH  | Cour Européenne des Droits de l'Homme                                                                 |
| CRPC   | Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité                                               |
| CRTC   | Chambres Régionales et Territoriales des Comptes                                                      |
| CSRA   | <i>Civil Service Reform Act</i>                                                                       |

<sup>2</sup> Les abréviations ou acronymes en anglais sont en italiques

|               |                                                                                                                                              |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>DA</i>     | <i>District Attorney</i>                                                                                                                     |
| <i>DDTC</i>   | <i>Directorate of Defense Trade Controls</i>                                                                                                 |
| <i>DGA</i>    | <i>Direction Générale de l'Armement</i>                                                                                                      |
| <i>DOJ</i>    | <i>Department of Justice</i>                                                                                                                 |
| <i>DOS</i>    | <i>Department of State</i>                                                                                                                   |
| <i>DOT</i>    | <i>Department of the Treasury</i>                                                                                                            |
| <i>DPA</i>    | <i>Deferred Prosecution Agreement</i>                                                                                                        |
| <i>DFS NY</i> | <i>Department of Financial Services of the State of New York</i>                                                                             |
| <i>ECE</i>    | <i>Équipe commune d'enquête</i>                                                                                                              |
| <i>ELGB</i>   | <i>Emergency Loan Guarantee Board</i>                                                                                                        |
| <i>EPPO</i>   | <i>European Public Prosecutor's Office</i>                                                                                                   |
| <i>EU</i>     | <i>European Union (en français UE pour Union Européenne)</i>                                                                                 |
| <i>FARA</i>   | <i>Foreign Agents Registration Act</i>                                                                                                       |
| <i>FATCA</i>  | <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i>                                                                                                    |
| <i>FBI</i>    | <i>Federal Bureau of Investigation</i>                                                                                                       |
| <i>FCPA</i>   | <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>                                                                                                         |
| <i>FDIC</i>   | <i>Federal Deposit Insurance Corporation</i>                                                                                                 |
| <i>FDICIA</i> | <i>Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act</i>                                                                                 |
| <i>FEDR</i>   | <i>Fonds Européen de Développement Régional</i>                                                                                              |
| <i>FFI</i>    | <i>Foreign Financial Institutions</i>                                                                                                        |
| <i>FINRA</i>  | <i>Financial Industry Regulatory Authority</i>                                                                                               |
| <i>FinCen</i> | <i>Financial Crimes Enforcement Network</i>                                                                                                  |
| <i>FIRREA</i> | <i>Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act</i>                                                                          |
| <i>FSLIC</i>  | <i>Federal Savings and Loans Insurance Corporation</i>                                                                                       |
| <i>FTC</i>    | <i>Federal Trade Commission</i>                                                                                                              |
| <i>GAFI</i>   | <i>Groupe d'action financière internationale (en anglais FATF Financial Action Task Force)</i>                                               |
| <i>GFCE</i>   | <i>Global Forum on Cyber Expertise</i>                                                                                                       |
| <i>GIPTA</i>  | <i>Groupe International de Travail pour les Peuples Autochtones</i>                                                                          |
| <i>GRECO</i>  | <i>Groupe d'États contre la Corruption</i>                                                                                                   |
| <i>GTO</i>    | <i>Geographic Targeting Orders</i>                                                                                                           |
| <i>HATVP</i>  | <i>Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique</i>                                                                                |
| <i>HCJP</i>   | <i>Haut Comité Juridique de la place financière de Paris</i>                                                                                 |
| <i>HIFA</i>   | <i>High Intensity Financial Crime Activity</i>                                                                                               |
| <i>IBA</i>    | <i>International Bar Association</i>                                                                                                         |
| <i>ICIJ</i>   | <i>International Consortium of Investigative Journalists</i>                                                                                 |
| <i>ICRG</i>   | <i>International Co-operation Review Group</i>                                                                                               |
| <i>ICSS</i>   | <i>International Conference on Cyber Security</i>                                                                                            |
| <i>IEEPA</i>  | <i>International Emergency Economic Powers Act</i>                                                                                           |
| <i>IEEPEA</i> | <i>International Emergency Economic Powers Enhancement Act</i>                                                                               |
| <i>IFAC</i>   | <i>International Federation of Accountants</i>                                                                                               |
| <i>IGA</i>    | <i>InterGovernmental Agreement</i>                                                                                                           |
| <i>IIB</i>    | <i>Institute of International Bankers</i>                                                                                                    |
| <i>IMF</i>    | <i>International Monetary Fund (en français : Fonds Monétaire International)</i>                                                             |
| <i>IML</i>    | <i>Institut Monétaire Luxembourgeois</i>                                                                                                     |
| <i>IMTE</i>   | <i>International Military Tribunal for the Far East (en français : Tribunal de Tokyo)</i>                                                    |
| <i>IOR</i>    | <i>Istituto per le Opere di Religione (« banque du Vatican »)</i>                                                                            |
| <i>IOSCO</i>  | <i>International Organization of Securities Commissions (en français : OICV pour Organisation Internationale des Commissions de Valeurs)</i> |



|                  |                                                                                                                                                          |
|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>IPO</i>       | <i>Initial Public Offering</i>                                                                                                                           |
| <i>IRS</i>       | <i>Internal Revenue Service</i>                                                                                                                          |
| <i>ITAR</i>      | <i>International Traffic in Arms Regulations</i>                                                                                                         |
| <i>JCPOA</i>     | <i>Joint Comprehensive Plan of Action</i> (en français : Accord de Vienne sur l'Iran)                                                                    |
| <i>KPI</i>       | <i>Key Performance Index</i>                                                                                                                             |
| <i>KYC</i>       | <i>Know Your Customer</i> (parfois traduit en français par : obligation de vigilance)                                                                    |
| <i>LAB FT</i>    | Lutte anti-blanchiment et contre le financement du terrorisme (en anglais <i>AML FT</i> pour <i>Anti Money Laundering and Financing of terrorism</i> )   |
| « <i>Legat</i> » | <i>Legal Attache</i> (souvent traduit en français par magistrat de liaison)                                                                              |
| <i>LLC</i>       | <i>Limited Liability Company</i> (approximativement équivalent d'une SARL, société anonyme à responsabilité limitée, en droit français)                  |
| <i>MAE</i>       | Mandat d'Arrêt Européen                                                                                                                                  |
| <i>MLAT</i>      | <i>Mutual Legal Assistance Treaty</i> (en français : traité d'assistance judiciaire mutuelle)                                                            |
| <i>MOU</i>       | <i>Memorandum of Understanding</i>                                                                                                                       |
| <i>NASD</i>      | <i>National Association of Securities Dealers</i>                                                                                                        |
| <i>NCET</i>      | <i>National Cryptocurrency Enforcement Team</i>                                                                                                          |
| <i>NCPA</i>      | <i>Network of Corruption Prevention Authorities</i>                                                                                                      |
| <i>NPA</i>       | <i>Non Prosecution Agreement</i>                                                                                                                         |
| <i>NYSE</i>      | <i>New York Stock Exchange</i>                                                                                                                           |
| <i>OACI</i>      | Organisation de l'Aviation Civile Internationale (en anglais <i>ICAO</i> pour <i>International Civil Aviation Organization</i> )                         |
| <i>OCC</i>       | <i>Office of the Comptroller of the Currency</i>                                                                                                         |
| <i>OCDE</i>      | Organisation de coopération pour le développement économique (en anglais <i>OECD</i> pour <i>Organization for Economic Cooperation and Development</i> ) |
| <i>OCLCIFI</i>   | Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales                                                                  |
| <i>OEA</i>       | Organisation des États Américains (en anglais : <i>OAS</i> pour <i>Organization of American States</i> )                                                 |
| <i>OFAC</i>      | <i>Office of Foreign Assets Control</i>                                                                                                                  |
| <i>OLAF</i>      | Office européen de lutte antifraude                                                                                                                      |
| <i>OMS</i>       | Organisation Mondiale de la Santé                                                                                                                        |
| <i>ONG</i>       | Organisation non gouvernementale (en anglais <i>NGO</i> pour <i>Non Governmental Organization</i> )                                                      |
| <i>ONU</i>       | Organisation des Nations Unies (en anglais <i>UNO</i> <i>United Nations Organization</i> , parfois abrégé en <i>UN</i> )                                 |
| <i>OTAN</i>      | Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (en anglais <i>NATO</i> pour <i>North Atlantic Treaty Organization</i> )                                     |
| <i>OTC</i>       | <i>Over The Counter</i> (en français : marché de gré à gré)                                                                                              |
| <i>PACI</i>      | <i>Partnership Against Corruption Initiative</i>                                                                                                         |
| <i>PDA</i>       | <i>Pretrial Diversion Agreement</i>                                                                                                                      |
| <i>PISA</i>      | Programme international pour le suivi des acquis des élèves                                                                                              |
| <i>PLO</i>       | <i>Palestine Liberation Organization</i> (en français : OLP pour Organisation de Libération de la Palestine)                                             |
| <i>PNF</i>       | Parquet National Financier                                                                                                                               |
| <i>PNUCID</i>    | Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues                                                                                   |
| <i>PPE</i>       | Personne politiquement exposée (en anglais <i>PEP</i> pour <i>Politically Exposed Person</i> )                                                           |

|                |                                                                                                                              |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>RBA</i>     | <i>Risk Based Approach</i> (en français : approche par les risques)                                                          |
| <i>RGPD</i>    | Règlement général sur la protection des données                                                                              |
| <i>RICO</i>    | <i>Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act</i>                                                                    |
| <i>RSE</i>     | Responsabilité sociétale des entreprises (en anglais <i>CSR</i> pour <i>Corporate Social Responsibility</i> )                |
| <i>SAEI</i>    | Secrétariat des Affaires Européennes et Internationales                                                                      |
| <i>SAR</i>     | <i>Suspicious Activity Report</i> (en français : déclaration de soupçon)                                                     |
| <i>SBSDA</i>   | <i>Security Based Swap Dealers Association</i>                                                                               |
| <i>SEC</i>     | <i>Securities and Exchange Commission</i>                                                                                    |
| <i>SFO</i>     | <i>Serious Fraud Office</i>                                                                                                  |
| <i>SISSE</i>   | Service de l'information stratégique et de la sécurité économique                                                            |
| <i>SMO</i>     | <i>Strategy and Marketing Organization</i>                                                                                   |
| <i>SNCF</i>    | Société Nationale de Chemins de fer Français                                                                                 |
| <i>SRO</i>     | <i>Self regulating organization</i>                                                                                          |
| <i>TARP</i>    | <i>Troubled Asset Relief Program</i>                                                                                         |
| <i>TJN</i>     | <i>Tax Justice Network</i>                                                                                                   |
| <i>TPIR</i>    | Tribunal Pénal International pour le Rwanda (en anglais <i>ICTR</i> pour <i>International Criminal Tribunal for Rwanda</i> ) |
| <i>TPIY</i>    | Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie                                                                           |
| <i>Tracfin</i> | Cellule de renseignements financiers en France (équivalent de FinCen aux États-Unis)                                         |
| <i>TSL</i>     | Tribunal spécial pour le Liban                                                                                               |
| <i>TSSL</i>    | Tribunal spécial pour la Sierra Leone                                                                                        |
| <i>TWEA</i>    | <i>Trading With the Enemy Act</i>                                                                                            |
| <i>UBS</i>     | Union des Banques Suisses                                                                                                    |
| <i>UIDDA</i>   | <i>Uniform Interstate Depositions and Discovery Act</i>                                                                      |
| <i>UNCAC</i>   | <i>United Nations Convention Against Corruption</i>                                                                          |
| <i>UNCTOC</i>  | <i>United Nations Convention Against Transnational Organized Crime</i>                                                       |
| <i>UNESCO</i>  | <i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>                                                      |
| <i>UNODC</i>   | Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime                                                                        |
| <i>UNWRA</i>   | Office des Nations Unies pour les Réfugiés Palestiniens                                                                      |
| <i>WEF</i>     | <i>World Economic Forum</i> (ou <i>Davos Forum</i> )                                                                         |
| <i>WHO</i>     | <i>World Health Organization</i> (en français OMS pour Organisation Mondiale de la Santé)                                    |
| <i>WITSEC</i>  | programme fédéral – administré par le FBI – de protection des témoins                                                        |
| <i>WTO</i>     | <i>World Trade Organization</i> (en français OMC pour Organisation Mondiale du Commerce)                                     |

# SOMMAIRE

|                                                                                                                                              |                |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| <b>Résumé.....</b>                                                                                                                           | <b>3</b>       |
| <b>Synopsis.....</b>                                                                                                                         | <b>4</b>       |
| <b>Mots-clés .....</b>                                                                                                                       | <b>5</b>       |
| <b>Keywords .....</b>                                                                                                                        | <b>5</b>       |
| <b>Dédicace .....</b>                                                                                                                        | <b>6</b>       |
| <b>Remerciements .....</b>                                                                                                                   | <b>7</b>       |
| <b>Liste des abréviations .....</b>                                                                                                          | <b>11</b>      |
| <b>Sommaire .....</b>                                                                                                                        | <b>15</b>      |
| <b>Introduction.....</b>                                                                                                                     | <b>- 17 -</b>  |
| <i>A. L'Amérique : laboratoire judiciaire de la lutte contre la corruption .....</i>                                                         | <i>- 23 -</i>  |
| 1. Objectifs de la thèse .....                                                                                                               | - 23 -         |
| 2. Méthodologie .....                                                                                                                        | - 24 -         |
| 3. Périmètre de la thèse et définitions des termes.....                                                                                      | - 25 -         |
| 4. Littérature et sources de recherche .....                                                                                                 | - 47 -         |
| <i>B. La question originelle : les entités françaises (ou européennes) sont-elles indûment ciblées par les autorités américaines ? .....</i> | <i>- 62 -</i>  |
| 1. Pénalités au titre du FCPA .....                                                                                                          | - 63 -         |
| 2. Pénalités au titre de violation des régimes de sanctions économiques .....                                                                | - 66 -         |
| 3. Les raisons des fortes pénalités infligées aux banques et entreprises françaises .....                                                    | - 68 -         |
| 4. Contexte et plan de la thèse.....                                                                                                         | - 80 -         |
| <b>Première partie La lutte contre la corruption aux États-Unis : création d'un système performant</b>                                       |                |
| <i>Introduction : Les marques de naissance : moralisme, juridisme, fédéralisme et pragmatisme - 88</i>                                       |                |
| -                                                                                                                                            |                |
| <b>Titre premier : Les principes fondateurs .....</b>                                                                                        | <b>- 95 -</b>  |
| <i>Chapitre I. Vertu et nationalisme aux origines .....</i>                                                                                  | <i>- 96 -</i>  |
| Section 1. Les controverses initiales .....                                                                                                  | - 100 -        |
| Section 2. Les débuts timides de la lutte contre la corruption au niveau fédéral .....                                                       | - 108 -        |
| Section 3. Moralisme et expansion internationale de l'Âge Doré ( <i>Gilded Age</i> ).....                                                    | - 116 -        |
| <i>Chapitre II. le développement de doctrines et de pratiques originales .....</i>                                                           | <i>- 129 -</i> |
| Section 1. Des doctrines qui facilitent les poursuites au niveau fédéral .....                                                               | - 132 -        |
| Section 2. La responsabilité pénale des sociétés personnes morales .....                                                                     | - 147 -        |
| Section 3. La régulation financière moderne et la criminalisation de pratiques connexes de la corruption.....                                | - 153 -        |
| <b>Titre second : Le paradigme moderne : le FCPA et la mise en place du système actuel de lutte contre la corruption .....</b>               | <b>195</b>     |
| <i>Chapitre I. Les transformations du FCPA .....</i>                                                                                         | <i>197</i>     |
| Section 1. Genèse du FCPA .....                                                                                                              | 198            |
| Section 2. Hésitations et amendements.....                                                                                                   | 204            |
| Section 3. Le FCPA : définitions et mode d'emploi .....                                                                                      | 213            |
| <i>Chapitre II. Des moyens de poursuite efficaces : la « justice négociée » .....</i>                                                        | <i>229</i>     |
| Section 1. Les procédures de poursuite.....                                                                                                  | 233            |
| Section 2 : Les procédures de résolution.....                                                                                                | 243            |
| Section 3 : Les tendances actuelles .....                                                                                                    | 260            |
| Section 4 L' amalgame entre lutte contre la corruption et sanctions économiques .....                                                        | 279            |
| <b>Conclusion de la première partie : Un livre et deux rapports parlementaires .....</b>                                                     | <b>300</b>     |
| 1. <i>Deals de Justice</i> : des analyses pertinentes malgré un sous-titre provocateur .....                                                 | 300            |
| 2. Le rapport Lellouche-Berger et la question du ciblage et de l'extraterritorialité .....                                                   | 302            |
| 3. Le rapport Gauvain : noircir le tableau .....                                                                                             | 304            |
| 4. Une évaluation scientifique critique : des erreurs et omissions.....                                                                      | 304            |

## Seconde partie : La lutte contre la corruption au plan international : les relations entre le système américain et les autres souverains

|                                                                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Introduction : Les ambiguïtés de la souveraineté et de l'extraterritorialité</i> .....                                                        | 310 |
| A. Les significations de la souveraineté .....                                                                                                   | 310 |
| B. L'extraterritorialité est un concept reconnu en droit international .....                                                                     | 317 |
| <b>Titre premier : Des relations bilatérales complexes</b> .....                                                                                 | 325 |
| <i>Chapitre I. Des contentieux et des différences d'interprétation anciens</i> .....                                                             | 326 |
| Section 1. Quatre différends franco-américains jusqu'à la fin du xx <sup>e</sup> siècle .....                                                    | 327 |
| Section 2. Les doctrines américaines sur les conflits de juridictions .....                                                                      | 340 |
| Section 3. La présomption de non-extraterritorialité .....                                                                                       | 368 |
| Conclusion du chapitre : Justice négociée, extraterritorialité et contrôle judiciaire : une justice sans juges ? .....                           | 378 |
| <i>Chapitre II. Les crises récentes : conflits et résolutions</i> .....                                                                          | 384 |
| Section I. Les obstacles à la coopération judiciaire franco-américaine .....                                                                     | 385 |
| Section II : La poursuite d'entreprises françaises par les autorités américaines .....                                                           | 392 |
| Section 3 : Les poursuites contre les banques françaises : Crédit Lyonnais, BNP Paribas et les autres .....                                      | 417 |
| Conclusion du chapitre : FCPA et sanctions économiques : une distinction nécessaire .....                                                        | 439 |
| <b>Titre second : Vers la coopération judiciaire transnationale ?</b> .....                                                                      | 441 |
| <i>Chapitre I : Le nouveau cadre international de lutte contre la corruption et les ambiguïtés des politiques américaines</i> .....              | 442 |
| Section 1 Les tribunaux internationaux ne sont pas adaptés aux poursuites contre la corruption .....                                             | 445 |
| Section 2. Les lacunes et les réformes de la supervision internationale .....                                                                    | 462 |
| Section 3 : L'OCDE établit l'étalon de la lutte contre la corruption transnationale .....                                                        | 502 |
| Conclusion du chapitre .....                                                                                                                     | 515 |
| <i>Chapitre II. Développement et incertitudes de la coopération transatlantique</i> .....                                                        | 517 |
| Introduction : L'Appel de Genève, une phase nouvelle de la coopération judiciaire .....                                                          | 517 |
| Section 1 : Nouvelles pratiques, lois et institutions françaises .....                                                                           | 519 |
| Section 2. Création d'un nouveau paradigme français .....                                                                                        | 551 |
| Section 3. Un cadre international et européen en mutation .....                                                                                  | 585 |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....                                                                                                                 | 636 |
| A. <i>L'Amérique : un hégémon en quête de légitimité</i> .....                                                                                   | 636 |
| 1. Définition de l'hégémon .....                                                                                                                 | 636 |
| 2. Le système mis en place par l'OCDE encadre l'hégémonie et permet la coopération active .....                                                  | 638 |
| 3. <i>Jus commune</i> : à fléau transnational, paradigme transnational .....                                                                     | 639 |
| B. <i>Un objectif clair, des principes partagés et des mesures pratiques pour conforter la mondialité de la lutte contre la corruption</i> ..... | 644 |
| 1. L'objectif est la dissuasion .....                                                                                                            | 644 |
| 2. Des principes communs .....                                                                                                                   | 645 |
| 3. Quelques mesures pratiques à plusieurs niveaux : national, bilatéral, européen et mondial .....                                               | 647 |
| <b>Bibliographie</b> .....                                                                                                                       | 655 |
| Ouvrages en anglais .....                                                                                                                        | 655 |
| Ouvrages en français .....                                                                                                                       | 657 |
| Vidéographie .....                                                                                                                               | 659 |
| <b>Table des Illustrations</b> .....                                                                                                             | 664 |
| <b>Glossaire</b> .....                                                                                                                           | 665 |
| <b>Index</b> .....                                                                                                                               | 676 |
| <b>Table des matières</b> .....                                                                                                                  | 680 |

# INTRODUCTION

*« J'avoue que dans l'Amérique j'ai vu plus que l'Amérique ; j'y ai cherché une image de la démocratie elle-même, de ses penchants, de son caractère, de ses préjugés, de ses passions ; j'ai voulu la connaître, ne fût-ce que pour savoir du moins ce que nous devons espérer ou craindre d'elle [...] J'ai voulu y trouver des enseignements dont nous puissions profiter... J'ai entrepris de voir plus loin que les partis ; tandis qu'ils s'occupent du lendemain, j'ai voulu songer à l'avenir. »*

Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835<sup>1</sup>.

0. Les États-Unis et la France sont deux pays différents « par la situation, la dimension et les intérêts », mais « rapprochés par une amitié deux fois séculaire et la communauté profonde d'un certain idéal humain dont chez l'un ou l'autre la flamme a souvent répandu plus de lumière et plus de chaleur que partout ailleurs sur notre planète », déclarait le général de Gaulle le 28 février 1969 s'adressant au président Richard Nixon en visite en France<sup>2</sup>. Le fondateur de la V<sup>e</sup> République pourtant avait condamné la domination américaine en son temps : « Aucune hégémonie [américaine ou soviétique] ne saurait être justifiée<sup>3</sup> », avait-il très publiquement annoncé. Cela ne l'empêchait pas de respecter et de reconnaître l'efficacité des institutions américaines, en particulier dans le domaine économique, et d'envoyer en mission aux États-Unis l'un de ses proches collaborateurs et ancien ministre de l'Intérieur, Pierre Chatenet, pour étudier le marché financier américain. L'objectif de la mission Chatenet était d'examiner dans quelle mesure la *Securities & Exchange Commission* (SEC) pourrait servir de modèle à une nouvelle entité de contrôle du marché boursier français. Cela a abouti à la création, en 1967, de

---

<sup>1</sup> Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, tome I, 1835. Voir Raynaud, Philippe, Tocqueville. De la démocratie en Amérique. Choix de textes, introduction, notes, bibliographie, glossaire, GF Flammarion, 2010.

<sup>2</sup> Dîner officiel à l'Élysée en l'honneur du président Nixon, cité par Nouillhat, Yves-Henri in « Nixon et De Gaulle », *Revue française d'études américaines*, n° 32, avril 1987, p. 33. Voir aussi « *Public Papers of the President of the United States Richard Nixon* », US Government Printing Office, Washington DC, 1971, number 89, 1183.

<sup>3</sup> Allocution du 27 avril 1965. Voir la médiathèque INA : <https://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00241/allocution-du-27-avril-1965.html>.

la Commission des opérations de bourse (COB)<sup>4</sup>, devenue, en 2003, l'Autorité des marchés financiers (AMF).

1. Plus près de nous, législateurs, hommes politiques, juristes, économistes et sociologues des deux côtés de l'Atlantique s'accordent pour dénoncer la corruption comme l'un des principaux fléaux du monde moderne. Selon les Nations Unies, la corruption est un obstacle au développement économique et social, réduit l'investissement et fragilise la démocratie<sup>5</sup>. « Des éléments de plus en plus nombreux font apparaître une corruption généralisée au sein de l'appareil judiciaire dans de nombreuses parties du monde. La corruption réduit la capacité des pouvoirs publics à mettre des ressources et services de base à la disposition de la population. La corruption judiciaire porte atteinte à l'État de droit et à la légitimité des pouvoirs publics. Un appareil judiciaire corrompu réduit considérablement la capacité de la société à juguler la corruption<sup>6</sup>. » Dès 1995, James Wolfensohn, président de la Banque mondiale et haut fonctionnaire américain, évoque la nécessité de se concerter internationalement afin de lutter contre le « cancer de la corruption<sup>7</sup>. » Il est difficile d'évaluer en termes financiers le poids de la corruption dont le coût est, par définition, non déclaré, même si ses effets sont bien réels. Selon une estimation du Fonds monétaire international, le coût annuel global de la corruption en 2015<sup>8</sup> aurait été de 1 500 à 2 000 milliards de dollars, soit environ 2 % de la production mondiale. Et ce, sans compter des coûts indirects, impossibles à chiffrer, comme la détérioration de confiance qui réduit les investissements et érode les processus démocratiques et de concurrence ouverte. D'après d'une déclaration, en 2018, du secrétaire général des Nations Unies citant une étude du *World Economic Forum*, les coûts de la corruption transnationale représenteraient au moins 5 % du produit intérieur brut mondial, soit 2 600 milliards de dollars<sup>9</sup>. Mais, comme l'écrivait un professeur de droit pénal, traditionnellement, « en France, il n'y a, semble-t-il, pas d'études chiffrées sur les dommages engendrés par cette criminalité [la

---

<sup>4</sup> Sur la mission Chatenet et la création de la COB, nous remercions le professeur Yves-Marie Péréon de nous avoir donné accès à sa communication auprès de l'université Johns Hopkins. Voir Péréon, Y.-M.: *Moralizing the Market: How Gaullist France Embraced the US Model of Securities Regulation*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2018.

<sup>5</sup> D'après le site [www.unodc.org](http://www.unodc.org).

<sup>6</sup> Extraits téléchargés le 2 juin 2020 du site [http://www.unodc.org/documents/corruption/facts\\_F.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/facts_F.pdf).

<sup>7</sup> Wolfensohn, James D., « Discours à l'assemblée générale de 1995 de la Banque Mondiale » ; voir <https://www.worldbank.org/en/about/archives/history/past-presidents/james-david-wolfensohn>.

<sup>8</sup> *Corruption Costs and Mitigation Strategies*, International Monetary Fund, SDN/1605, p. 5, publié en mai 2016.

<sup>9</sup> «The World Economic Forum estimates that the cost of corruption is at least \$2. 6 trillion – or 5 per cent of global gross domestic product», in Secretary-General's remarks to the Security Council on Corruption in Conflict [as delivered], communiqué de presse des Nations Unies du 10 septembre 2018, voir <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-09-10/secretary-generals-remarks-security-council-corruption-conflict>.

corruption] ; on raisonne en termes de prévention ou de répression sans pouvoir prendre appui sur des données chiffrées, sur les victimes réelles ou potentielles, sur les intérêts diffus lésés<sup>10</sup>. » Si la corruption est universellement condamnée, il n'y a pas de consensus sur son ampleur, sa définition, son évaluation et les moyens, juridiques pour la combattre, chaque juridiction ou État décidant de ses propres lois et règlements.

2. Le propos de cette thèse est d'évaluer l'influence américaine dans la lutte contre la corruption et, en fonction de cette évaluation, dessiner les contours d'une approche globale coordonnée contre ce fléau.

Pourquoi et comment évaluer l'influence américaine dans la lutte contre la corruption ? Cette question avait peu préoccupé la majorité des Français jusqu'à la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle. Mais elle suscite à partir de 2013 des interrogations quasi existentielles et hautement médiatisées, à la suite notamment de l'affaire Cahuzac et de la publication d'un livre, *Deals de Justice*<sup>11</sup>, qui connurent un grand retentissement. C'est aussi la période durant laquelle les banques et entreprises françaises qui ont un lien avec les États-Unis se voient imposer par les autorités américaines des pénalités pour faits de corruption dont les montants sont sans commune mesure avec les amendes infligées, dans de rares cas, dans le cadre européen. Dans certaines affaires, des dirigeants de ces firmes sont même emprisonnés. En réaction, une onde de choc et un sursaut de nationalisme se font jour en France, touchant non seulement les cadres des sociétés visées, mais aussi les dirigeants politiques et parlementaires, des journalistes, certains juristes et l'opinion publique en général. Ceux-ci accusent publiquement les États-Unis de mener une « guerre économique<sup>12</sup> » dans laquelle les sociétés françaises seraient particulièrement visées. L'objectif de cette thèse est de réfuter ces demi-vérités et, sans nier l'existence de problèmes qui doivent être résolus, de présenter des solutions collaboratives pour lutter plus efficacement contre la corruption transnationale et promouvoir l'intérêt commun. Notre analyse, que nous expliquerons en détail, montre que :

- dans les cas de corruption transnationale les sociétés européennes, et françaises en particulier, n'ont pas été particulièrement ciblées par les autorités américaines ;
- les fortes pénalités qui ont frappé les entreprises françaises s'expliquent notamment par leur méconnaissance des règles, procédures et normes en vigueur aux États-Unis ;

---

<sup>10</sup> Chopin, Frédérique, maître de conférences à l'université de Perpignan, *Revue internationale de droit pénal*, 2003/1-2 (volume 74) p. 217.

<sup>11</sup> Voir bibliographie. Nous analyserons en détail ces éléments en conclusion de la première partie de cette thèse.

<sup>12</sup> C'est notamment le point de vue défendu par Ali Laidi. Voir par exemple : *Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Editions Actes Sud, 2019.

- il importe de distinguer les amendes pour faits de corruption de celles pour violation des sanctions économiques décidées par les États-Unis et qui, elles, touchent beaucoup plus les banques et sociétés européennes ;
- les procédures de règlement hors procès des litiges impliquant la responsabilité pénale des sociétés et de leurs dirigeants (qui sont utilisées aux États-Unis bien plus tôt et plus amplement qu'en Europe) peuvent permettre de résoudre de manière à la fois dissuasive et efficiente de nombreuses affaires de corruption transnationale ;
- seule une coopération accrue entre États, avec l'appui de la société civile, en appliquant des normes globalement acceptées et contrôlées, comme les lignes directrices anticorruption de l'OCDE, permettra éventuellement d'établir, non un système unique universel, mais une « pluralité ordonnée<sup>13</sup> » de régulations et procédures d'enforcement harmonisées.

3. Durant les quatre dernières décennies, les États-Unis sont devenus les champions de la lutte contre la corruption. Ils en ont aussi défini les critères. En France, plus d'un demi-siècle après la création de la COB, le besoin de proclamer haut et fort l'indépendance économique, juridique et politique française et de dénoncer « l'ingérence américaine » perdure chez de nombreux juristes, journalistes, économistes et hommes politiques. Ainsi le titre d'un livre de deux éminents juristes, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, qui connurent un succès de librairie et une large diffusion en 2013 était *Deals de justice. Le Marché américain de l'obéissance*. Le 4 octobre 2016, les députés Pierre Lellouche (président) et Karine Berger (rapporteur) présentaient à leurs collègues parlementaires et à la presse leur *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine* décrivant un « exercice abusif de ce que certains perçoivent comme une forme d'imperium dans le domaine du droit<sup>14</sup> ». Durant son exposé devant la commission parlementaire, Pierre Lellouche, parlant de « véritable rouleau compresseur normatif », souligne que « cette situation ne peut plus durer, car elle nuit à nos intérêts fondamentaux » et met en cause « la souveraineté de la France » tant sur le plan économique que politique. Le rapport cite des auteurs dénonçant « une stratégie américaine de domination économique » et « une stratégie hégémonique permettant un véritable racket<sup>15</sup> ». Certains membres de la Commission ne manquèrent pas de faire vibrer la corde nationaliste et

<sup>13</sup> L'expression est de Mireille Delmas-Marty. Voir *Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, (II), Collection La couleur des idées, Seuil, Paris, 2006.

<sup>14</sup> Le rapport complet est disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp>, L'enregistrement vidéo de la présentation du 4 octobre 2016 peut être consulté sur demande auprès du service des archives de l'Assemblée nationale.

<sup>15</sup> *Rapport sur l'extraterritorialité américaine*, p. 12, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp>.



de recommander une politique de rétorsion ; ainsi Jacques Myard, ancien haut fonctionnaire du Quai d'Orsay, déclarait : « [J'ai] eu l'honneur d'être juriste à la Direction des Affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères [...] dans les années 1980 [où] nous avons su mettre un terme aux prétentions abusives de nos chers amis américains (affaire *Ourengoï*, code OCDE sur les transferts de données, enquêtes de la SEC) [...] Le Gouvernement français d'alors avait fermement appliqué la loi de blocage de 1968, modifiée en 1980, face aux prétentions extraterritoriales américaines. Il est sans doute nécessaire aujourd'hui de renforcer les sanctions pénales et pécuniaires de cette loi. Or, qu'on le veuille ou non, les lois extraterritoriales américaines conduisent tôt ou tard à des conflits de souveraineté purs et durs qui ne pourront se régler que par l'arbitrage interétatique... De deux choses l'une : ou les États-Unis prennent conscience qu'ils vont trop loin et on trouve des solutions qui respectent nos intérêts, ou nous serons amenés à prendre des mesures de rétorsion sur le plan français et européen. À l'ère des puissances relatives, le Congrès des États-Unis et l'Administration américaine risquent d'apprendre que le monde n'est pas fait à leur image<sup>16</sup> ». Le rapport Gauvain du 26 juin 2019 renchérit : il s'ouvre par le paragraphe suivant : « Les États-Unis d'Amérique ont entraîné le monde dans l'ère du protectionnisme judiciaire. Alors que la règle de droit a, de tout temps, servi d'instrument de régulation, elle est devenue aujourd'hui une arme de destruction dans la guerre économique que mènent les États-Unis contre le reste du monde, y compris contre leurs alliés traditionnels en Europe »<sup>17</sup>.

4. Mais, paradoxalement, le rapport Lellouche-Berger recommande l'adoption en France de procédures judiciaires semblables à celles utilisées aux États-Unis et un renforcement de la coopération européenne pour créer un « rapport de force » permettant de confronter les « ingérences » américaines et de s'y opposer « à armes égales. »

5. Vu du côté américain, les points de vue sont certes différents, mais on est loin de l'unanimité dans les positions doctrinales, voire officielles. Ainsi, la professeure Jennifer Arlen défend le concept d'une « justice négociée<sup>18</sup> » pour lutter efficacement contre la criminalité financière et, en particulier, la corruption transnationale, alors que d'autres juristes, tels les professeurs Peter Reilly<sup>19</sup> ou James Copland<sup>20</sup>, sont opposés à cette approche et pensent que

---

<sup>16</sup> *Rapport sur l'extraterritorialité américaine*, p. 84, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp>.

<sup>17</sup> *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, p. 3 du rapport, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000532.pdf>.

<sup>18</sup> Voir en particulier Jennifer Arlen, dans *RTDF*.

<sup>19</sup> Professeur à la Texas A&M University, Peter Reilly est l'auteur d'un article intitulé "Justice Deferred is Justice Denied: We Must End our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecution" publié en 2015.

<sup>20</sup> Senior Fellow au Manhattan Institute of Policy Research, James R. Copland est l'auteur d'un rapport intitulé "The Shadow Regulatory State: The Rise of Deferred Prosecution Agreements" publié le 5 mai 2012.

*justice deferred is justice denied* (« la justice différée est une justice déniée »). Sur une question aussi fondamentale que le rôle et la portée de l’extraterritorialité, implicite ou explicite selon les lois et règlements dont l’objectif est de punir et dissuader la corruption, la Cour Suprême elle-même, autorité absolue de référence, a établi une jurisprudence sujette à interprétation, même si à la suite de la décision *Morrison* en 2010, la tendance à la limitation de l’extraterritorialité tend à prévaloir.

L’idée d’un complot étatique centralisé américain, que certains « experts » français semblent accréditer pour s’opposer aux « intérêts étrangers » nous paraît absurde. Elle est en contradiction avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, sacro-saint aux États-Unis, et de son corollaire, un système étatique de *checks and balances* (contrôles et équilibres) où sources et autorités de pouvoir se limitent et se contrôlent mutuellement.

6. Une des premières décisions de la Cour Suprême des États-Unis, dans le cas *Marbury vs Madison*<sup>21</sup> en 1803, fut d’établir le principe de contrôle de constitutionnalité (les actions des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont **également** gouvernées par la constitution), ce qui entraîna la nullité d’une loi. Ce principe fondamental sera à nouveau affirmé en 1974, dans le cas *United States vs Nixon*<sup>22</sup> qui ne reconnut pas au Président le droit de se soustraire à une procédure judiciaire et aboutit à sa démission. Certes le cadre américain a évolué et la séparation des pouvoirs n’empêche pas une certaine coopération ; mais la notion d’un complot dont les ficelles seraient tirées par quelque agence de renseignements, équivalent américain de l’ancien KGB soviétique, paraît bien fantaisiste.

Pourquoi et comment, dans ce contexte, évaluer l’influence américaine dans la lutte contre la corruption transnationale et ses conséquences sur les systèmes juridiques français et européen ? C’est le sujet de cette dissertation doctorale en droit comparé. Nous en analyserons ici brièvement les objectifs, la méthodologie et en définirons les principaux termes (A). Nous résumerons ensuite notre argument selon lequel les entités françaises (ou européennes) n’ont pas été indûment ciblées par les autorités américaines dans le cadre de la lutte contre la corruption (B) et que les méfaits de celle-ci ne pourront être atténués que par une coopération transnationale accrue.

---

<sup>21</sup> De nombreux ouvrages de droit américain font référence à ce cas « charnière » (*pivotal*). Voir par exemple : Amar, Akhil Reed (1989), “*Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court*”, *University of Chicago Law Review*.

<sup>22</sup> Texte complet de la décision disponible sur <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/418/683.html>.

# A. L'AMÉRIQUE : LABORATOIRE JUDICIAIRE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

## **1. Objectifs de la thèse**

7. La corruption a été le sujet de nombreuses études, y compris de thèses doctorales, depuis le début de ce siècle. Il nous a néanmoins semblé utile d'y ajouter une nouvelle contribution pour des raisons personnelles sans doute, mais aussi scientifiques et pragmatiques.

Sur le plan scientifique, la plupart des recherches publiées traitent d'un seul aspect de la corruption (par exemple de ses causes économiques ou encore sociologiques) ou l'analysent dans un cadre circonscrit à une « compétence ». Il nous semble donc exister un terrain fertile pour une étude de nature transversale. Cela d'autant plus que ce type d'approche est parfois utilisé par des auteurs qui écrivent en anglais, mais, du moins à notre connaissance, très peu en français.

8. Nous voudrions aussi donner un aspect pragmatique, voire utilitaire, à nos travaux. Les nombreux étudiants et professionnels de la banque et de la finance et les magistrats francophones avec lesquels nous avons été en contact et qui doivent traiter à leur niveau de problèmes liés en particulier à la « compliance » nous paraissent avoir été influencés par des médias ou auteurs soit peu informés, soit désireux de promouvoir dans leur propre intérêt des demi-vérités qui attisent les problèmes plus qu'ils ne les résolvent. La très grande majorité des auteurs reconnaîtront facilement que la corruption transnationale est un fléau, mais, au nom de la prétendue sauvegarde d'intérêts nationaux, beaucoup semblent hésitants à soutenir les réformes nécessaires, même si un grand progrès en ce sens est survenu à partir de 2017 avec la mise en œuvre de la loi Sapin II. Le *French bashing* américain nous semble tout aussi délétère que l'*American bashing* français. Nous espérons donc pouvoir contribuer à un débat constructif en essayant de comprendre tous les points de vue afin de pouvoir suggérer des solutions pratiques. Notre souhait est que ces travaux contribuent, directement ou indirectement, à assurer la formation de futurs cadres de l'industrie financière, de jeunes magistrats et juristes en promouvant l'acceptation de dénominateurs communs et une meilleure compréhension entre représentants de systèmes juridiques différents. Nous voudrions sensibiliser une génération montante de professionnels du droit et de l'économie aux problèmes d'éthique pour lesquels des dénominateurs communs sont en phase de création et les convaincre de la nécessité de coopération entre juridictions dans l'intérêt, mais aussi dans le respect de tous.

Le but de notre étude n'est donc pas de faire l'éloge du système américain de lutte contre la corruption, mais plutôt d'en analyser l'anatomie et la physiologie. Notre objectif est d'examiner comment ce système s'est établi et quelles conséquences peuvent en découler, tout en éclairant quelques pistes qui nous semblent constructives pour le devenir juridique d'autres systèmes, notamment la France et l'Europe.

## **2. Méthodologie**

9. Nous nous sommes humblement inspirés de l'exemple d'Alexis de Tocqueville qui avait effectué un séjour aux États-Unis de neuf mois en 1831, à l'origine pour y étudier le système pénitentiaire. Il avait alors méthodiquement analysé les institutions et mœurs américaines pour détecter les signes précurseurs de ce que pourrait devenir la société française. Il écrivit ainsi son chef-d'œuvre *De la démocratie en Amérique* dont le premier volume fut publié en 1835.

Notre approche est clinique plutôt que doctrinale ; nous cherchons à comprendre des systèmes certainement différents d'une rive à l'autre de l'Atlantique, mais qui s'influencent l'un l'autre. Ils devraient aussi pouvoir être compatibles. Nous nous efforcerons d'évaluer, aussi objectivement que possible et sans parti pris, leurs efficiences et leurs faiblesses face à l'ennemi commun qui est la corruption internationale. Plus ambitieusement, nous souhaitons rectifier certaines idées reçues et promouvoir une approche commune qui permette à des systèmes juridiques autonomes, mais qui doivent s'intégrer dans un ensemble global, de devenir plus efficaces. Ils devraient au minimum pouvoir cohabiter et, dans la mesure du respect de la souveraineté juridique de chaque État, coordonner leurs ressources et leurs actions, renforçant ainsi les probabilités de vaincre, ou au moins d'atténuer, les méfaits qui résultent d'un fléau mondial.

10. Notre étude se base sur des recherches documentaires, mais aussi sur de nombreux entretiens avec des magistrats (y compris les magistrats de liaison, soit français à Washington soit américains à Paris), des enquêteurs/procureurs, des régulateurs et juristes tant aux États-Unis qu'en Europe. Les enseignements pratiques tirés de plus de quatre décennies d'expérience professionnelle en banque internationale et en compliance y ont aussi contribué. Le cadre universitaire exigeant du *Program on Corporate Compliance & Enforcement* (programme sur la compliance des entreprises et leur régulation) de l'École de Droit de l'Université de New York et les directives et orientations reçues tout au long des travaux de recherche et de rédaction de la thèse de la part des professeurs de Paris I Sorbonne Panthéon et du Labex ReFi

(Laboratoire d'excellence en régulation financière) devraient aussi être des gages de garantie de l'objectivité scientifique du travail accompli.

11. Participer régulièrement à des conférences et des séminaires (et webinaires en période de pandémie) universitaires et professionnels est à la fois enrichissant et stimulant. Préparer un cours, rédiger ou éditer un article qui sera publié dans une revue scientifique ou présenter un exposé devant une audience de magistrats à l'invitation de l'Agence Française Anticorruption (AFA) et de l'École Nationale de la Magistrature (ENM) est un encouragement à étudier son sujet à fond puis permet des échanges fructueux et, dans quelques cas, de nouer des amitiés qui perdurent.

12. Aujourd'hui le modèle de loi le plus souvent utilisé par les juristes et législateurs du monde entier pour créer un cadre législatif et réglementaire qui permette de lutter contre la corruption, et en particulier ses aspects transnationaux, est la loi américaine FCPA (pour *Foreign Corrupt Practice Act*). Les rapports parlementaires français – Lellouche-Berger en 2016, puis Gauvin en 2019 – y font abondamment référence<sup>23</sup>. Afin de cerner notre sujet, il nous faut maintenant préciser les contours de notre analyse en définissant chacun des termes de notre titre, puis faire état succinctement du très large éventail de la littérature et des sources d'information existantes dans le domaine de notre recherche.

### **3. Périmètre de la thèse et définitions des termes**

Le titre de la thèse étant *De l'influence américaine dans la lutte contre la corruption transnationale*, il convient de définir chacun de ses principaux termes : influence, corruption et transnational.

#### **a. Définition du terme « influence » et de l'expression « influence américaine »**

13. Le dictionnaire *Robert* donne cinq définitions du terme influence : « 1. Action qu'exerce une chose, un phénomène, une situation sur quelqu'un ou quelque chose ; effet (*L'influence de l'éducation sur la personnalité*) [...] 2. Action, volontaire ou non, qu'une personne exerce ; ascendant, empire, emprise, pouvoir (*Je compte sur votre influence pour le persuader*). 3. Pouvoir social de celui qui amène les autres à se ranger à son avis (*Cet homme a beaucoup*

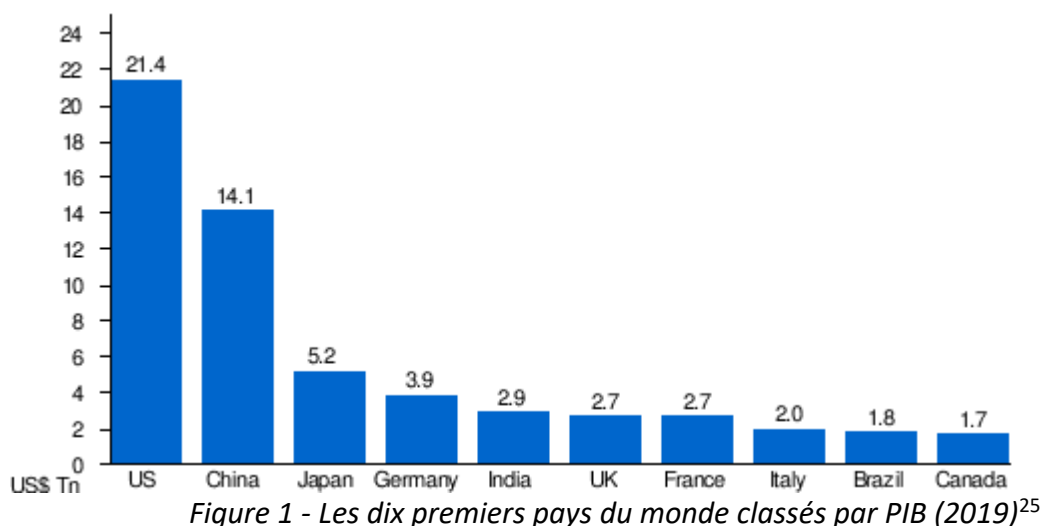
---

<sup>23</sup> Le rapport Lellouche-Berger fait 47 fois référence au FCPA ; le rapport Gauvin 16 fois.

d'influence). 4. Action morale, intellectuelle (*On sent dans ce livre l'influence de Sartre*). 5. Autorité politique d'un État (*L'influence des États-Unis en Amérique du Sud*)<sup>24</sup>. »

L'influence s'exerce certes plus facilement d'une position dominante sur une position dominée. Mais, comme le montrent les définitions précédentes, elle peut s'exercer à travers une très grande variété de vecteurs. Nous proposons donc de distinguer une influence de nature « objective », fondée sur des éléments physiques relativement faciles à observer et mesurer, d'une influence « subjective », plus difficile à évaluer, mais tout aussi réelle. Nous émettons d'ailleurs déjà l'hypothèse – que nous étayerons au cours de notre étude – que, comme le dénote l'étymologie du mot, l'influence est fondée sur un ensemble de flux distincts et que le sens d'au moins certains d'entre eux est susceptible d'être modifié, voire inversé. En haute montagne, tous les torrents se déversent d'amont en aval, mais en plaine les fleuves peuvent couler dans une direction ou dans une autre.

14. Les données monétaires qui placent les États-Unis en position dominante sont bien connues. Depuis plus d'un siècle, ils sont la première puissance économique du monde. En 2019, selon les statistiques du FMI (Fonds monétaire international), la production américaine (PIB, produit intérieur brut) était de plus de 21 trillions de dollars, devançant l'Union européenne (alors composée de 28 pays et non représentée sur le graphique ci-dessous) dont le PIB était de 18,7 trillions, puis la Chine avec un PIB de plus de 14,1 trillions de dollars.



On trouvera quelques variations statistiques selon qu'on utilise les chiffres du FMI, de la Banque mondiale ou des Nations Unies qui emploient des méthodologies de calcul

<sup>24</sup> Le *Robert Micro*, dictionnaire de la langue française, rédaction dirigée par Alain Rey, édition de 1998.

<sup>25</sup> Graphe compilé par Wikipédia sur la base des données du FMI. Pour plus de détails voir : [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_countries\\_by\\_GDP\\_\(nominal\)](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_GDP_(nominal)).

différentes, mais les ordres de grandeur et, surtout, le classement confirment que la production américaine est responsable du quart de la production mondiale.

15. La domination états-unienne est encore plus nette dans le domaine militaire. Depuis 1949, le principal pilier de la défense de l'Union européenne demeure l'OTAN (Organisation du traité de l'Atlantique nord) qui a une structure supranationale, mais est sous commandement américain. D'après une étude de la fondation Peterson<sup>26</sup>, le budget militaire américain, 778 milliards de dollars pour 2020, représente 11 % du budget fédéral. Il est supérieur à la somme des budgets militaires des onze pays suivants qui sont, par ordre décroissant de leurs dépenses militaires, la Chine, l'Inde, la Russie, le Royaume Uni, l'Arabie saoudite, la France, l'Allemagne, le Japon, la Corée du Sud, l'Italie et l'Australie. La définition précise de ce qui constitue des dépenses militaires varie de pays à pays et le classement peut évoluer d'année sur l'autre mais les ordres de grandeur restent constants. En termes de dépenses militaires rapportées au PIB sur la période de 1971 à 2020 la moyenne pour les États-Unis est de 4,5 % alors qu'elle est de moins de 2 % pour les pays européens<sup>27</sup>.

À l'issue de la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis sont le principal architecte du nouvel ordre mondial : ils ont un rôle crucial dans la création de l'Organisation des Nations Unies et de ses organismes affiliés dont ils restent, de loin, le premier pays contributeur. D'après une analyse<sup>28</sup>, la participation américaine au budget de l'ONU et des organismes affiliés s'élevait pour 2020 à plus de 11 milliards de dollars, soit près de 20 % du total<sup>29</sup>.

16. Le système financier international actuel a pour socle les accords de Bretton Woods de 1944, qui créent le Fonds monétaire international et la Banque mondiale. En 1948 est établie l'Organisation économique de coopération européenne (OECE) qui devient en 1961 l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économique), parfois appelée « club des pays riches » et qui depuis quelques années, comme nous le verrons, joue un rôle majeur dans l'établissement de standards pour la lutte contre la corruption transnationale. Les États-Unis sont les principaux architectes de cet édifice. De plus ils exercent aussi leur influence à travers

---

<sup>26</sup> Peter G. Peterson Foundation: *Infographic: The facts about US defense spending*; étude publiée le 15 juillet 2021. <https://www.pgpf.org/blog/2021/07/the-United-states-spends-more-on-defense-than-the-next-11-countries-combined>.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Council of Foreign Relations: *Funding the United Nations: How much does the US pay?* étude mise à jour le 4 avril 2022. <https://www.cfr.org/article/funding-United-nations-what-impact-do-us-contributions-have-un-agencies-and-programs>.

<sup>29</sup> Il est difficile de calculer précisément la contribution d'un pays en l'absence d'un budget consolidé pour l'ONU et les agences ou bureaux affiliés. De plus certaines agences affiliées, comme l'OMS (Organisation Mondiale de la Santé) gèrent des programmes à financement mixte privé et public qui bénéficient de dotations importantes de fondations privées, souvent américaines.

des organismes fédéraux comme US AID, des organismes supranationaux ou régionaux (Banque interaméricaine de développement) et de très nombreuses fondations privées, qui en font le plus gros donateur mondial d'aide au développement. Cette situation leur confère naturellement une influence significative sur les pays qui dépendent de cette aide.

17. Il est difficile d'évaluer et comparer précisément l'influence des organismes à statut privé, en particulier les fondations, quel que soit leur pays d'origine. Souvent elles ne sont pas tenues de publier des états financiers audités ou certifiés et parfois désirent que leurs activités restent discrètes. Néanmoins selon un tableau consolidé publié par Wikipédia, en termes de ressources disponibles (*endowment*), sur les vingt plus importantes fondations du monde, onze sont américaines<sup>30</sup>. Fondée en 1994, la Fondation Bill et Melinda Gates<sup>31</sup> qui finance des programmes médicaux et éducatifs dans le monde entier, avait un bilan total de près de 52 milliards de dollars en 2020<sup>32</sup>. Il s'est ainsi construit une sorte de nébuleuse d'influence politique, économique et sociale américaine, encore renforcée par une dominance militaire, monétaire et financière.

18. Les marchés financiers américains, y compris les bourses de produits financiers, de dérivés et de marchandises (*commodities*) sont les plus actifs et parmi les plus innovants du monde. En 2021, classés par capitalisation boursière<sup>33</sup>, les deux premiers marchés financiers du monde étaient le NYSE (New York Stock Exchange) avec une capitalisation de 26,64 trillions de dollars, suivi du Nasdaq avec 23,46 trillions. Le troisième marché financier était celui de Shanghai avec une capitalisation de 7,63 trillions de dollars précédant Euronext qui, regroupant les anciennes bourses d'Amsterdam, Bruxelles, Dublin, Lisbonne, Milan, Oslo et Paris, avait une capitalisation de 7,33 trillions de dollars. Le marché boursier européen représente donc environ 15 % du marché américain. D'après SIFMA<sup>34</sup>, l'association des opérateurs de marché, les fonds de retraite américains, qui opèrent sur pratiquement tous les marchés du monde, géraient en 2020 un portefeuille de 41,8 trillions de dollars. Cette situation place automatiquement les autorités américaines en position de force lorsqu'elles négocient avec leurs homologues d'autres pays.

---

<sup>30</sup> D'après Wikipedia: *List of wealthiest charitable foundations*, document consulté en ligne le 27 mai 2022: [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_wealthiest\\_charitable\\_foundations](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_wealthiest_charitable_foundations)

<sup>31</sup> Du nom du fondateur et principal actionnaire de Microsoft et de son épouse.

<sup>32</sup> D'après Wikipedia, le montant indiqué est extrait du rapport annuel de la fondation dont les états financiers sont audités.

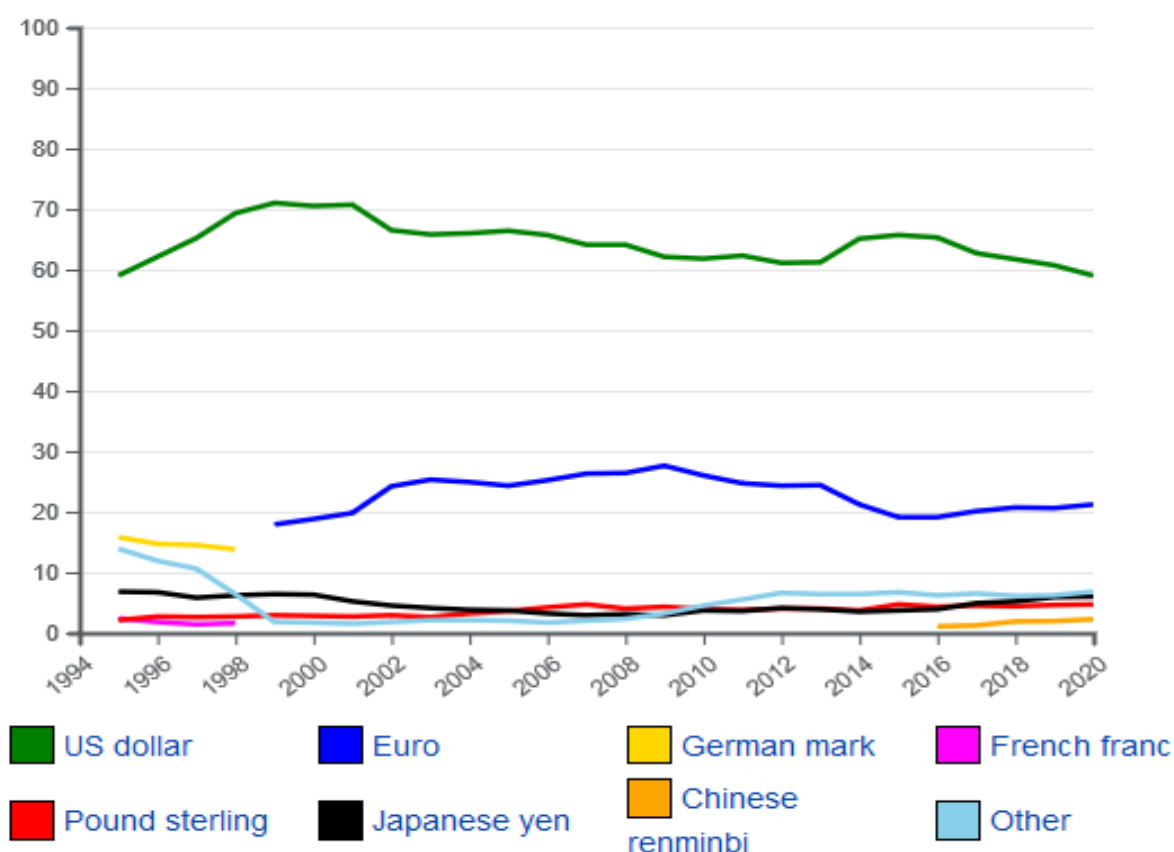
<sup>33</sup> À noter que le London Stock Exchange n'arrive qu'au dixième rang. Statistiques compilées par Wikipedia ; portail consulté le 27 mai 2022 : [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_stock\\_exchanges](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_stock_exchanges).

<sup>34</sup> SIFMA, *Capital Markets Fact Book*, 2021: <https://www.sifma.org/resources/research/fact-book/>.



19. La monnaie américaine, le dollar, de manière plus ou moins marquée depuis la conférence de Versailles de 1919 qui fixa les régimes de réparations après la Première Guerre mondiale, domine les échanges internationaux. Elle est ainsi, depuis plus d'un siècle, monnaie de référence et la première devise de réserve des banques centrales. Comme le montre le graphe ci-dessous, depuis 1995 le dollar a toujours représenté environ 60 à 70 % des réserves des banques centrales ; l'euro quant à lui n'a jamais atteint le seuil des 30 % malgré les ambitions de ses promoteurs et depuis 2010 sa part relative a plutôt tendance à diminuer. Toutes les autres devises (livre sterling, yen, renminbi, franc suisse) restent au-dessous du seuil de 10 %.

*Figure 2 - Composition par devises  
des réserves de change détenues par les banques centrales<sup>35</sup>*



Le dollar est aussi la principale devise d'investissement des particuliers, la plus négociée sur le marché des changes et la plupart des opérations de commerce international sont libellées en dollars. La part exacte du dollar dans ces activités est difficile à déterminer précisément, car les outils statistiques, les méthodes de calcul, voire les périodes de référence, varient selon les organismes internationaux impliqués. Les économistes s'accordent cependant pour noter la

<sup>35</sup> Graphe établi par Wikipedia d'après les données du FMI: "Currency Composition of Official Foreign Exchange Reserves (COFER)". Washington, DC: International Monetary Fund, avril 2021.

dominance constante, depuis au moins la fin de la Seconde Guerre mondiale, du dollar sur toutes les autres devises.

Les origines, causes et perspectives de la prééminence du dollar sont l'objet de nombreux débats. Dans cette étude, nous nous contenterons de quelques observations d'ordre historique et juridique. *The dollar is our currency, but it's your problem*<sup>36</sup> (« Le dollar est notre devise, mais c'est votre problème »), déclarait John Connally – alors secrétaire américain du Trésor (ministre des Finances) – à ses collègues lors de la réunion du G10 de Rome en 1971. Par cette formule, il signifiait que malgré la fin du système du Gold Exchange Standard<sup>37</sup> instauré à la fin de la Seconde Guerre mondiale et les accords de Bretton Woods, l'Amérique ne renoncerait pas à son droit de quasi-seigneurage, c'est-à-dire à émettre de la monnaie (en principe, universellement reconnue) pour financer le commerce international ainsi que les propres besoins de l'économie américaine. Malgré le décrochage du dollar à l'or, imposé par le président Nixon, et à la suite de différents accords internationaux<sup>38</sup> conclus sous pression américaine, le dollar n'est plus automatiquement convertible en or (*fiat money*), mais reste de loin la principale devise de réserve et l'instrument privilégié pour les échanges internationaux.

20. Non seulement l'influence américaine – expliquée en partie par sa puissance militaire, économique et financière – perdure, mais, pour reprendre l'idée du chroniqueur du *New York Times*<sup>39</sup> Thomas Friedman, se renforce en raison d'avancées technologiques d'où émerge un monde plus globalisé, plus numérisé et plus financiarisé. L'instantanéité des communications se généralise avec le développement d'Internet, officiellement établi en 1974. C'est un système de communications entre ordinateurs, conçu en coordination à partir des années 1960 par des groupes de recherche anglais, américains et français<sup>40</sup> et le CERN à Genève, mais dont le financement provient en grande partie du projet ARPANET lancé par le Département américain de la Défense en 1969 et dont les premiers utilisateurs sont des laboratoires de recherche et des universités américains. En 1975, Bill Gates et Paul Allen créent Microsoft et initient la révolution de l'ordinateur individuel (PC pour *personal computer*) et des nouveaux logiciels

---

<sup>36</sup> Cité par Kevin Hebner dans *IPE Magazine*, juin 2020, <https://www.ipe.com/the-dollar-is-our-currency-but-its-your-problem/25599.article>.

<sup>37</sup> Dans le système du Gold Exchange Standard, le dollar est convertible en or à un taux fixe (\$35 dollars par once troy en 1945), puis les autres devises ont chacune une parité de change avec le dollar. Si une devise dévalue, ce qui est fréquent de 1945 à 1985, sa parité avec le dollar est modifiée.

<sup>38</sup> En particulier le *Smithsonian Agreement* de décembre 1971, le *Plaza Agreement* de septembre 1985 et l'*Accord du Louvre* de février 1987.

<sup>39</sup> Le *New York Times* est l'un des principaux quotidiens américains. Thomas Friedman a été trois fois lauréat du prix Pulitzer ; il a notamment écrit *The Lexus and the Olive Tree* (1999), *The World is Flat* (2005), *Hot, Flat and Crowded* (2008) et *Thank you for Being Late* (2016).

<sup>40</sup> En particulier le projet CYCLADES développé par Louis Pouzin et son équipe.

Windows. En 1977, avec le lancement de SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*)<sup>41</sup>, est créé un réseau global de systèmes de paiements électroniques qui regroupe aujourd'hui plus de 11 000 institutions financières (banques correspondantes) réparties sur plus de 200 pays et territoires : pratiquement n'importe où dans le monde il devient possible de transmettre des fonds quasi instantanément d'une juridiction à une autre. Juridiquement, SWIFT est une entité de droit belge dont le siège se trouve près de Bruxelles, mais la technologie et les protocoles utilisés sont d'origine américaine et la principale plaque tournante du système est la *Federal Reserve Bank* de New York. Les années 2006/2007 marquent une accélération dans l'évolution de la technologie et, selon certains, le début d'une nouvelle ère de globalisation avec de nouvelles techniques de stockage et de transmission de l'information à l'origine du Big Data<sup>42</sup>. C'est en 2006 que Mark Zuckerberg lance Facebook et qu'Internet dépasse le seuil du milliard d'utilisateurs mondialement. En 2007, IBM présente Watson, premier ordinateur fondé sur la notion d'intelligence artificielle ; la même année marque le lancement du premier iPhone par Steve Jobs chez Apple, du lecteur Kindle par Jeff Bezos chez Amazon et des logiciels Android par Google qui acquiert YouTube. C'est alors que se forme le groupe – certains diront cartel, entièrement composé de sociétés privées, toutes américaines, les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) – indispensable au bon fonctionnement de notre société actuelle fondée sur l'information.

21. Il n'y a pas de manière objective précise de déterminer l'influence scientifique d'un pays. On peut néanmoins utiliser quelques éléments qui, ensemble, confirment bien la domination américaine. Par exemple depuis 2003, l'ARWU (*Academic Ranking of World Universities*) – une association d'universitaires internationaux reconnus par leurs pairs – publie le classement de Shanghai<sup>43</sup>, qui est utilisé comme base de référence en France pour orienter la politique gouvernementale en matière d'enseignement supérieur. En 2019, d'après le classement de Shanghai, sur les 20 meilleures universités du monde, 17 sont américaines<sup>44</sup>. Sur les cinq dernières années (2014-2019), les universités américaines occupent 16 (en 2014 et 2017) ou 17 places parmi les 20 premiers. Certains ont critiqué les critères utilisés et la méthodologie de ce classement particulier<sup>45</sup>, mais tous les classements habituellement reconnus

<sup>41</sup> Voir <https://www.swift.com/about-us/history>.

<sup>42</sup> Voir en particulier Friedman, Thomas *Thank you for Being Late*, p. 19 sqq.

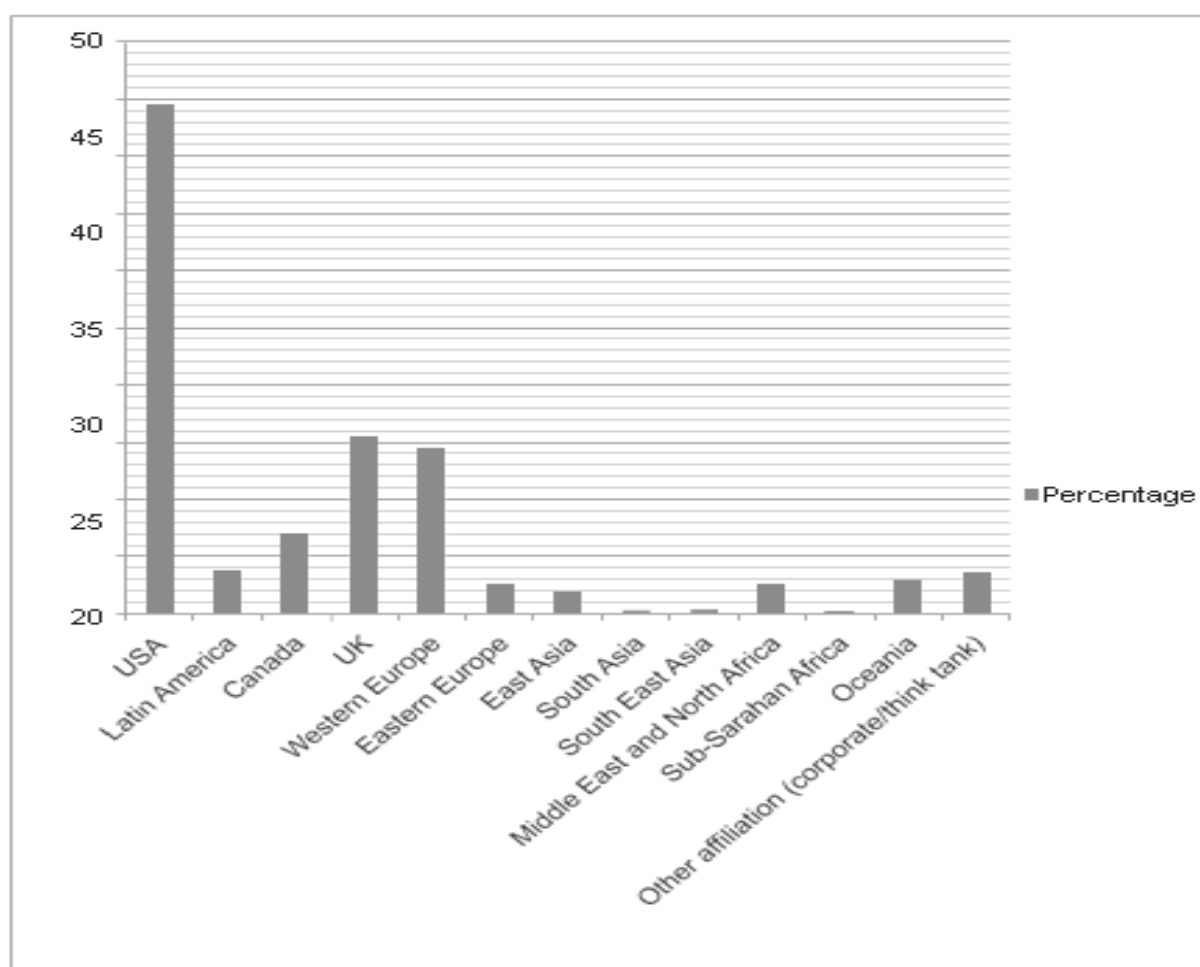
<sup>43</sup> Voir <http://www.shanghairanking.com/ARWU2019.html>.

<sup>44</sup> Dans ce palmarès figurent deux universités britanniques (en 3<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> positions) et une université helvétique (19<sup>e</sup> position). La Sorbonne se trouve en 44<sup>e</sup> position.

<sup>45</sup> Le *Times* de Londres publie par exemple aussi sa liste : sur les 20 premières universités, 14 sont américaines et 4 anglaises. [https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2020/world-ranking#!/page/0/length/25/sort\\_by/rank/sort\\_order/asc/cols/stats](https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2020/world-ranking#!/page/0/length/25/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/stats).

par les spécialistes d'éducation universitaire notent la nette prééminence de l'enseignement supérieur américain. La chercheuse britannique Helen Louise Turton<sup>46</sup> a publié en 2015 une étude dans laquelle elle voulait évaluer, sur une période de 5 ans, la place de la recherche américaine en fonction des rapports de recherche publiés et de la participation à des congrès scientifiques : 44 % des rapports de recherche provenaient d'universités américaines, auxquels il faudrait y ajouter 4 % provenant de *think tanks* dont la plupart sont américains.

*Figure 3 - Localisation géographique en pourcentage des conférenciers et auteurs dont les articles sont publiés dans les revues scientifiques<sup>47</sup>*



Dans sa conclusion, l'auteure insiste sur le fait qu'il est difficile de délimiter ce qui est américain et ce qui ne l'est pas (un chercheur comme un rapport peuvent avoir plusieurs affiliations et beaucoup de professeurs enseignent dans différentes universités et pays) ; elle souligne la diversité d'origines de la communauté scientifique internationale, mais montre aussi

<sup>46</sup> Turton, Helen Louise, *International Relations and American Dominance. A Diverse Discipline*, Routledge, 19 nov. 2015, p. 99 sqq.

<sup>47</sup> Graphe extrait de l'étude de Helen Louise Turton publiée en 2015 : *International Relations and American Dominance: A Diverse Discipline*, p.99 (*Geographical location of IR Scholars from the combined journal and conference rostrums*).

l'universalité des modèles et protocoles américains. Nous partageons cette approche large et englobante pour notre étude. Nous considérons ainsi comme « américain » tout concept développé aux États-Unis ou par des chercheurs ou juristes travaillant dans le cadre américain.

22. Dans le domaine culturel, le rôle pionnier des États-Unis dans le développement des médias de masse du XX<sup>e</sup> siècle (presse, mais surtout radio, cinéma et télévision) est bien connu ainsi que les tentatives, en Europe en particulier, d'endiguer l'invasion pour protéger les cultures nationales. Mais l'industrie mondiale du divertissement (*entertainment*) est dominée par des conglomérats américains<sup>48</sup> tels Netflix, Disney, Amazon et Comcast (propriétaire de NBC Universal) qui assurent la production comme la distribution de leurs œuvres. Avec l'avènement des nouvelles plateformes internet universelles de *streaming* (diffusion numérique), le contrôle est encore plus difficile. Certains peuvent décrier cet envahissement, mais il est omniprésent, il dure depuis plusieurs générations et affecte institutions et comportements<sup>49</sup>. Combien de magistrats français ont-ils été influencés dans leur carrière après avoir vu des films ou séries « classiques » américains comme *Douze hommes en colère*, *Ouragan sur le Caine*, *Jugement à Nuremberg*, *Kramer contre Kramer*, *Law and Order* (« *La Loi et l'Ordre* »)<sup>50</sup> et tant d'autres ?

Dans une chronique sur le film *Miss Sloane* du 8 mars 2018<sup>51</sup>, Marie-Anne Frison Roche écrit : « Une société qui met en son centre les juges qui décident et les avocats qui convainquent au terme de séances publiques où l'art de parler est premier sont des sociétés juridiques et plus encore des sociétés juridictionnelles ; même lorsqu'il s'agit de processus législatifs, c'est encore la figure du procès qui s'y glisse. Il suffit de suivre *Miss Sloane* pour le mesurer. » Elle enfonce le clou dans une autre chronique, le 5 avril<sup>52</sup> à propos de la série *Unabomber* : « *Unabomber* : sous la chasse à l'homme, trouver la complexité du droit de la procédure pénale américaine. Bientôt nous ne connaîtrons plus que le droit américain. Mais nous le connaîtrons bien. À travers les films, il ne s'agit pas même d'une initiation : nous sommes directement confrontés à des points techniques qui permettent d'aller directement aux difficultés les plus remarquables du droit. Spécifiques au droit américain, alors que, spectateurs continentaux, nous

---

<sup>48</sup> Pour le rôle mondial des entreprises de médias, voir le classement annuel publié par la revue *Forbes*, <https://www.forbes.com/sites/arielshapiro/2019/05/15/worlds-largest-media-companies-2019/#30e6ed5a754b>.

<sup>49</sup> Sur les mécanismes de dominance culturelle américaine, on pourra consulter Fattor, Eric M., *American Empire and the Arsenal of Entertainment. Soft Power and Cultural Weaponization*, Palgrave Macmillan, ProQuest Ebook Central, 2014.

<sup>50</sup> Voir la section vidéographie de la bibliographie de cette thèse.

<sup>51</sup> <https://mafr.fr/en/article/apprendre-le-droit-americain-avec-miss-sloane/>.

<sup>52</sup> <https://mafr.fr/en/article/unabomber-sous-la-chasse-a-lhomme-trouver-le-droit/>.

ne savons rien du droit français. » Une anecdote vécue pour renforcer ce point : en 2016, un juge d'un tribunal correctionnel de la région parisienne visite New York ; il raconte avec humour à ses homologues que la plupart des prévenus, souvent petits délinquants, qui comparaissent devant lui ne s'adressent pas à lui en l'appelant « Monsieur le juge », mais à l'américaine en le nommant « Votre Honneur. »

23. Le développement de l'influence américaine va de pair avec son « *soft power* » et la globalisation mondiale. Kenneth E. Boulding (1910-1993), économiste, philosophe d'obédience quaker, né en Angleterre, mais bien connu aux États-Unis<sup>53</sup> pour ses activités pacifistes, publie son étude sur les visages (*faces*) du pouvoir en 1990<sup>54</sup> : le pouvoir peut se manifester sous trois formes, chacune basée sur un système cohérent autonome, avec des ressorts spécifiques :

- le type de pouvoir dont l'origine provient de la menace (*threat*) est fondé sur une force coercitive (essentiellement militaire et policière) ;
- le type de pouvoir fondé sur la production et les échanges est essentiellement de nature économique et son ressort est l'intérêt, le gain, les avantages ;
- enfin, le pouvoir « intégratif » (*integrative system*) repose sur l'adhésion à un même référentiel de valeurs, ce qui lui confère sa légitimité. Or l'influence américaine repose sur les trois types de pouvoir.

24. La théorie du *soft power* est développée par Joseph S. Nye, universitaire et membre de l'administration Clinton. Dans ses livres, en particulier *Bound to Lead. The Changing Nature of American Power* (« Contraint à diriger. La Nature changeante du pouvoir américain ») publié en 1990 et *Soft Power. The Means to Success in World Politics* (« Le Pouvoir souple. Les moyens du succès dans les relations internationales ») publié en 2004, ainsi que dans de nombreux articles écrits depuis, Nye explique et affine sa vision. Il établit une distinction entre le pouvoir « dur » (*hard*) et « souple » (*soft*) et affirme : *Seduction is always more effective than coercion, and many values like democracy, human rights, and individual opportunities are deeply seductive*<sup>55</sup>. L'influence américaine repose sur son pouvoir de coercition (*hard* = moyens militaires, économiques et financiers, facilement quantifiables), mais aussi sur son pouvoir

---

<sup>53</sup> Lors des dernières années de sa vie, il dirigeait deux chaires à l'Université de Colorado (Boulder) et était le président de six associations de professeurs et de chercheurs regroupant des dizaines de milliers de membres. Il a publié 33 livres et des centaines d'articles au cours de sa carrière.

<sup>54</sup> *Three Faces of Power*, Sage Publications, Londres et New York, 1990.

<sup>55</sup> « La séduction est toujours plus efficace que la coercition et bien des valeurs comme la démocratie, les droits humains et les chances pour les individus de s'épanouir ont un fort pouvoir de séduction » in Nye, Joseph. *Soft Power. The Means to Success in World Politics*, Public Affairs, New York, 2004..

« intégratif » pour reprendre le vocabulaire de Boulding. L'objectif de la politique de relations internationales selon Nye est de créer une communauté d'intérêts. Dans l'environnement en place depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, il est avantageux pour des pays ou des groupes de s'associer aux intérêts américains et, phase ultime, de créer une communauté d'assimilation dans laquelle les autres pays, ou groupes, constatant le succès américain, adoptent et intègrent ses valeurs : la démocratie libérale, la liberté individuelle, la libre entreprise [c'est-à-dire le capitalisme], l'état de droit.

Le « pouvoir souple » parfois traduit en français par « manière douce » ou « pouvoir de convaincre » par opposition au « pouvoir dur » ou « pouvoir de contrainte » est fondé sur trois éléments : la culture qui doit donc être compréhensible et attrayante (*attractive*) ; les valeurs politiques (la démocratie reposant sur des élections libres), mais à condition qu'elles soient effectivement respectées dans les actions de politique intérieure comme extérieure et les actions de politique étrangère, lorsqu'elles sont perçues de l'extérieur comme légitimes et éthiques<sup>56</sup>. La théorie du *soft power* peut se résumer en quelques phrases : *A country may obtain the outcomes it wants in world politics because other countries – admiring its values, emulating its example, aspiring to its level of prosperity and openness – want to follow it. In this sense, it is also important to set the agenda and attract others in world politics, and not only to force them to change by threatening military force or economic sanctions. This soft power – getting others to want the outcomes that you want – co-opts people rather than coerces them*<sup>57</sup>. L'approche de Nye a été critiquée comme étant floue (*fuzzy*) ou irréaliste<sup>58</sup>. Il s'en est expliqué dans son ouvrage *The Future of Power* (« *Le Futur du pouvoir* ») paru en 2011, expliquant que le concept de *soft power* est descriptif plutôt que normatif et qu'il peut donc être adapté à différentes finalités<sup>59</sup>. La Chine, principal concurrent de l'hégémonie américaine, semble d'ailleurs valider

---

<sup>56</sup> Nye a critiqué vivement l'administration de George W. Bush pour avoir violé ces principes, notamment en Iraq.

<sup>57</sup> « Un pays peut arriver aux résultats qu'il désire dans les relations internationales quand d'autres pays, qui admirent ses valeurs et émulent son exemple, aspirent au même niveau de prospérité et d'ouverture et décident de le suivre dans ses actions. En ce sens, il est important d'établir un ordre de priorité dans les affaires internationales et de convaincre les autres nations, pas seulement de les forcer à s'aligner sous la menace de la force militaire ou de sanctions économiques. Ce *soft power* – qui consiste à amener les autres à vouloir les résultats que vous souhaitez – permet de convaincre les gens plutôt que de les contraindre. »

<sup>58</sup> Par exemple, selon John Bolton, ancien conseiller du Président Trump, il ne peut y avoir de pouvoir souple que s'il repose sur un pouvoir coercitif (dur).

<sup>59</sup> Fondé sur les idées de Nye, un « index de *soft power* » a été établi en 2010 par deux entités privées américaines, l'Institute for Government et le groupe de médias Monocle. L'index est publié chaque année et se compose d'une série de données statistiques (nombre d'ambassades et de centres culturels, universités, films produits dans la langue du pays, etc.) et d'indices subjectifs élaborés à la suite de discussions en panels. Les données statistiques sont divisées en cinq sous-catégories : culture, diplomatie, éducation, innovation et gouvernance politique. Les données subjectives peuvent inclure des facteurs très variés comme l'organisation d'événements sportifs (annonce des Jeux olympiques), des distinctions internationales (comme les prix Nobel), des projets

à ses propres fins l'approche de Nye. Dès 2014, son chef incontesté, Xi Jinping, annonce : « Nous allons développer le *soft power* de la Chine, créer des commentaires positifs autour de notre pays et mieux communiquer les messages de la Chine au reste du monde<sup>60</sup>. » Notre propos n'est ni de valider ni d'infirmer les théories de Nye, de ses disciples, ou de ses opposants, mais de retenir que la notion de *soft power* explique, au moins pour partie, certaines initiatives américaines, y compris en matière de coopération judiciaire internationale.

25. Voisin, mais distinct, le concept juridique de *soft law*, traduit en français par « droit souple » ou « droit mou », prend aussi une importance croissante dans le domaine judiciaire. La place du droit souple, bien ancré dans la tradition anglo-saxonne de common law, se répand également dans les États dotés d'un système de droit codifié, y compris la France. Ainsi en 2013, le Conseil d'État a publié une étude complète sur le sujet<sup>61</sup>. Nous y reviendrons en détail au cours de notre étude.

26. Ce qu'il est convenu d'appeler globalisation est le résultat de trois phénomènes concomitants : une convergence des principes de gouvernance ; un ensemble de pouvoirs diffus et une technologie permettant la diffusion large et instantanée de l'information. Le premier phénomène est la reconnaissance quasi universelle des grands principes néo-libéraux, même si leur mise en œuvre n'est pas toujours effective. C'est ce qu'on désignait par le « consensus de Washington » au début des années 1990, période considérée par certains historiens comme l'apogée de l'hégémonie américaine dans les domaines économique, militaire et philosophique à la suite de l'écroulement du bloc soviétique. Francis Fukuyama, universitaire américain de grand renom et ancien directeur adjoint du service de planification du Département d'État, publie, en 1992, *The End of History and the Last Man (La Fin de l'histoire et le Dernier homme*<sup>62</sup>) où il présente, comme un fait accompli, le triomphe irréversible des idéaux occidentaux. Ajustant sa théorie après les attentats du 9 septembre 2001, la Révolution orange en Ukraine et le Printemps arabe, il ira jusqu'à prétendre, en 2007, dans un éditorial du

---

architecturaux reconnus internationalement, etc. Depuis 2016, l'indice comprend une cinquantaine de facteurs qui sont calculés pour 26 pays et aboutissent à un score par pays. Le but de l'indice est de mesurer, pour l'année précédente, l'efficacité de l'utilisation des éléments de *soft power*, pas nécessairement la capacité d'influencer. En 2019, les États-Unis n'étaient qu'à la neuvième place, derrière l'Australie, la Suède et le Royaume Uni. Le premier pays au classement était la France (c'était juste après la Coupe du monde de football et l'annonce des Jeux olympiques 2024 à Paris), suivie de l'Allemagne, du Japon, du Canada et de la Suisse. Voir [https://en.wikipedia.org/wiki/Soft\\_power](https://en.wikipedia.org/wiki/Soft_power).

<sup>60</sup> D'après David Shambaugh, « China's Soft-power Push », in *Foreign Affairs*, <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2015-06-16/china-s-soft-power-push>.

<sup>61</sup> « Conseil d'État, Étude annuelle 2013, Le droit souple » publiée par La Documentation française. Le document reprend le rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État le 4 juillet 2013.

<sup>62</sup> C'est le titre de l'ouvrage traduit en français et publié par Flammarion.



*Guardian*<sup>63</sup> que l'idéal démocratique moderne réside davantage dans les démocraties de l'Union européenne – qui créent un état de droit qui transcende les souverainetés et les systèmes politiques nationaux – que dans le modèle américain. Bien que critiqué par de nombreux chercheurs<sup>64</sup> qui lui reprochent ses simplifications ou son manque de perception des nouvelles formes de populisme, tribalisme ou identitarisme, Fukuyama continue d'enseigner, de publier et demeure un des théoriciens de la globalisation moderne.

La deuxième caractéristique de la globalisation<sup>65</sup> est le transfert du pouvoir des États, ou du moins de l'exercice effectif du pouvoir, vers de nouvelles formes de gouvernance transnationale fondées à la fois sur des institutions intergouvernementales internationales (Nations Unies, FMI) ou régionales (par exemple la structure de gouvernance de l'Union européenne), sur des groupes se rencontrant périodiquement, mais ayant des pouvoirs décisionnels sinon coercitifs (G8, G20) et même sur des entreprises privées qui opèrent à travers plusieurs juridictions, mais peuvent établir des standards techniques qui s'imposent mondialement ou peuvent simplement commander à leurs filiales d'effectuer ou non certaines opérations ou d'adopter tel ou tel comportement. On arrive ainsi à un système diffus où le pouvoir, ou plus exactement les pouvoirs, s'enchevêtrent, se superposent et, parfois, s'opposent. Dès lors l'acharnement de certains à défendre la souveraineté nationale ou à condamner les applications extraterritoriales du droit d'un pays apparaît comme un combat futile puisqu'il ne s'attaque pas à l'essence même des nouvelles formes de pouvoir et d'influence. L'ordre mondial du XXI<sup>e</sup> siècle serait ainsi une sorte de système impérial, mais non rattaché à un État particulier et dont les règles de gouvernance évoluent à l'aune des rapports de force et des circonstances du moment.

---

<sup>63</sup> « *The End of History was never linked to a specifically American model of social or political organization. Following Alexandre Kojève, the Russian-French philosopher who inspired my original argument, I believe that the European Union more accurately reflects what the world will look like at the end of history than the contemporary United States. The EU's attempt to transcend sovereignty and traditional power politics by establishing a transnational rule of law is much more in line with a "post-historical" world than the Americans' continuing belief in God, national sovereignty, and their military* », (La fin de l'Histoire n'a jamais dépendu d'un modèle d'organisation sociale ou politique spécifiquement américain. Comme A. Kojève, le philosophe franco-russe à l'origine de ma proposition initiale, je pense que l'UE reflète mieux le monde tel qu'il sera à la fin de l'histoire que les États-Unis d'aujourd'hui. La tentative européenne de transcender la souveraineté et les pouvoirs politiques traditionnels en créant un droit transnational est beaucoup plus adapté à un monde "post-historique" que la confiance dont témoignent encore les Américains en Dieu, leur souveraineté nationale et leur puissance militaire), « *The History at the End of History* », *The Guardian*, 3 avril 2007, cité dans [https://en.wikipedia.org/wiki/The\\_End\\_of\\_History\\_and\\_the\\_Last\\_Man](https://en.wikipedia.org/wiki/The_End_of_History_and_the_Last_Man).

<sup>64</sup> Par exemple, Jacques Derrida ou Robert Kagan qui publia *The Return of History and the End of Dreams* en 2008.

<sup>65</sup> Nous reprenons ici l'analyse d'Eric Fattorin *American Empire and the Arsenal of Entertainment: Soft Power and Cultural Weaponization*, Palgrave Macmillan, 2014.

La troisième composante de la globalisation moderne est d'ordre technologique et provient de la numérisation de l'information qui circule quasi instantanément à travers le monde depuis la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle avec l'expansion du *World Wide Web*, la toile internationale. Les plateformes servies par des satellites de télécommunication et des systèmes de réseaux sociaux sont facilement accessibles avec des téléphones cellulaires multifonctionnels qui recourent de plus en plus à l'intelligence artificielle. Les pays, ou les entreprises géantes, qui dominent ces technologies exercent une surveillance et un contrôle stratégique sur les populations du monde entier. Ces changements technologiques ne sont pas « bons » (favorable à la démocratie) ou « mauvais » (renforçant l'autocratie) de façon inhérente, mais ils altèrent la manière dont un pays exerce son influence et sa souveraineté. Dans cette perspective, il n'est plus nécessaire d'envahir physiquement un pays ou une région pour en dominer l'économie et la population. La protection des intérêts nationaux suppose donc que l'on puisse avoir les moyens de neutraliser des flux d'informations provenant de n'importe quel endroit, sur Terre ou dans l'espace. Pour assurer cette protection il est nécessaire de mettre en place un pouvoir d'intervention diraient les militaires, ou une utilisation extraterritoriale des pouvoirs de l'État diraient les juristes.

27. Dans ce nouveau contexte, les États-Unis semblent posséder l'avance nécessaire pour dépasser des difficultés temporaires comme les crises économiques ou pandémiques, les mouvements d'opposition populaire, les régressions de gouvernance, mais à condition de conserver un minimum de légitimité. Même confrontée à des pays ou des ensembles géopolitiques équivalents dont l'influence est grandissante comme la Chine, l'Inde, le Brésil ou l'Union européenne, la mondialisation garde une saveur principalement américaine, grâce en particulier à la capacité de distraire, séduire et convaincre les classes dirigeantes où qu'elles se trouvent. Comme la force militaire, les vecteurs du *soft power* ne sont pas nécessairement au service de la démocratie, mais ils tendent à préserver un ordre en place à condition que celui-ci puisse, *in fine*, contrôler l'utilisation des moyens d'information.

Nous venons de montrer l'ampleur de la position dominante, voire hégémonique, des États-Unis. Selon Thomas Friedman, l'accélération de la globalisation et l'utilisation croissante d'éléments de *soft power* se traduit par l'émergence d'un nouvel ordre juridique dans lequel la *soft law*, que nous définirons plus loin, joue un rôle déterminant. Nous examinerons au cours de notre étude par quels moyens et de quelle manière cette dominance américaine se traduit en « influence diplomatique et judiciaire » (ou selon certains en « diktat ») et est utilisée pour

réguler la corruption transnationale. Mais il nous faut auparavant préciser ce que nous entendons par les autres prédicats de notre titre.

## **b. Définition du terme « corruption »**

28. Le défi le plus difficile qu'il nous faut affronter dans notre introduction est celui de définir le terme « corruption » qui est au centre de notre étude. Il n'existe pas de consensus sur la définition juridique de la corruption. À la base, la corruption implique un rapport social d'échange illégitime. Comme l'explique un rapport d'un groupe de travail du réseau international des agences de renseignement financier (Groupe Egmont), « il n'y a pas de définition unifiée » (*there is no unified definition*)<sup>66</sup>. La corruption est généralement considérée comme l'abus de biens, de ressources ou de pouvoirs publics à des fins personnelles ou du moins privées. On retrouve cette conception dans la plupart des conventions internationales. Le seul document juridique d'application universelle dans le domaine de la lutte contre la corruption est la Convention des Nations Unies contre la Corruption<sup>67</sup> (UNCAC, selon l'acronyme anglais, parfois aussi appelée Convention de Mérida). L'accord international, signé en 2003, décrit dans son préambule la corruption comme un fléau transnational (*transnational scourge*). La convention porte sur cinq domaines (mesures préventives ; criminalisation et poursuites pénales ; coopération internationale ; recouvrement des biens et assistance technique et échanges d'informations). Elle définit bien les entités susceptibles d'être corrompues ou corrompues, décrit les techniques et procédures pour lutter contre la corruption, mais précise – dans son article 4 « Protection de la Souveraineté des États »<sup>68</sup> – que chaque État est chargé séparément de la mise en œuvre de la convention, qu'il ne peut pas y avoir ingérence dans les affaires intérieures d'un autre État et qu'aucun ne peut exercer sa juridiction sur le territoire des autres ou enfreindre des fonctions exclusivement réservées par les autorités d'un État. Cela

---

<sup>66</sup> Egmont Group, Information Exchange Working Group, 2019, p.3. Voir [https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2019\\_Public\\_Summary\\_FIU\\_Tools\\_and\\_Practices\\_for\\_Investigating\\_Laundering\\_of\\_the\\_Proceeds\\_of\\_Corruption.pdf](https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2019_Public_Summary_FIU_Tools_and_Practices_for_Investigating_Laundering_of_the_Proceeds_of_Corruption.pdf)

<sup>67</sup> [https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf).

<sup>68</sup> « Article 4. Protection of sovereignty : 1. States Parties shall carry out their obligations under this Convention in a manner consistent with the principles of sovereign equality and territorial integrity of States and that of non-intervention in the domestic affairs of other States. 2. Nothing in this Convention shall entitle a State Party to undertake in the territory of another State the exercise of jurisdiction and performance of functions that are reserved exclusively for the authorities of that other State by its domestic law. » (Article 4 Protection de la souveraineté 1. Les États Parties exécutent leurs obligations au titre de la présente Convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États. 2. Aucune disposition de la présente Convention n'habilite un État Partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne.)

implique que chaque partie signataire est libre de déterminer sa propre définition de la corruption.

29. Transparency International propose une définition qui est généralement acceptée par les régulateurs, les universitaires et le grand public : « la corruption consiste en l'abus d'un pouvoir reçu en délégation (d'une autorité souveraine) à des fins privées » (*corruption is the abuse of entrusted power for private gain*)<sup>69</sup>. Il existe de nombreux niveaux de corruption qui peuvent être classés en fonction de l'échelle des méfaits et le statut du corrupteur et/ou du corrompu. Transparency classe la corruption de grande, petite ou politique (*grand, petty and political*) selon les montants en jeu et les secteurs concernés. Suivant cette typologie, la corruption politique correspond à la manipulation d'institutions, procédures ou financements par des agents publics ; la grande corruption couvre les actes commis à haut niveau hiérarchique du gouvernement ou de l'administration qui violent le bien public en permettant à des individus ou groupes de décideurs de s'enrichir ou gagner d'autres avantages aux dépens de la société ; la petite corruption décrit les abus habituels perpétrés par des détenteurs du pouvoir public à niveau moyen ou subalterne dans leurs interactions avec le reste de la société. Cette petite corruption peut prendre la forme d'interdiction d'accès à certaines ressources en principe publiques (électricité, eau potable, hôpitaux, enseignement) ou l'exigence de « faveurs », monétaires ou autres, pour y avoir droit. Si la typologie est utile à des fins de classification et prévention, elle n'est pas une définition au sens juridique et il y a une certaine porosité entre les catégories.

30. Une difficulté supplémentaire est liée à la traduction de l'anglais vers le français, justement à cause du manque de consensus sur le concept et à la porosité entre ses différentes sous-catégories. Les termes et concepts de « compliance » et les réglementations qui s'y attachent sont difficiles à appréhender de manière complète dans une autre langue que l'anglais, langue d'origine de ce corpus de réglementations, de pratiques et d'institutions. Les ambiguïtés et confusions sont nombreuses, car traduites de l'anglais originel ; ainsi, des mots ou des expressions sont similaires, voire identiques, mais revêtent des sens différents<sup>70</sup>. En anglais américain contemporain *corruption* et *bribery* sont pratiquement interchangeables, *corruption* ayant un sens un peu plus abstrait. *Bribe*, dans un sens étroit, est souvent traduit en français par « pot-de-vin », mais cette traduction est réductrice puisque, dès l'origine du pays, les

---

<sup>69</sup> <https://www.transparency.org/what-is-corruption>.

<sup>70</sup> Sur ce point voir *Compliance and Regulation Law Bilingual Dictionary* à la rubrique *translation* disponible sur le site MAFR, <https://mafr.fr/en/glossaire-du-droit-de-la-regulation-et-de-la-compl/?letter=t>.

Américains reconnaissent plusieurs formes de *bribes*, y compris celle que l'on qualifierait de « trafic d'influence » en France. Le dictionnaire anglais/français *Harrap's* en donne une définition qui correspond mieux à notre conception : « Nom : paiement illicite, présent (destiné à corrompre), pot-de-vin. Verbe : corrompre, acheter, gagner, soudoyer<sup>71</sup>. »

L'OCDE a en quelque sorte contourné le problème en traduisant « *No Longer Business as Usual – Fighting Bribery and Corruption* » (titre de l'ouvrage publié par ses soins en 2000) par « *Affairisme : la fin du système – Comment combattre la corruption*<sup>72</sup> » et en ayant donc recours au terme d'« affairisme » en français.

31. Bien entendu, la définition légale de la corruption se fonde sur un état de droit, sur des normes formelles qui identifient des actes criminels, mais qui peuvent donc varier de juridiction à juridiction et d'époque à époque. Pour reprendre l'analyse de Pierre Lascoumes<sup>73</sup> : « Les Anglo-Saxons parlent d'une approche "*office based*", une conception basée sur les responsabilités de fonction. Le droit pénal français classique regroupe ce type d'infractions sous l'intitulé "*atteintes à la probité publique*". Il s'agit d'un groupe de transgressions pénalement sanctionnées formé de sept catégories : la concussion, la corruption, la prise illégale d'intérêts, le trafic d'influence, les fraudes dans les marchés publics, les fraudes dans le financement des partis politiques, les détournements d'argent et de biens publics. L'ensemble des manquements au devoir de probité publique est sanctionné par le livre IV du code pénal, section 3, articles 432-10 à 432-17. Le droit pénal français sanctionne également les actions corruptrices et les trafics d'influence commis par les citoyens à titre individuel (articles 433-1 et 433-2 du code pénal), mais aussi dans le cadre privé en tant que salarié d'une entreprise. Ces actions sont assimilées à des abus de confiance en entreprise (articles 445-1 et 445-2 du code pénal depuis sa réforme de 2005) en vue d'obtenir un gain direct ou indirect, pour les acteurs impliqués (celui qui sollicite et celui qui octroie la faveur), pour leurs proches ou pour une organisation. C'est donc un champ très large. » La corruption dans la conception française est ainsi envisagée comme une catégorie générique désignant un ensemble d'abus qui peut exister dans la fonction publique, mais aussi dans le secteur de l'économie privée.

32. Notre étude étant une thèse de droit comparé qui a pour point départ une analyse du système américain, il nous semble judicieux de nous fonder principalement sur les conceptions

---

<sup>71</sup> *Harrap's French and English Dictionary*, Part Two, George G Harrap & Company Ltd. London, 1962, p. 137.

<sup>72</sup> <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/affairismelafindusysteme-commentcombattrelacorruption.htm>.

<sup>73</sup> Lascoumes Pierre et Nagels, Carla, *Sociologie des élites délinquantes*, collection U, Armand Colin, 2018, p. 224.

états-Uniennes et sur celles des conventions internationales. Nous partirons donc de la définition américaine classique présentée en 1967 par Joseph S. Nye, professeur à Harvard, qui servit de référence lors des débats du Congrès qui précédèrent le vote de la loi FCPA. Il définit la corruption comme le comportement déviant du détenteur d'un pouvoir officiel, qu'il soit élu ou nommé, normalement soumis à des obligations formelles et codifiées envers le public. Cette déviance a pour but de profiter à des intérêts privés (personnels, de la famille proche ou du clan), que ce soit en termes d'enrichissement ou de renforcement de statut social (prestige) et est ainsi une violation des règles qui régissent les relations entre les sphères privée et publique (« *Corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role [office] because of a private-regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain type of private-regarding influence*<sup>74</sup> »).

Mais il nous faut traduire cette interprétation de science politique sur le plan juridique. Tout en gardant à l'esprit les autres interprétations possibles, nous retiendrons principalement de la définition de la corruption telle qu'elle ressort du FCPA, législation charnière comme nous le verrons, que **l'acte de corruption est fondé sur le comportement du corrupteur**. En droit américain, contrairement au droit français traditionnel au moins jusqu'en 1945<sup>75</sup>, un « pacte de corruption » n'est pas nécessaire<sup>76</sup>. Même s'il est « nimbé de cet état d'esprit contractuel<sup>77</sup> », l'acte de corruption est unilatéral ; il peut être caractérisé par une simple offre ou promesse. Le fait générateur d'un acte de corruption est défini légalement de manière très générale, ce qui donne lieu à une abondante jurisprudence. La loi américaine<sup>78</sup> précise que peuvent être considérés comme actes de corruption « une proposition, un paiement, une promesse de paiement, une autorisation d'effectuer un paiement de quelque monnaie que ce soit, un don, un cadeau, une promesse de cadeau, une autorisation de faire un cadeau ou toute chose de valeur »

---

<sup>74</sup> Nye, Joseph S., « *Corruption and Political Development. A Cost-Benefit Analysis* », *The American Political Science Review*, American Political Science Association vol. 61, n° 2, 1967, p. 417 et s.

<sup>75</sup> La définition de la corruption en droit français a considérablement évolué jusqu'à ce que l'ordonnance du 8 février 1945 modifie l'ancien article 179 du code pénal et fasse « disparaître la notion même de tentative en englobant dans le délit consommé non seulement les propositions ou promesses faites au fonctionnaire et acceptées par lui... mais aussi la simple offre de dons ou présents, quel qu'en eût été l'effet. » Voir « Corruption active d'agents publics nationaux et trafic d'influence, actif ou passif, commis par des particuliers », *JurisClasseur pénal des affaires*, vol. *Corruption*, fasc. 10, mise à jour du 28 octobre 2019.

<sup>76</sup> Voir Breen, Emmanuel, FCPA, *La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly editions, Lextenso, 2017, p. 71.

<sup>77</sup> L'expression est du professeur Emmanuel Dreyer, cité par Emmanuel Breen, *op. cit.*, p. 72.

<sup>78</sup> US Statutes, chap. 15, USC 78dd-3. La définition de l'infraction constituant un fait de corruption est répétée de manière identique concernant les agents publics étrangers, les émetteurs (*issuers*), les entités nationales (*domestic concerns*) et toute autre personne à laquelle la loi est applicable.

*(an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value*<sup>79</sup>).

33. Une autre différence fondamentale entre les conceptions américaine et française traditionnelle est que la corruption dans la définition anglo-saxonne provient du détournement d'une fonction officielle, c'est-à-dire qu'elle concerne essentiellement le secteur public. En droit américain, il y a certes d'autres crimes et infractions en col blanc qui caractérisent des comportements déviants à l'intérieur de la sphère privée. Parmi ceux-ci figurent notamment le détournement de fonds (*embezzlement*) ou tout simplement la fraude (*fraud*). Mais le terme de corruption s'applique globalement aux États-Unis à des actes impliquant les détenteurs d'un pouvoir qui leur est conféré (*entrusted* : il leur est délégué « en confiance ») par un État ou du moins la société, dans un sens général. Toute personne ou entité peut être un « corrupteur », mais dans la conception à l'origine de la réglementation américaine, les « corrompus » sont principalement des fonctionnaires, magistrats, militaires ou dirigeants d'entités ou entreprises du secteur public. Cette interprétation ne signifie pas que les « corrompus » sont uniquement des fonctionnaires (au sens large, incluant militaires et magistrats) ; les cadres dirigeants d'une compagnie aérienne ou plus généralement de transport ou de sociétés exploitant des ressources naturelles (eau, charbon, pétrole, gaz, minerais, etc.) opérant sous un système de concession ou gérant des organismes à fonction publique (télécommunications, domaine de la santé publique, etc.) sont susceptibles d'être corrompus au sens juridique américain. Nous ne traiterons pas spécifiquement de ce qu'on considérerait en France comme des infractions propres au secteur privé, sauf dans les cas de marchés publics. On peut toutefois considérer qu'il y aurait violation d'une règle publique « officielle » dans les cas de fraude fiscale (où le Trésor public serait lésé), de blanchiment (atteinte à l'intégrité de la monnaie émise en fonction d'un privilège régalien) et de crimes boursiers (atteintes à l'intégrité de marchés régis par des organismes officiels). Dans notre étude nous considérons donc que la corruption, au sens américain, est un concept large qui couvre non seulement la corruption telle que définie par le code pénal mais également d'autres infractions reconnues en droit français comme la concussion, l'extorsion, l'abus de biens sociaux, l'abus de pouvoir, le recel (selon les biens impliqués) et même des infractions de nature économique et financière comme le blanchiment, l'évasion fiscale, les délits boursiers, les faux en écritures ou la contrefaçon (de monnaie ou de documents officiels donnant

---

<sup>79</sup> *Value* en anglais américain n'a pas le même sens que lorsqu'on parle d'« objet de valeur » en français. Le terme peut s'appliquer à tout produit ou service auquel on pourrait attacher une valeur marchande, même faible.

accès à des droits ou privilèges). Cela aboutit à un champ très large que nous allons circonscrire davantage en définissant l'adjectif « transnational ».

### c. Définition de l'adjectif « transnational »

34. D'après l'encyclopédie juridique américaine (*American Legal Encyclopedia*<sup>80</sup>) l'adjectif « transnational » a commencé à être employé vers le milieu des années 1970 en criminologie, puis en droit, lorsque les Nations Unies ont utilisé cet adjectif pour l'appliquer à certaines activités criminelles qui transcendent les juridictions nationales. En 1995, à la suite de plusieurs enquêtes auprès des États membres et d'organismes spécialisés tels le GAFI, le Conseil de l'Europe et Interpol, les Nations Unies – lors de leur neuvième Congrès sur la prévention du crime et le traitement des prévenus (*Nineth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*) qui s'est tenu au Caire du 29 avril au 8 mai<sup>81</sup> – décident d'adopter une typologie commune acceptable par tous les États membres, de renforcer l'état de droit et d'encourager la coopération entre les membres pour criminaliser et combattre les fléaux identifiés. La nouvelle typologie identifie ainsi 19 catégories de crimes, généralement commis en bandes organisées, comme transnationales<sup>82</sup> : le blanchiment d'argent, les activités terroristes, le vol d'objets d'art et de biens culturels, le vol de propriété intellectuelle, le trafic d'armes illicite, la saisie (*hijacking*) d'aéronefs, la piraterie en mer, les prises illégales sur terre (*land hijacking*), la fraude à l'assurance, la cybercriminalité, le crime environnemental, le trafic d'êtres humains, le trafic d'organes humains, le trafic illégal de drogues, les banqueroutes frauduleuses, les infiltrations d'entreprises (*infiltration* dans le texte original en anglais, qui entrerait dans le concept de détournement de biens sociaux en droit français), la corruption et versement de pots-de-vin à des personnes officielles telles que définies par la législation locale, la corruption et le versement de pots-de-vin à des membres de partis politiques officiels et à des élus tels que définis par la législation locale ainsi que d'autres délits commis par des groupes criminels organisés.

---

<sup>80</sup> Voir <https://lawi.us/transnational-crime/>.

<sup>81</sup> Voir le rapport adopté UN Doc. A.CONF. 169/15/Add.1 (1995), [https://www.unodc.org/documents/congress/Previous\\_Congresses/9th\\_Congress\\_1995/017\\_ACONF.169.15.ADD.1\\_Interim\\_Report\\_Strengthening\\_the\\_Rule\\_of\\_Law.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/9th_Congress_1995/017_ACONF.169.15.ADD.1_Interim_Report_Strengthening_the_Rule_of_Law.pdf).

<sup>82</sup> Dans le document ci-dessus, dont l'original est en anglais, la référence de l'article 3 (p. 5) indique : « *Money-laundering, terrorist activities; theft of art and cultural objects; theft of intellectual property, illicit arms trafficking, aircraft hijacking; sea piracy ; land hijacking, insurance fraud, computer crime, environmental crime, trafficking in persons, trade in human body parts, illicit drug trafficking, fraudulent bankruptcy, infiltration of legal business, corruption and bribery of public officials as defined in national legislation, corruption and bribery of party officials and elected representatives as defined in national legislation, and other offences committed by organized criminal groups.* »



35. La liste des délits adoptée par les Nations Unies présente des difficultés d'application pratique. Certains sont très vaguement définis. D'autres apparaissent comme des catégories fourre-tout (par exemple : « cybercriminalité », « infiltration d'entreprises », « autres délits commis par des groupes criminels organisés »). D'autres encore ne sont apparemment des crimes qu'en fonction de lois locales. Par ailleurs, si seul le trafic « illégal » de drogues est condamnable, cela laisse supposer qu'il pourrait y avoir un trafic « légal » de drogues. Les Nations Unies reconnaissent la difficulté de mise en œuvre : le rapport indique clairement qu'il revient aux autorités compétentes dans chaque juridiction de définir ce qui constitue un crime de corruption.

Les travaux des commissions créées par le congrès du Caire de 1995 constituent le socle de la Convention des Nations Unies contre la Criminalité transnationale organisée (connue sous son acronyme en anglais, UNTOC pour *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* ou sous la désignation de Convention de Palerme<sup>83</sup>). Cette convention est juridiquement un traité international approuvé par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 novembre 2000 et entrée en vigueur le 29 septembre 2003. En annexe de la Convention de Palerme, trois protocoles traitent du trafic d'êtres humains, en particulier les femmes et les enfants ; du trafic de migrants par terre, air et mer, et de la fabrication illégale d'armes à feu. On note toutefois qu'il n'y a pas alors de protocole sur la corruption, sujet qui sera ultérieurement abordé par la Convention de Mérida comme nous l'évoquerons plus loin. Le Bureau des Nations Unies sur les Narcotiques et le Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime*, UNODC) est chargé d'en surveiller la mise en place. Les quatre instruments précités (la convention et les trois protocoles) auxquels il convient d'ajouter des instruments juridiques adoptés par des organismes multilatéraux spécialisés, tel le GAFI pour le blanchiment d'argent, constituent la fondation de ce que les juristes anglo-saxons qualifient de « droit public transnational ».

36. Les deux points à retenir pour notre étude sont (1) que la corruption se retrouve dans toutes les juridictions des pays signataires (ce qui confirme bien les théories des sociologues américains<sup>84</sup>) et (2) que, depuis 1995 au moins, la corruption, ou du moins certaines formes de

---

<sup>83</sup> Une convention spéciale des Nations Unies s'est tenue à Palerme à l'invitation du gouvernement italien et en hommage aux juges et fonctionnaires morts dans leur combat contre la Maffia sicilienne. Voir : Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et protocoles s'y rapportant, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-f.pdf>.

<sup>84</sup> Nous en avons énuméré quelques-uns ci-dessus.

corruption, sont reconnues par la communauté internationale comme un fléau universel qui doit être combattu agressivement par une coopération accrue entre juridictions.

37. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec l'établissement des Nations Unies et d'organes judiciaires rattachés tels que la Cour Internationale de Justice, le droit international criminel, comme l'expliquent certains auteurs, tels Robert Currie et Joseph Rikhof<sup>85</sup>, se préoccupait de la poursuite de crimes de nature essentiellement internationale : génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et agression. Après la fin de la guerre froide, les attentats du 11 septembre 2001 et une nouvelle configuration du monde, se développe la préoccupation internationale de poursuivre un nouveau type de criminalité par nature transnationale, c'est-à-dire simultanée à plusieurs juridictions, comme le terrorisme, le blanchiment, les trafics d'êtres humains et de stupéfiants. Dans cette nouvelle classification, dont les contours exacts varient d'auteur en auteur, certains incluent aussi des crimes de nature nationale s'ils sont du ressort de plusieurs juridictions.

38. On peut faire à notre sens une distinction entre « international » et « transnational » bien que les concepts soient voisins. Le terme international est utilisé plus anciennement. Il contient bien l'idée de poursuite par plusieurs juridictions, mais donne une impression de juxtaposition plus que d'intégration. Le terme transnational inclut bien les crimes internationaux, c'est-à-dire du ressort de plusieurs juridictions, mais couvre de surcroît des crimes de nature plus grave (raison pour laquelle ils ont été recensés par les Nations Unies) et dont, par nature, la commission est transfrontalière. Un homicide à la suite d'un accident de la route intervenu sur le territoire d'un pays A où un conducteur ivre est un ressortissant d'un pays B et la victime d'un pays C est un crime international. Le versement systématique de pots-de-vin se chiffrant en millions d'euros par un fabricant de matériel aéronautique établi dans un pays A, à travers une filiale ou intermédiaire dans un pays B, au profit de militaires de rang élevé, hauts

---

<sup>85</sup> Currie, Robert & Rikhof, Joseph, *International & Transnational Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law, 2013 in avant-propos : « *International criminal law has focused on the prosecution of truly international crimes – genocide, crimes against humanity, war crimes, and aggression. Our post-Cold War, post-9/11 world has also seen the growth of transnational crimes of international concern, such as terrorism, money laundering, organized crime, and human and narcotics trafficking, as well as transnational crimes of domestic concern, which are simply ordinary domestic crimes that involve the jurisdiction of more than one state.* » « Le droit pénal international se résumait à poursuivre des crimes réellement internationaux – génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et agression. Notre monde, postérieur à la guerre froide et au 11 septembre, a aussi vu se développer les crimes transnationaux de portée internationale comme le terrorisme, le blanchiment, le crime organisé, le trafic de drogues et d'êtres humains tout comme les crimes transnationaux de portée domestique, qui sont simplement des délits ordinaires impliquant la juridiction de plus d'un seul État ».

fonctionnaires, parlementaires ou dirigeants de compagnies opérant sous le contrôle d'un État C est un crime transnational<sup>86</sup>.

Nous avons ainsi défini le périmètre de la thèse en précisant les termes de son titre. Il nous faut maintenant présenter les diverses sources utilisées lors de nos recherches.

#### **4. Littérature et sources de recherche**

39. Dès l'Antiquité, Platon, Aristote et Cicéron décrivaient des faits de corruption<sup>87</sup>. Selon John T. Noonan, historien américain du droit, la première mention de la corruption en tant qu'acte criminel remonterait au Code d'Hammurabi, roi de Babylone, entre 1711 et 1669 av. J.-C.<sup>88</sup>. Il indiquait qu'un juge qui se serait laissé corrompre par un plaideur serait condamné à une forte amende et perdrait immédiatement sa charge. À l'époque classique, Jean Racine dans sa pièce écrite en 1669, *Les Plaideurs*, présente une satire féroce du monde judiciaire peuplé de juges, huissiers et avocats vaniteux et corrompus. Durant les siècles suivants, de nombreux auteurs de romans, lus en Europe comme en Amérique, en français, italien, anglais, allemand ou russe ont décrit des cas de corruption<sup>89</sup>. Beaucoup de leurs livres ont été adaptés pour l'écran et plusieurs sont devenus des classiques du cinéma ou du théâtre<sup>90</sup>. Ce sont toutes ces œuvres qui ont marqué pendant des générations l'éducation puis la formation des juristes sur les deux rives de l'Atlantique.

40. C'est l'humaniste italien Cesare Beccaria, souvent considéré aux États-Unis comme le père de la criminologie moderne, qui élabore le premier une théorie de la corruption et des moyens les plus efficaces pour la réprimer<sup>91</sup>. Dans son ouvrage, *Des Délits et des Peines* (*Dei delitti e dei poeni*) publié à Livourne en 1764, Beccaria définissait les grands principes, toujours en vigueur de nos jours : il ne peut y avoir de délits que ceux définis par la loi, légalité et égalité des peines, proportionnalité de la peine au délit, publicité des condamnations<sup>92</sup>. Beccaria

---

<sup>86</sup> Nous pensons à la résolution judiciaire parallèle de cas récents tels Rolls Royce, Embraer et Airbus.

<sup>87</sup> Voir Alt, Éric. *La Lutte contre la corruption*, édition française, Presses universitaires de France, réédition numérique FeniXX, Kindle. p. 41.

<sup>88</sup> Noonan, John T, *Bribes*, Macmillan Publishing Company, New York, 1984. p. 9.

<sup>89</sup> Par exemple Victor Hugo, Honoré de Balzac, Charles Dickens, Herman Melville, Nelle Harper Lee, Franz Kafka, Léon Tolstoï, Fiodor Dostoïevski et Alexandre Soljenitsyne.

<sup>90</sup> On peut ainsi compter au moins quatre versions cinématographiques du roman de Victor Hugo, *Les Misérables*.

<sup>91</sup> Voir Forti, G. & Visconti, A., « Cesare Beccaria and White-Collar Crimes' Public Harm. A Study in Italian Systemic Corruption », in Pontell H. N. & Geis G., *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer, Boston, MA, 2007.

<sup>92</sup> Beccaria, *Des délits et des peines*, traduction de Maurice Chevalier, préface de Robert Badinter, GF Flammarion, Paris, 1991, p. 34-35.

développa une théorie originale et nouvelle pour l'époque, laïcisant, en quelque sorte, la lutte contre la criminalité, y compris la corruption. Pour lui, la peine imposée au délinquant se justifie par sa rupture du contrat social. En ce sens on peut concevoir, selon une formulation énoncée par Robert Badinter, que la peine n'est pas la mise hors la loi ; elle est la garantie de la loi. Sa fonction n'est pas d'exclusion ou d'élimination du coupable, mais de défense ou protection de la société. La nature et la mesure de la peine doivent donc être définies en fonction de son utilité sociale. Un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits n'est pas la rigueur des châtiments, mais leur caractère infaillible et inéluctable. Cela exige la sévérité inexorable du juge et la vigilance du système judiciaire. « La certitude d'une punition, même modérée fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité ; les moindres maux, s'ils sont inévitables, effraient les hommes tandis que l'espoir, ce don du ciel qui souvent nous tient lieu de tout, écarte la perspective des pires châtiments, surtout s'il est renforcé par des exemples de l'impunité qu'un juge faible ou cupide accorde fréquemment<sup>93</sup> ».

41. En France, les idées de Beccaria sont reprises dans le rapport sur le projet de Code pénal présenté par Le Pelletier le 23 mai 1791. Aux États-Unis, la pensée de Beccaria connaît d'emblée une large diffusion, les rédacteurs de la constitution américaine étant lecteurs et adeptes des philosophes éclairés européens. Dès 1777, *Des Délits et des peines* est publié à Charleston et le premier ouvrage de Voltaire qui paraît outre-Atlantique est son commentaire. Thomas Jefferson en particulier est un admirateur de Beccaria dont les idées inspirent son projet de loi sur « la proportionnalité des délits et des peines dans le cas des crimes jusqu'ici capitaux »<sup>94</sup>. Pour réduire les risques de corruption, Beccaria précise les principes d'organisation du système judiciaire et la nécessité de jugements publics. Il écrit sur le premier point : « Un moyen de prévenir les crimes est d'inciter le collège chargé de l'application des lois à les observer scrupuleusement plutôt que d'être accessible à la corruption. Plus les membres du tribunal sont nombreux, moins il est à craindre qu'ils empiètent sur les lois, car la vénalité est plus difficile à des magistrats qui s'observent entre eux<sup>95</sup> ». Sur la publicité des jugements, il conclut : « Pour que n'importe quelle peine ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou par plusieurs contre un citoyen, elle doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et

---

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>94</sup> *Op. cit.*, p. 38.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 175.

déterminée par la loi »<sup>96</sup>. La nécessité de définition des délits par la loi, la proportionnalité et la certitude des peines, la pluralité des magistrats (ou ce que l'on appellerait aujourd'hui le *due process*) et la publicité des peines demeurent des pierres angulaires de l'édifice judiciaire américain et de la criminalisation de la corruption.

42. L'approche américaine et internationale concernant la corruption a évolué, comme nous l'analyserons plus en détail. Des deux côtés de l'Atlantique de nombreuses « affaires », souvent des scandales financiers, – depuis la banqueroute des assignats (1792) jusqu'au cas Cahuzac (2013) en France ; de la spéculation du Yazoo (1794) à celle de Madoff (2009) aux États-Unis – ont eu une importante couverture médiatique et des conséquences politiques. Elles ont été à l'origine de réformes législatives et réglementaires. Mais, bien que largement commentés dans les médias, ces scandales ont été peu étudiés scientifiquement, sous leurs angles sociologique et juridique. Comme le notaient les chercheurs français Pierre Lascoumes et Carla Nagels, à notre époque « les élites déviantes [les auteurs de corruption] constituent un objet de recherche qui est resté très marginal pendant deux siècles<sup>97</sup> ». Selon le magistrat français Éric Alt, c'est « la science politique américaine qui a fourni dans les années 1970 les outils conceptuels nécessaires à l'étude de la corruption<sup>98</sup>. »

Le droit américain étant de *common law*, comme nous l'expliquerons au début de notre première partie, la compréhension de la jurisprudence est fondamentale. Toutes les décisions de la Cour Suprême peuvent être consultées sur son site<sup>99</sup>, y compris les opinions minoritaires, et constituent la base de la doctrine judiciaire étasunienne. Il existe de nombreux recueils académiques reproduisant et commentant ces textes ; nous avons principalement utilisé celui du professeur John R. Vile, *Essential Supreme Court Decisions, Summaries of Leading Cases in US Constitutional Law*<sup>100</sup>.

43. L'étude de la corruption sous l'angle psychiatrique, voire psychanalytique, débute aux États-Unis après la Première Guerre mondiale<sup>101</sup>. En 1920, est publié *The Criminal, the Judge and the Public*, ouvrage traduit de l'allemand, de Franz Alexander, psychiatre disciple de Freud, et de Hugo Staub, juriste berlinois. Selon eux, la corruption résulterait de formes de

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>97</sup> Lascoumes Pierre et Nagels, Carla, *Sociologie des élites délinquantes* (Vile), p. 8.

<sup>98</sup> Alt Éric et Luc, Irene, *La lutte contre la corruption*, Le livre de poche, 1998, p. 61.

<sup>99</sup> <https://www.supremecourt.gov/opinions/opinions.aspx>.

<sup>100</sup> Vile, John R., *Essential Supreme Court Decisions, Summaries of Leading Cases in US Constitutional Law*, Bowman & Littlefield, 17<sup>e</sup> éd., 2018.

<sup>101</sup> Toutes les informations de ce paragraphe proviennent de l'ouvrage de Noonan Jr, John T., *Bribes*, p. 444-446 & 543..

neuropsychoses en vertu desquelles le corrupteur éprouve un besoin irrésistible d'obtenir des gratifications du corrompu. Harold Lasswell, politologue distingué et professeur à Yale, notait que la corruption, généralisée dans la société, est, en réalité, un moyen d'assouvir les pulsions de certaines catégories d'individus. Dans une étude publiée en 1963, *Power, Corruption and Rectitude*, Lasswell et son disciple Arnold Rogow distinguent les politiciens par jeu (*game politicians*) de ceux motivés par le gain (*gain politicians*). La stimulation des premiers est un besoin de reconnaissance, souvent en réaction à des traumatismes d'enfance, alors que l'attitude des seconds s'expliquerait par l'absence de critères moraux dans leur éducation enfantine et juvénile. Un autre auteur d'obédience freudienne, Albert Ehrenzweig, réfugié autrichien en Californie et professeur de droit à l'université de Berkeley, auteur de *Psychoanalytic Jurisprudence*, voit l'origine du besoin de corrompre dans un complexe d'Œdipe non traité. Cette approche psychiatrique de la corruption, même si elle a cessé d'être prédominante dans les milieux universitaires, continue de faire l'objet d'études dans des revues spécialisées.

44. En ce qui concerne la littérature scientifique sociologique et juridique moderne, l'étude de la corruption, surtout son aspect transnational, a connu un intérêt nouveau chez les chercheurs dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Un innovateur dans ce domaine est le sociologue Edwin Sutherland qui a, le premier, défini le concept de « crime en col blanc ». Il est l'un des fondateurs de l'Institut de droit criminel et de criminologie (*Institute of Criminal Law and Criminology*) de l'Université d'Indiana Bloomington et publie son étude *White Collar Crime (Crime en Col Blanc)* en 1949. Selon la définition de Sutherland, les crimes en col blanc sont « commis par une personne respectable, de haut niveau social, dans l'exercice de sa profession ». Ces crimes sont généralement non violents et de nature économique, incluant fraudes, ententes illicites, manipulations, escroqueries, tromperies ou détournements de fonds. Ils sont plus difficiles à identifier, et donc à poursuivre, que les crimes ordinaires<sup>102</sup>. Sutherland s'est attaché à démontrer que la criminalité en col blanc est au moins aussi néfaste pour la société que celle « en col bleu », c'est-à-dire que la criminalité commune. Il a principalement étudié la corruption dans le cadre de grandes entreprises sur lesquelles il porte des jugements critiques. Dans un rapport d'enquête, il concluait : *The preceding analysis justifies the conclusion that the violation of law by corporations are deliberate and organized crimes*<sup>103</sup> (« L'analyse précédente justifie la conclusion que la violation de la loi par les entreprises est un crime délibéré et organisé »). Les théories de Sutherland ont été l'objet de polémiques et

<sup>102</sup> Analyse et citations reprises de Einsinger, Jesse, *The Chicken Shit Club*, Simon & Schuster, 2018., p. 59-60.

<sup>103</sup> Le rapport a été publié en 1983, donc de manière posthume ; cité par Lascombe, Pierre & Nagels, Carla in *Sociologie des élites délinquantes, de la criminalité en col blanc à la corruption politique*, p. 45.

discussions, certains auteurs plus récents parlant de criminalité collective ou délinquance organisationnelle<sup>104</sup>. Clairement influencée par les idées de Sutherland, la doctrine du *Responsible Corporate Officer* (RCO), selon laquelle la responsabilité du chef d'entreprise est engagée en cas de crimes commis par ses subordonnés, a été affirmée dans au moins deux décisions de la Cour Suprême (*United States vs Dotterweich*, 1943 puis *United States vs Park*, 1975). Les théories autour de la criminalité en col blanc ont largement été diffusées et étudiées aux États-Unis, en particulier lorsqu'ils étaient sur les bancs de l'université, par les magistrats, législateurs et régulateurs américains de notre époque.

45. Une approche plus sociologique et comportementaliste se développe au cours de la décennie 1960. Son représentant le plus emblématique est Joseph Nye dont la définition de la corruption, considérée comme classique par des chercheurs américains, est centrée sur les détenteurs officiels du pouvoir. Dans la même lignée, Schleifer et Vishny analysent, en 1993, la corruption comme la vente de biens publics par des fonctionnaires (*government officials*) à des fins personnelles<sup>105</sup>. Le sociologue britannique Robert Neild en 2002 introduit dans son étude le rôle de l'opinion publique influençant les normes qui font qu'à un moment et en un lieu donné, un acte peut être considéré ou non comme corrompu. Pour lui, la corruption est la violation par une personne publique, dans le but d'un gain personnel, financier ou politique, des règles de conduite qui prévalent à une époque et dans une société déterminée<sup>106</sup>.

46. Vers la même époque, plusieurs auteurs considèrent que la corruption est tolérable dans certaines circonstances. En 1965, dans un article intitulé *What is the problem with corruption ?* (« Quel est le problème avec la corruption ? »), le politologue spécialiste de l'Afrique Colin Leys, pour qui les pots-de-vin peuvent être « bons ou mauvais » selon la façon dont ils sont prodigués, explique qu'il faut se garder d'avoir une attitude moralisante qui serait incomprise par les pays récipiendaires<sup>107</sup>. James Wilson, professeur à Harvard, développe un point de vue similaire en écrivant en 1968, pour le *New York Times Magazine*, un article intitulé « *Corruption is not always scandalous*<sup>108</sup> » (« La corruption n'est pas toujours scandaleuse »).

---

<sup>104</sup> Voir en particulier Lascoume, Pierre & Nagels, Carla, *op. cit.*, p. 40 sq.

<sup>105</sup> « *The sale by government officials of government property for personal gains* », Schleifer A. & Vishny R., in « Corruption in Quarterly », *Journal of Economics*, n°3, 1993, p. 597.

<sup>106</sup> « *Corruption is the breaking by public persons, for the sake of private financial or political gain, of the rules of conduct in public affairs prevailing in a society in the period under consideration* », in Neild, Robert, *Public corruption. The dark side of social evolution*, Althem Press, London, 2002.

<sup>107</sup> Cité par Noonan Jr, John T., in *Bribes*, p. 547.

<sup>108</sup> *Ibid.*

47. À partir des années 1970, l'intérêt des chercheurs pour la corruption, en particulier ses aspects transnationaux, s'explique par les déconvenues de la période postcoloniale (on ne peut plus blâmer les anciennes puissances coloniales pour les échecs économiques et sociaux des anciens pays colonisés) et l'effondrement du communisme (dont la corruption interne explique la chute). Beaucoup des auteurs de cette époque déclarent avoir été influencés par le discours inaugural de James Wolfensohn, à la tête de la Banque mondiale en 1996 (« La corruption est un cancer »). La corruption est alors considérée comme le principal frein au développement ; les études sur les phénomènes liés à la corruption se sont démultipliées, parfois sous l'égide d'organisations internationales (ONU, Banque mondiale, FMI, GRECO) en parallèle avec un mouvement prônant le développement économique mondial et celui de la démocratie.

Précurseur de cette tendance, Stanislaw Andreski, universitaire d'origine polonaise, mais enseignant principalement à l'université de Reading, rend populaire dès 1968 le concept de kleptocratie<sup>109</sup>. Il note l'existence de corruption dans les pays communistes, sa Pologne natale en particulier, mais remarque que personne ne devient millionnaire en accumulant des « pots-de-vin ou faveurs socialistes » (*socialist handshakes*), alors que les pratiques de corruption dans un pays comme le Nigeria atteignent une ampleur telle qu'elles justifient un concept nouveau. Conséquence négative de la décolonisation, cette kleptocratie permet à un petit groupe d'individus de s'approprier les ressources naturelles d'un pays. Elle est rendue possible par la financiarisation de l'économie globale et le développement de centres financiers offshore où les produits de la corruption peuvent être dissimulés.

48. Vers la même époque, Arnold Heidenheimer<sup>110</sup> met en place une approche pluridisciplinaire et développe une nouvelle typologie de la corruption qui tient compte à la fois des règles existantes, mais aussi de la perception du public. Selon sa conception, la corruption peut être « blanche, grise ou noire<sup>111</sup> ». La corruption blanche qualifie des actes en contravention avec la loi en vigueur, mais qui sont tolérés dans la mesure où la majorité de la population n'estime pas que des poursuites soient nécessaires. La corruption grise couvre des actes illégaux dont seulement certains éléments sont considérés répréhensibles par une partie du public (fraude fiscale, par exemple). Enfin, la corruption noire désigne des actes pensés de

---

<sup>109</sup> Andreski, Stanislaw, *The African Predicament, a Study in the Pathology of Modernisation*, Michael Joseph, Londres, 1968.

<sup>110</sup> Heidenheimer, A., *Readings in Comparative Analysis on political corruption*, New York, Holt, Rinehart & Winston Inc., 1970.

<sup>111</sup> Théorie exposée par Heidenheimer Arnold J., Johnston Michael, Levine Victor T., in *Political Corruption. A Handbook*; Transaction Publishers, 1989.



façon consensuelle comme immoraux et devant par conséquent faire l'objet de poursuites judiciaires et de condamnations.

Ainsi la corruption noire, dans cette approche, correspond aux pratiques les plus graves ; elles sont ordinairement réprimées par le droit pénal. La corruption grise, quant à elle, est généralement condamnée par l'opinion publique, mais tolérée dans les milieux dirigeants. C'est le cas, par exemple, des pratiques illégales de financement des partis politiques avant 1988 en France. Pour ce qui est de la corruption blanche, elle est généralement tolérée ou considérée comme bénigne par l'ensemble de la population. Notons qu'il y a perméabilité entre les catégories et, qu'avec l'évolution des mœurs et la précision accrue de la loi, un type de comportement autrefois considéré comme « blanc » est susceptible, en fonction des pressions sociales et de l'évolution de la réglementation qui en découle, de devenir « gris », voire « noir ». Le champ de répression de la corruption aurait ainsi tendance à s'élargir progressivement.

49. Certains auteurs adoptent une approche historiographique, voire théologique, parmi lesquels John T. Noonan Jr (1926-2017). À la fois magistrat de carrière (nommé président de cour d'appel [*Circuit Court*] par le président Reagan), professeur de Droit à l'université catholique de Notre Dame (Indiana) puis à celle de Berkeley (Californie), catholique engagé (membre, appelé par le pape Paul VI, de la commission internationale d'étude sur la contraception), il est l'auteur de nombreux ouvrages<sup>112</sup> sur l'interaction entre le droit et la religion. Dans son livre *Bribes* (1984), il écrit que la notion de corruption est fondée sur un enseignement religieux. La réciprocité est la norme dans les relations humaines, mais le fait que certains types de réciprocité soient interdits ne peut provenir que d'une source transcendante. Les lois sur la corruption ont pour but de définir les limites du tabou<sup>113</sup>. Après avoir retracé l'évolution du concept de corruption de l'Antiquité à l'époque contemporaine, Noonan conclut que celle-ci continuera d'être condamnable, car fondamentalement elle trahit la confiance – la confiance étant le comportement raisonnablement et moralement attendu d'un individu. Offrir ou accepter un pot-de-vin est un acte immoral qui s'oppose à l'intérêt public général. La corruption est donc la violation d'un dogme et d'un comportement inspiré par le divin<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Par exemple *Contraception. A History of Its Treatment by the Catholic Theologians and Canonists*, Harvard, 1968. *Bribes. The Intellectual History of a Moral Idea*, California 1984. *Professional and Personal Responsibilities of the Lawyer*, Foundation Press, 1997. *The Lustre of Our Country. The American Experience of Religious Freedom*, California 1998. *Religious Freedom. History, Cases, and Other Materials on the Interaction of Religion and Government*, Foundation Press 2001.

<sup>113</sup> *Bribes*, Introduction p. XVII.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 704-705.

50. Parmi les chercheurs, politologues et historiens contemporains, il convient aussi de citer Zephyr Teachout, professeure de droit à l'université de Fordham (New York), auteur de *Corruption in America: From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United* (« La corruption en Amérique : de la tabatière de Benjamin Franklin à l'arrêt de la Cour Suprême *Citizens United* »).<sup>115</sup> Dans cet ouvrage publié en 2014, elle retrace les différentes interprétations de la corruption, principalement dans le cadre national américain, mais en tenant compte des implications en politique étrangère, et note les avancées et reculs de l'éthique dans l'histoire politique des États-Unis<sup>116</sup>.

51. D'autres chercheurs américains étudient la corruption sous un angle socio-économique, pratiquement économétrique. Susan Rose-Ackerman et Robert Klitgaard sont parmi les théoriciens de la corruption les plus influents de la fin du xx<sup>e</sup> siècle. Rose-Ackerman enseigne aux universités de Pennsylvanie, Columbia (New York) et Yale. Elle a publié de nombreux ouvrages dont, en 1978, *The Economics of Corruption: a study in political economy* (« Économie de la corruption : étude d'économie politique »), et en 1999, *Corruption and government: Causes, consequences, and reform* (« Corruption et gouvernement : Causes, conséquences, réforme ») dans lesquels elle analyse les coûts et conséquences de la corruption sur la société et le développement économique. Klitgaard, partant de la définition sociologique de Nye, publie *Controlling Corruption* (« Contrôler la corruption ») en 1988<sup>117</sup>. Il y envisage la corruption comme le résultat de situations de monopole, aggravées par l'autonomie dont disposent les dirigeants politiques, mais qui peut être contrecarrée par des mécanismes de transparence et responsabilité, selon sa formule : «  $C = M + D - A$  » soit *Corruption equals monopoly plus discretion minus accountability* (Corruption égale monopole plus discrétion moins responsabilité).

Les travaux de Rose-Ackerman et de Klitgaard, qui ont eu une grande influence sur les économistes du début du xxi<sup>e</sup> siècle, continuent d'être les bases théoriques des procédures et contrôles mis en place par les principaux organismes multilatéraux dédiés au développement économique comme la Banque mondiale et ses filiales régionales.

52. Comme l'indiquait en 2005 Mark Jorgensen, chercheur à l'Université de Californie San Diego, il serait démesuré de vouloir faire un inventaire, même partiel, de la littérature

---

<sup>115</sup> Teachout, Zephyr, *Corruption in America from Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United*, Harvard University Press, 2017.

<sup>116</sup> Zephyr Teachout est aussi connue pour avoir été en 2016 aux côtés du sénateur Bernie Sanders candidate à la vice-présidence des États-Unis.

<sup>117</sup> Klitgaard, Robert, *Controlling Corruption*, University of California Press Ltd, 1988.

scientifique sur la corruption tant les approches et interprétations sont nombreuses et diverses. Ce serait aussi éphémère, car à l'aune des changements politiques et autres, les conceptions évoluent avec d'importantes conséquences juridiques et judiciaires<sup>118</sup>. On peut toutefois essayer de dégager quelques grandes catégories selon les disciplines de spécialisation des auteurs. S'il y a ainsi des études philosophiques (définition du concept de corruption), de science politique (comment les régimes politiques deviennent corrompus), économiques (coût de la corruption) et socioanthropologiques (quelles influences et structures sociales favorisent ou freinent la corruption), Jorgensen déplore un défaut d'études transversales. Parmi les économistes, les thèmes qui émergent sont que la corruption est à la fois un coût pour la société et une atteinte à la démocratie (Elliott, 1997 ; Rose-Ackerman, 1999). Elle ralentit le développement économique et décourage les investissements (Ades et DiTella, 1997 ; Goudie et Stasavage, 1997 ; Wei, 2000 ; Wei et Wu, 2001). Plusieurs études d'économistes « empiristes » s'efforcent de chiffrer les méfaits de la corruption sur le développement économique (Wei, 2000, 2001 ; Habib et Zurawicki, 2002 ; Wilhelm, 2002). Certaines investigations montrent que les privatisations créent de nouvelles opportunités à la fois pour les opérateurs de marché, pas toujours éthiques, et les hommes politiques vénaux (Boycko *et al.*, 1996 ; Shleifer and Vishny, 1994). Certaines enquêtes analysent les réseaux du crime organisé (Kisunko, 1996 ; Shelley 1998), d'autres encore les effets corrompteurs des régimes de propriété et de fiscalité (Varèse 1997). Un bon nombre de scandales politico-financiers révélés dans les années 1990 ont eu un fort impact sur l'opinion publique : les Clinton et le scandale Whitewater aux États-Unis, les affaires de l'administration Mulroney au Canada ; les accusations contre le parti libéral au Japon ; l'opération « Mains propres » (*Mani pulite*) en Italie, etc. aiguillonnent les chercheurs de différents pays. Se développent alors des associations spécialisées, des études comparatives et des « indices de corruption ». Le plus connu de ceux-ci est le *Corruption Perception Index* développé par Transparency International et l'Université de Göttingen. Les travaux de ces groupes – la croissance des moyens de diffusion et de l'internet aidant – sont largement commentés. L'indice de Transparency, par exemple, est mis à jour chaque année et fait, à partir de 1995, l'objet de discussions et débats non seulement dans des enceintes nationales, y compris parlementaires, mais dans des réunions internationales à haute visibilité comme le forum de Davos<sup>119</sup>. Bien que la préoccupation de la corruption ait toujours existé, elle semble s'être en

---

<sup>118</sup> Farrales, Mark Jorgensen, *What is Corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate*, (Qu'est-ce que la corruption? Une histoire des études sur la corruption et les débats sur sa définition) rapport, University of California, San Diego, 2005.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 13 *sqq.*

quelque sorte accentuée depuis l'émergence du monde pluripolaire actuel voire, selon certains, depuis le renforcement de l'hégémonie américaine.

53. Plus proche de nous, une école expérimentaliste ou empiriste de chercheurs s'est surtout intéressée aux mesures à mettre en vigueur (*enforcement*) pour combattre la corruption de façon efficace. Parfois critiques envers les réglementations et politiques en place, qu'ils soient juristes, criminologistes, politologues, anthropologues ou sociologues, ils cherchent à optimiser les politiques et les procédures de prévention et de répression. Leurs travaux fournissent donc aux autorités des bases théoriques justifiant des réformes et de nouvelles politiques et procédures. Ils cherchent à trouver le calibrage idéal de la prévention et des sanctions qui permette d'amplifier leur effet dissuasif sur la corruption. Ils se fondent en général sur des prémisses généralement acceptées<sup>120</sup> : la corruption a un coût pour la société et l'impact et la motivation des corrupteurs dépendent de certaines variables. Ces chercheurs aspirent à dessiner les sanctions les plus efficaces. Dans une étude largement commentée dans les milieux universitaires américains, écrite en 1997 et rééditée en 2012, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*<sup>121</sup> (« Le contrôle des déviances dans les firmes : une analyse des régimes de responsabilité au sein des entreprises »), Jennifer Arlen et Reiner Kraakman analysent les systèmes de mise en responsabilité des entreprises. Ils identifient quatre fonctions qu'un régime efficace de lutte contre la corruption devrait encourager les firmes à mettre en place : (a) punir leurs employés coupables de fraudes ; (b) établir des systèmes préventifs ; (c) disposer d'un système de contrôle et d'enquêtes internes qui permette de dépister la corruption ; (d) convaincre les employés qu'ils s'exposent à des sanctions sévères et certaines en cas de manquement. Ils proposent ainsi un système à « responsabilité modulable<sup>122</sup> ». Kevin Davis, professeur à NYU Law School, a une approche globaliste : dès lors qu'il est admis que la corruption est un problème transnational, les régulation et coordination internationales sont nécessaires (mais pas suffisantes) pour y faire face<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> En particulier par les études de Elliott, 1977 et de Rose-Ackerman, 1999.

<sup>121</sup> Arlen, Jennifer & Kraakman, Reinier H., « *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes* » publié le 26 avril 2012, *NYU Law Review*, vol. 72, n° 1, 1997 ; *NYU Law and Economics Research Paper*, disponible sur SSRN <https://ssrn.com/abstract=11341>.

<sup>122</sup> Ils écrivent dans le résumé de leur article: *We recommend that the law impose a mixed regime on firms [...] a kind of sliding- or adjusted-form of strict liability*. (Nous aimerions que le droit impose aux sociétés un régime mixte [...] un genre de stricte responsabilité mouvante ou ajustée)

<sup>123</sup> Davis, Kevin, *Between Impunity and Imperialism. The Regulation of Transnational Bribery*, (Entre impunité et impérialisme. La réglementation de la corruption internationale), Oxford University Press, 2019.

54. Si l'ensemble de ces travaux sont la base théorique de ce que certains appelleront en France une « justice négociée<sup>124</sup> », de nombreux auteurs américains, parmi ces théoriciens empiriques, ont dénoncé non pas les principes développés par Arlen et Kraakman, mais plutôt leurs modes d'application. Ainsi en 2011, Anthony et Rachel Barkow publient *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*<sup>125</sup> (« Les procureurs dans la salle du conseil d'administration. L'utilisation du droit pénal pour réglementer la conduite des sociétés »), ouvrage collectif (Jennifer Arlen était l'un des contributeurs) dont les auteurs dénoncent certains excès, en particulier le pouvoir discrétionnaire des procureurs. Brandon Garrett, professeur de droit criminel à Duke University (Atlanta, Géorgie) est connu pour ses écrits dénonçant les biais des procédures américaines (en particulier en matière de peine de mort). Il publie, en 2014, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*<sup>126</sup> (« Trop important pour aller en prison. Comment les procureurs transigent avec les sociétés »), dans lequel il dénonce l'indulgence de la justice à l'égard des criminels en col blanc. Peter Reilly, professeur de droit à l'université A&M au Texas, est l'auteur de nombreux articles où il critique les pratiques de mise en œuvre de la législation FCPA et les procédures de résolutions négociées<sup>127</sup>. Tous ces auteurs, souvent médiatiques et consultés par les juristes du Congrès et les associations professionnelles, exercent une discrète mais bien réelle influence.

55. Bien entendu les auteurs anglo-saxons ont des émules de langue française. Depuis des siècles, la littérature française a exploité le thème de la corruption. On peut certes penser, entre autres, aux fictions des romanciers du XIX<sup>e</sup> siècle depuis Maupassant (*Bel-ami*), Zola (*L'Argent*, *Germinal*, *Au Bonheur des dames*), Balzac (*La Comédie humaine*), mais également à des œuvres antérieures comme celles de Montesquieu (*Les Lettres persanes*), de Laclos (*Les Liaisons dangereuses*), de Marivaux (*Le Paysan parvenu*), en passant par les fabliaux du Moyen Âge et les comédies de Molière<sup>128</sup>. Mais jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, les études scientifiques en

<sup>124</sup> Voir en particulier Garapon, A. & Servan-Schreiber, Pierre, *Deals de Justice*.

<sup>125</sup> Barkow, A & R, *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, NYU Press, 2011.

<sup>126</sup> Garrett, Brandon, *Too Big to Jail. How prosecutors compromise with corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

<sup>127</sup> Par exemple, « *Corporate Deferred Prosecution as Discretionary Injustice* » (L'injustice discrétionnaire du report de la poursuite des sociétés), 2017, <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1867&context=facscholar> et « *Incentivizing Corporate America to Eradicate Transnational Bribery Worldwide. Federal Transparency and Voluntary Disclosure under the Foreign Corrupt Practice Act* », (Comment inciter les sociétés américaines à éradiquer la corruption transnationale dans le monde) 2015, disponible sur <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1870&context=facscholar>.

<sup>128</sup> Cette liste non exhaustive reprend celle d'un appel à contribution pour un colloque international les 11 et 12 décembre 2019 par la Faculté des Sciences humaines et sociales de Tunis sur le thème : « La corruption

français sont rares. Dans un article publié en 2012, Oasis Kodila Tedika, chercheuse francophone de l'université de Kinshasa, écrivait : « À notre connaissance, rarissimes sont les revues de la littérature en français sur la corruption<sup>129</sup>. » Dans sa bibliographie d'une centaine d'ouvrages et articles, trois seulement sont en français.

56. Ce sont les sociologues français qui ont commencé à s'intéresser scientifiquement à la corruption : on peut citer Michel Foucault (*Surveiller et punir*, 1975) qui fit figure de précurseur, Gilles Favarel-Garrigues qui est aussi spécialiste de la Russie (*Les Sentinelles de l'argent sale ; Les banques aux prises avec l'anti-blanchiment*, 2009<sup>130</sup> ; *L'Horizontale du pouvoir ; Droit, force et renseignement dans l'exécution des décisions de justice en Russie*<sup>131</sup>), les époux Michel Pinçon et Monique Pinçon-Charlot (*Voyage en grande bourgeoisie ; Les Ghettos du gotta*) et Pierre Lascombes (*Sociologie des élites délinquantes*).

Des journalistes ou cadres reconvertis, plus ou moins diligents, ont trouvé dans les affaires de corruption un « filon » qui permet d'écrire (et de vendre) articles et livres, souvent teintés d'antiaméricanisme, destinés à un large public. Deux exemples récents dans cette catégorie : *Le Droit, nouvelle arme de guerre économique. Comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes* d'Ali Laidi (2019) et *Le Piège américain. L'Otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique raconté* de Frédéric Pierrucci avec Mathieu Aron (2019).

Les juristes, économistes et politologues français écrivent dans leur langue mais aussi en anglais sur des sujets liés à la corruption et leurs ouvrages sont lus à l'étranger. De nos jours, tous les manuels utilisés dans l'enseignement du droit ou de l'économie dans les universités françaises traitent de la corruption. En fait, un effort de réflexion sérieux avait déjà été engagé depuis plusieurs années par des juristes progressistes, tels Laurent Cohen-Tanugi<sup>132</sup>, auteur de livres (par exemple *Les Sentinelles de la liberté : l'Europe et l'Amérique au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle* en 2003) et d'articles analysant comment des pays de systèmes juridiques et politiques différents peuvent coopérer.

---

dans la littérature et l'histoire des idées ». Voir : [https://www.fabula.org/actualites/la-corruption-dans-la-litterature-et-l-histoire-des-idees\\_90788.php](https://www.fabula.org/actualites/la-corruption-dans-la-litterature-et-l-histoire-des-idees_90788.php).

<sup>129</sup> *Aperçu empirique sur les causes de la corruption*, MPRA Munich, p. 2, 21 septembre 2012, [https://mpra.ub.uni-muenchen.de/41484/1/MPRA\\_paper\\_41484.pdf](https://mpra.ub.uni-muenchen.de/41484/1/MPRA_paper_41484.pdf).

<sup>130</sup> Favarel-Garrigues, Gilles, Godefroy, Thierry & Lascombes, Pierre, *Les Sentinelles de l'argent sale. Les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, Paris, La Découverte, 2009.

<sup>131</sup> <https://www.researchgate.net/publication/287029763>.

<sup>132</sup> Il a notamment publié *Le Droit sans l'État* en 1985, réédité en 2007.

Parmi les universitaires, dont nous ne pouvons citer ici que quelques noms, beaucoup écrivent sur les différentes facettes de la corruption et phénomènes liés : Mireille Delmas-Marty, qui a créé l'Association de recherches pénales internationales, a dirigé de 1984 à 2021<sup>133</sup> la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* ; Louis d'Avout et Sylvain Bollée, professeurs de droit, respectivement à Paris 1 et 2, publient annuellement depuis 2007 un *Panorama du Droit du commerce international* ainsi que de nombreux articles et organisent des colloques internationaux<sup>134</sup> ; Marie-Anne Frison-Roche considère la lutte contre la corruption comme un élément de ses travaux sur la régulation ; Thierry Philipponnat s'intéresse au phénomène de capture ; Astrid Mignon Colombet se penche sur la création d'un nouveau paradigme et sur le changement correspondant du rôle de l'avocat ; Régis Bismuth analyse les questions d'extraterritorialité.

57. Édiles et magistrats, quelle que soit leur nationalité, écrivent souvent mémoires et réflexions. Même si leurs œuvres ne concernent pas directement la corruption, elles montrent les différents traitements réservés aux affaires de corruption. Du côté américain, Stephen Breyer, juge à la Cour Suprême, est l'auteur de nombreux articles et ouvrages qui traitent du rapport entre le droit américain et les autres juridictions, en particulier *The Court and The World*, dont la version française, parue en 2015 et intitulée *La Cour Suprême, le droit américain et le monde*<sup>135</sup> est préfacée par Guy Canivet, président honoraire de la Cour de cassation et membre du Conseil constitutionnel. On se doit aussi de citer certains articles du juge Jed S. Rakoff<sup>136</sup> et le livre de Preet Bharara<sup>137</sup>, ancien procureur général (*District Attorney*) du New York Southern District, où se trouvent le siège de nombreuses institutions financières, qui sont pleins d'enseignements. Du côté français, retenons les écrits sur la justice de gardes des Sceaux comme Robert Badinter<sup>138</sup> ou Éric Dupont-Moretti<sup>139</sup> ou de magistrats tels Éric Alt<sup>140</sup>, François Falletti<sup>141</sup> et Eva Joly<sup>142</sup>.

<sup>133</sup> Elle est décédée le 12 février 2022.

<sup>134</sup> Par exemple, avec le Club des Juristes.

<sup>135</sup> Breyer, Stephen, *La Cour Suprême, le droit et le monde*, Odile Jacob, Paris, 2015.

<sup>136</sup> Voir en particulier ses articles dans le périodique *New York Review of Books*, <https://www.nybooks.com/search/page/2/?s=rakoff>.

<sup>137</sup> Bharara, Preet, *Doing Justice: A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of the Law*, (Réflexions d'un procureur sur le crime, la punition et le droit), Vintage Press, New York, 2019.

<sup>138</sup> Badinter, Robert, *Les Épines et les Roses*, Fayard, Paris, 2011.

<sup>139</sup> Connu pour ses propos tranchés et médiatiques, il est notamment l'auteur de *Bête noire* et *Directs du droit*, écrits avec le journaliste Stéphane Durand-Souffland, J'ai lu Flammarion, 2016 et 2018.

<sup>140</sup> Alt, Éric (avec Luc, Irène), *La Lutte contre la corruption*, PUF, Paris, 2017.

<sup>141</sup> Falletti, François, *Confidences d'un procureur général*, Michel Lafon, Paris, 2016.

<sup>142</sup> Joly, Eva, *Notre Affaire à Tous*, Folio Documents, 2002.

58. Il existe ainsi une très vaste littérature scientifique, principalement en anglais, sur la corruption. Ce thème intéresse aussi de plus en plus les chercheurs francophones. Une recherche sur le site de Thèses France<sup>143</sup> montre qu’au cours des cinq dernières années (2015 à 2020), 2 258 thèses de doctorat ayant trait à la corruption ont été soutenues dans les universités françaises, dont 143 à Paris 1. L’ensemble de ces thèses en français démontre un effort de recherche qui se répartit sur plusieurs disciplines avec 221 thèses pour le droit sous ses diverses branches (public, privé, criminel) ; 183 pour les sciences économiques et de gestion ; 111 pour l’histoire et 102 pour la sociologie. Les autres disciplines de recherche incluent la psychologie, les études anglophones, l’ethnologie et l’anthropologie sociale, la littérature générale et comparée, les sciences politiques et la géographie. Cette diversité souligne bien la multiplicité des approches envisageables pour étudier la corruption.

En plus de la littérature scientifique traditionnelle, nous avons aussi bénéficié d’autres sources d’information.

59. De nombreux cabinets juridiques, américains en particulier, publient régulièrement des articles sur la corruption transnationale. Ces documents peuvent prendre la forme d’alertes, de messages ponctuels de quelques pages destinées primordiallement à leurs clients, mais généralement disponibles sur les sites des firmes dans le cadre de leurs activités professionnelles. De plus, les barreaux américains exigent de leurs membres qu’ils accumulent un nombre minimum de « crédits » par an, au titre des activités de formation permanente. Celles-ci incluent les participations et interventions à des séminaires spécialisés, mais aussi la rédaction d’articles de synthèse et études. Les plus intéressantes sont les études approfondies de synthèse rédigées par des équipes d’avocats et experts où les jeunes collaborateurs (*associates*), souvent récemment diplômés des universités de droit, sont chargés de la première rédaction sous la surveillance et responsabilité d’avocats plus expérimentés (*partners*, associés-gérants). Elles sont habituellement publiées dans le cadre des *practices* (départements spécialisés) des cabinets juridiques. Ces derniers, ainsi que les grandes sociétés cotées en bourse, peuvent compter plusieurs milliers de juristes spécialisés. De nos jours, ces départements spécialisés sont importants, tant du point de vue de leurs effectifs que des revenus générés. Les cabinets d’avocats spécialisés dédiés aux cas d’infractions au FCPA produisent une abondante littérature et tout chercheur ayant accès à un ordinateur peut ainsi consulter un très vaste nombre d’études. Parmi les cabinets qui produisent régulièrement des études

---

<sup>143</sup> Recherche sur le thème « corruption » effectuée en ligne le 8 juin 2020.



d'excellente qualité et dont nous avons consulté les sites, citons, par ordre alphabétique, Baker Mckenzie, Debevoise Plimpton, Fried Frank, Gibson Dunn, Orrick, Patterson Bellknap, Skadden Arps, Sullivan Cromwell, White and Case, Winston Strawn<sup>144</sup>.

60. La documentation officielle qui inclut les textes législatifs et réglementaires, les rapports parlementaires ou d'agences spécialisées et souvent des dossiers par thèmes, est facilement consultable sur les portails d'organismes gouvernementaux ou internationaux.

Les sites internet constituent pour le chercheur moderne une ressource très utile à la fois pour se maintenir informé de l'actualité juridique et pour des recherches de fonds ou ponctuelles. Les sites les plus régulièrement utilisés dans le cadre de nos travaux sont ceux du Département de la Justice (DOJ)<sup>145</sup>, de la Cour Suprême, de la SEC, de la Federal Reserve et du Département du Trésor. En France, plusieurs sites officiels offrent une navigation aisée : ministère de la Justice<sup>146</sup>, Légifrance<sup>147</sup>, Conseil d'État<sup>148</sup>, Cour de cassation, CNIL, AMF, ACPR. Au niveau européen, le site Europa<sup>149</sup> est très complet et offre des liens vers les autres organismes européens. Les portails des institutions supranationales (Nations Unies<sup>150</sup>, OCDE<sup>151</sup>, Conseil de l'Europe<sup>152</sup>) permettent d'avoir facilement accès à des informations, y compris statistiques, pertinentes. La consultation de l'encyclopédie collaborative en ligne Wikipédia permet d'avoir des explications synthétiques, de vérifier et d'actualiser concepts et données.

En plus des sites des universités, archives judiciaires numérisées, revues juridiques (plusieurs milliers aux États-Unis), grands cabinets d'avocats, nous avons consulté associations, ONG et centres de réflexion (Transparency, Sherpa, ACOR, Grasco, Club des Juristes), portails d'information et de recherche juridique spécialisées comme Dalloz, Lextenso, Lexis Nexis, ACAMS et d'autres. Certains sites spécialisés sur le droit, la régulation ou la corruption sont de précieuses sources d'information. Citons dans cette catégorie, en France, MAFR<sup>153</sup>, le site de la professeure Marie-Anne Frison-Roche consacré plus particulièrement au droit de la

---

<sup>144</sup> Les cabinets juridiques américains sont généralement désignés sous forme abrégée par les noms des deux fondateurs ou principaux associés-gérants (*partners* ou *senior partners*).

<sup>145</sup> <https://www.justice.gov/>.

<sup>146</sup> <http://www.justice.gouv.fr/>.

<sup>147</sup> [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr).

<sup>148</sup> <https://www.conseil-etat.fr/>.

<sup>149</sup> <http://europa.eu>.

<sup>150</sup> <https://www.unodc.org/unodc/>.

<sup>151</sup> <https://www.oecd.org/corruption-integrity/>.

<sup>152</sup> <https://www.coe.int/fr/web/greco>.

<sup>153</sup> <https://mafr.fr/en/presentation/>.

régulation, et, aux États-Unis, le *Clearing House*<sup>154</sup> de la Stanford Law School<sup>155</sup> qui publie des bases de données actualisées et complètes sur les actions liées au FCPA ainsi que des études sur ce thème.

61. Enfin les accusations, souvent entendues en France, d'impérialisme juridico-économique américain dans le but d'acquérir à bon prix les fleurons de l'industrie française, ont été un aiguillon supplémentaire motivant nos recherches et la rédaction de cette thèse.

Comme on le voit, il y a surabondance de documentation lorsqu'on étudie la corruption et la liste des sources d'information et d'inspiration ci-dessus n'est pas exhaustive. Compte tenu de notre sujet, nous nous sommes efforcés de faire des choix aussi judicieux que possible et, nous fondant principalement sur les conseils de professeurs et magistrats, nous avons essayé de minimiser la part du subjectif et d'être raisonnablement complet.

## B. LA QUESTION ORIGINELLE : LES ENTITÉS FRANÇAISES (OU EUROPÉENNES) SONT-ELLES INDÛMENT CIBLÉES PAR LES AUTORITÉS AMÉRICAINES ?

62. L'interrogation au point de départ de cette thèse a été de savoir si, comme le répètent des rapports parlementaires et certains auteurs, les sociétés européennes, et particulièrement françaises, ont été spécifiquement ciblées par les autorités américaines. Comme nous l'expliquerons en détail, les poursuites aux États-Unis contre les entreprises et banques dans le cadre de la lutte contre la corruption transnationale et les violations des régimes de sanctions économiques sont essentiellement de la compétence du Département de la Justice (DOJ), qui peut engager des poursuites pénales de son propre chef ou sur les recommandations des services du Département du Trésor (DOT) et de la Securities and Exchange Commission (SEC), l'équivalent américain de l'Autorité des Marchés Financiers en France.

Pour répondre objectivement à la question, il convient dans un premier temps de distinguer les pénalités dues à des violations de la législation anticorruption, principalement le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de celles provenant de la violation des régimes de sanctions économiques administrés par l'Office of Foreign Assets Control (OFAC), un bureau du DOT, puis d'analyser les raisons profondes expliquant l'ampleur de certaines pénalités.

---

<sup>154</sup> Centre d'information et d'échanges.

<sup>155</sup> <http://fcpa.stanford.edu/>.

## 1. Pénalités au titre du FCPA

63. Le « Top Ten » du *FCPA Clearing House* donne la liste des groupes mondiaux ayant payé les plus larges pénalités au Trésor américain :

Figure 4 - Liste des groupes mondiaux ayant payé les plus fortes pénalités<sup>156</sup>

| Largest U.S. Monetary Sanctions By Entity Group |  | Largest Monetary Sanction (U.S.) ▾ |
|-------------------------------------------------|--|------------------------------------|
| Odebrecht S.A.                                  |  | \$ 3,557,626,137                   |
| The Goldman Sachs Group, Inc.                   |  | \$ 2,617,088,000                   |
| Airbus SE                                       |  | \$ 2,091,978,881                   |
| Petroleo Brasileiro S.A. - Petrobras            |  | \$ 1,786,673,797                   |
| Telefonaktiebolaget LM Ericsson                 |  | \$ 1,060,570,832                   |
| Telia Company AB                                |  | \$ 965,604,372                     |
| Mobile Telesystems Public Joint Stock Company   |  | \$ 850,000,400                     |
| Siemens Aktiengesellschaft                      |  | \$ 800,002,000                     |
| VimpelCom Ltd                                   |  | \$ 795,326,798                     |
| Alstom S.A.                                     |  | \$ 772,291,200                     |

Le tableau ci-dessus (consulté en ligne le 26 mai 2022) n'inclut pas les pénalités payées à des autorités non américaines (ce qui placerait la société européenne Airbus en première place), mais permet d'évaluer s'il y a ou non ciblage.

Nous constatons les faits suivants :

- Sur les dix groupes les plus lourdement pénalisés, huit ne sont pas américains.

Mais :

- Deux groupes brésiliens figurent en première et quatrième position ;
- Les groupes européens constituent la majorité de la liste ;
- La société française Alstom n'arrive qu'en dixième position dans la liste.

<sup>156</sup> Voir : <https://fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html>.

64. Bien que préoccupants d'un point de vue européen, ces résultats ne permettent toutefois pas d'affirmer l'existence d'un ciblage systématique. Cette impression se trouve d'ailleurs confortée si l'on observe l'ensemble des peines prononcées par les autorités américaines depuis l'entrée en vigueur de leur principale loi contre la corruption transnationale. En effet, d'après la même source, de 1977 à la fin de 2021, les autorités américaines ont procédé à 688 *enforcement actions* (procédures aboutissant à une sanction), soit 437 pour le DOJ et 251 pour la SEC<sup>157</sup>. Sachant que les entités américaines (*domestic*) figurent pour 61 % des personnes morales ou naturelles visées dans ce total, les « étrangères » (*foreign*) – incluant les entreprises françaises et européennes – représentent donc 39 % du nombre total des poursuites<sup>158</sup>. La notion d'un ciblage se trouve donc infirmée.

65. De plus, les autorités **non américaines** auraient perçu plus de \$13,4 milliards au titre de poursuites déclenchées aux États-Unis<sup>159</sup> rapportés à un total, collecté aux États-Unis, de \$28,2 milliards<sup>160</sup>. En effet, les pénalités susceptibles d'être perçues dans le cadre de la législation et réglementation américaines sont sensiblement plus élevées que dans les autres juridictions. Cela a conduit les régulateurs américains à accepter de partager le produit des amendes infligées au titre de violations du FCPA ou d'autres lois sur la corruption avec leurs homologues étrangers, du moins ceux qui coopèrent aux investigations. Ainsi se développe une coopération mutuellement avantageuse. Par exemple, les poursuites pour actes de corruption contre le groupe international d'origine allemande Siemens, en 2008, ont abouti à des pénalités monétaires de \$800 millions versées aux États-Unis, mais les autorités allemandes, qui ont mené leur enquête en coopération avec le DOJ, ont également perçu des amendes d'un montant légèrement supérieur, le total des sommes versées s'élevant à plus de \$1,6 milliard. Siemens a donc payé, dès 2008, à la suite d'accords entre parquets américain et allemand, des amendes pour faits de corruption d'un montant supérieur à celui de son concurrent français Alstom. À la suite d'accords entre le DOJ et le Parquet national financier (PNF) sur l'organisation de poursuites contre la banque française Société générale en 2018 et le groupe européen Airbus en 2020, le Trésor français a été le bénéficiaire du produit de substantielles amendes. Nous reviendrons en détail sur ces cas spécifiques.

---

<sup>157</sup> Voir: <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>, *DOJ and SEC Enforcement Actions per Year*.

<sup>158</sup> Voir: <https://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>.

<sup>159</sup> Voir : <https://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>, « \$13,411,257,337: Monetary Sanctions Paid to Foreign Governments in FCPA-related Enforcement Actions. » Ce montant couvre les sommes versées jusqu'à la fin mars 2022.

<sup>160</sup> Voir le site FCPA Clearinghouse sous la rubrique « *Total and Average Sanctions Imposed on Entity Groups per Year* » dans la catégorie « *Statistics and Analytics* »: <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=2>.

66. Lorsqu'en décembre 2014, Alstom se résout à verser aux autorités américaines une pénalité s'élevant à \$772,29 millions, on parle en France « d'amende record<sup>161</sup> ». Pourtant, si le montant paraît extraordinairement élevé par rapport aux peines encourues par les entreprises en France et en Europe, il ne semble pas particulièrement élevé à l'aune des pénalités réclamées contre les entreprises par la justice américaine pour des infractions ou manquements graves. Ainsi un relevé des amendes ou accords judiciaires (*settlements*) les plus importants, en termes de montant, indique que plusieurs entreprises aux États-Unis ont été contraintes de régler des amendes ou compensations bien supérieures au cas d'Alstom :

- en 1998, dans le cas du Tobacco Settlement d'un montant de \$246 milliards, sept sociétés qui distribuent des cigarettes sont obligées de financer (sur une période de 25 ans) un fonds spécial (voir le Tobacco Master Settlement Agreement)<sup>162</sup> pour la réhabilitation des fumeurs ; même en considérant le montant moyen par entreprise de \$35,3 milliards<sup>163</sup>, on est bien au-delà des sommes versées par Alstom ou BNP Paribas ;
- en 2015, l'entreprise BP (British Petroleum) est contrainte de s'engager à hauteur de \$20,8 milliards pour liquider des contentieux et financer un fonds de compensation à la suite de l'accident et de la catastrophe écologique causée par l'explosion d'un puits de pétrole (Deep Horizon disaster<sup>164</sup>) ;
- en 2014, Bank of America doit déboursier des pénalités à raison de \$16,65 milliards, pour fraudes sur des produits financiers ayant conduit à la crise financière des *subprimes*<sup>165</sup>.

Nous évoquerons dans le cadre de cette thèse les amendes imposées à BNP Paribas (\$8,9 milliards) et à Airbus (\$4 milliards)<sup>166</sup> et montrerons que les montants des pénalités sont en concordance avec les pratiques et la jurisprudence américaines.

<sup>161</sup> Voir « Alstom écope d'une amende record aux États-Unis pour corruption », *Challenges*, 22 décembre 2014, [https://www.challenges.fr/entreprise/corruption-alstom-paie-une-amende-record-de-772-millions-de-dollars-aux-etats-unis\\_52608](https://www.challenges.fr/entreprise/corruption-alstom-paie-une-amende-record-de-772-millions-de-dollars-aux-etats-unis_52608).

<sup>162</sup> L'accord peut être consulté sur le site [https://web.archive.org/web/20080625084126/http://www.naag.org/backpages/naag/tobacco/msa/msa-pdf/1109185724\\_1032468605\\_cigmsa.pdf](https://web.archive.org/web/20080625084126/http://www.naag.org/backpages/naag/tobacco/msa/msa-pdf/1109185724_1032468605_cigmsa.pdf).

<sup>163</sup> Montant global de \$247 milliards divisé par 7 groupes concernés.

<sup>164</sup> Voir le portail du DOJ, « *U.S. and Five Gulf States Reach Historic Settlement with BP to Resolve Civil Lawsuit Over Deepwater Horizon Oil Spill* », <https://www.justice.gov/opa/pr/us-and-five-gulf-states-reach-historic-settlement-bp-resolve-civil-lawsuit-over-deepwater>.

<sup>165</sup> Voir le portail du DOJ, « *Bank of America to Pay \$16.65 Billion in Historic Justice Department Settlement for Financial Fraud Leading up to and During the Financial Crisis* », <https://www.justice.gov/opa/pr/bank-america-pay-1665-billion-historic-justice-department-settlement-financial-fraud-leading>.

<sup>166</sup> Voir ci-dessous le chapitre « Les crises récentes : conflits et résolutions ».

67. Comme l'indique expressément le DOJ dans un communiqué de presse publié le 22 décembre 2014 lors de l'annonce de la pénalité imposée à Alstom, la somme résulte du manque de coopération des dirigeants de l'entreprise à l'égard des autorités américaines<sup>167</sup>. Or, selon le *FCPA Clearing house*, 42 % des entités visées pour infractions au FCPA se sont autodénoncées<sup>168</sup> et un accord de type PDA (*Pretrial Diversion Agreement* soit un NPA ou DPA) a été négocié avec le DOJ dans 75 % des cas de poursuites, ou, avec la SEC, dans 93 % des cas<sup>169</sup>. Toujours selon cette source, le montant moyen de l'amende est de \$92,5 millions lorsque l'entité s'autodénonce contre \$240,1 millions dans les autres cas<sup>170</sup>. Les groupes qui ne coopèrent pas avec les autorités (la plupart étant des sociétés étrangères) payent ainsi des pénalités en moyenne 2,6 fois plus fortes que celles qui coopèrent (pour la plupart des sociétés américaines). Il y a ainsi un fort encouragement à coopérer pour minimiser l'amende. Ainsi le montant relativement plus élevé des amendes imputées aux entités non américaines, et notamment européennes et françaises, s'explique par deux facteurs principaux :

- le montant et la durée des infractions (qui sont pris en compte dans le calcul des pénalités),
- le manque de coopération que ces sociétés ont démontré à l'égard des enquêteurs.

## **2. Pénalités au titre de violation des régimes de sanctions économiques**

68. Ces pénalités, comme nous le verrons<sup>171</sup>, ne sont pas des moyens de lutte contre la corruption transnationale *stricto sensu*, mais plutôt des instruments de politique étrangère économique. En cas de violation de la législation en vigueur, les autorités américaines imposent, pratiquement sans contrôle judiciaire, de très lourdes amendes. Celles-ci peuvent toucher des sociétés industrielles et commerciales impliquées dans des importations ou exportations considérées comme illégales. Or, plutôt que de lancer des investigations sur les exportateurs ou importateurs eux-mêmes, il est plus efficace pour les autorités de poursuite de concentrer leurs

<sup>167</sup> Voir le portail du DOJ, « *Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges* », <https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery>.

<sup>168</sup> Voir « *Key statistics from 1977 to Present* », <https://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>.

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> Voir « *Average sanctions per corporations that voluntary disclose and don't disclose* », <https://fcpa.stanford.edu/index.html>.

<sup>171</sup> Voir plus loin la section « Les régimes des sanctions économiques » dans le chapitre « “Des moyens de poursuite efficaces : la ‘justice négociée’ (1<sup>re</sup> partie, titre 2, chapitre 2). »

investigations sur les intermédiaires financiers, notamment les banques, qui sont déjà soumises à de nombreux contrôles prescrits par les lois américaines.

Il est plus difficile de trouver des statistiques consolidées et fiables que pour le FCPA car il est nécessaire de consulter plusieurs bases de données. Nous utiliserons toutefois dans le cadre de notre étude le tableau récapitulatif que nous avons élaboré à partir de plusieurs sources et dont on trouvera une discussion plus détaillée en seconde partie de cette thèse.

*Figure 5 - Principales pénalités levées au titre des sanctions économiques (OFAC) de 2009 au 30 juin 2021*

| <b><u>Année</u></b> | <b><u>Banque</u></b>     | <b><u>Pénalité</u></b> | <b><u>Pays concernés</u></b>             |
|---------------------|--------------------------|------------------------|------------------------------------------|
| 2009                | Crédit Suisse            | \$536 millions         | Iran, Soudan, Libye, Birmanie, Cuba      |
|                     | Lloyd's                  | \$350 millions         | Iran, Soudan                             |
|                     | ANZ                      | \$5,75 millions        | Cuba, Soudan                             |
| 2010                | ABN Amro                 | \$500 millions         | Cuba, Iran, Libye, Soudan                |
|                     | Barclays                 | \$298 millions         | Birmanie, Cuba, Iran, Libye, Soudan      |
| 2012                | Standard Chartered       | \$667 millions         | Birmanie, Iran, Libye, Soudan            |
|                     | ING                      | \$619 millions         | Birmanie, Cuba, Iran, Libye, Soudan      |
|                     | HSBC                     | \$375 millions         | Birmanie, Cuba, Iran, Libye, Soudan      |
|                     | National Bk of Abu Dhabi | \$0,9 million          | Soudan                                   |
| 2013                | Bank of Tokyo Mitsubishi | \$250 millions         | Birmanie, Iran, Cuba, Soudan             |
|                     | Royal Bank of Scotland   | \$100 millions         | Birmanie, Cuba, Iran, Libye              |
| 2014                | BNP Paribas              | \$8,9 milliards        | Soudan, Iran, Cuba                       |
|                     | Bk. of Tokyo Mitsubishi  | \$315 millions         | Iran                                     |
|                     | Bank of America          | \$17 millions          | Divers pays (Financement de stupéfiants) |
|                     | Bank of Moscow           | \$8,5 millions         | Iran                                     |
| 2015                | Commerzbank              | \$1,4 milliard         | Iran, Soudan                             |
|                     | Crédit Agricole          | \$787 millions         | Cuba, Birmanie, Iran, Soudan             |
|                     | Deutsche Bank            | \$258 millions         | Iran                                     |
|                     | Clearstream              | \$152 millions         | Iran                                     |
| 2016                | Barclays                 | \$2, 48 milliards      | Zimbabwe                                 |

| <b><u>Année</u></b> | <b><u>Banque</u></b>            | <b><u>Pénalité</u></b> | <b><u>Pays concernés</u></b>  |
|---------------------|---------------------------------|------------------------|-------------------------------|
| 2017                | ZTE China                       | \$1,2 milliard         | Iran, Corée du Nord           |
|                     | Toronto Dominion                | \$0,52 million         | Cuba, Iran                    |
| 2018                | Société Générale                | \$1,34 milliard        | Cuba, Iran, Soudan            |
|                     | JP Morgan Chase                 | \$5,6 millions         | Cuba, Iran                    |
| 2019                | Standard Chartered              | Plus de \$1 milliard   | Iran, Zimbabwe et autres pays |
|                     | UniCredit                       | \$1,3 milliard         | Iran                          |
|                     | British Arab Commercial Bk.     | \$4 millions           | Soudan                        |
| 2020                | National Commercial Bk., Jeddah | \$0,66 million         | Syrie, Soudan                 |
|                     | Deutsche Bank                   | \$0,58 million         | Ukraine                       |
| 2021                | UBAF                            | \$8,5 millions         | Syrie                         |

On note ainsi que :

- les pénalités financières de \$8,9 milliards imposées à BNP Paribas en 2014 constituent bien un record pour ce type d’infraction ;
- les banques qui sont le plus souvent et lourdement condamnées sont européennes ou britanniques.

69. Comme pour les amendes au titre du FCPA, les montants des pénalités pour infraction aux régimes de sanctions peuvent s’expliquer par l’ampleur et la durée des flux financiers illégaux et par le manque de coopération avec les autorités américaines. Nous verrons plus loin, que, dans le cas de BNP Paribas, les régulateurs ont voulu « faire un exemple. »

### **3. Les raisons des fortes pénalités infligées aux banques et entreprises françaises**

70. Les fortes pénalités imposées par les autorités américaines aux banques et sociétés européennes, françaises en particulier, peuvent s’expliquer par la conjonction de trois facteurs : une méconnaissance des pratiques américaines de la « justice négociée » ; une certaine « hubris française » et la déférence des magistrats américains à l’égard de l’exécutif, en particulier les enquêteurs du DOJ.



Nous établirons dans les prochains chapitres qu'aucune disposition du droit américain n'indique une volonté systématique de pénaliser les personnes, y compris les individus non américains. Au contraire, le principe d'une loi égale pour tous est constamment répété. Pourtant notre analyse des peines encourues dans le cadre de la législation contre la corruption transnationale, et encore plus nettement pour violation des divers régimes de sanctions économiques, montre que les sociétés européennes, et principalement les banques françaises pour ce qui est des sanctions, ont été frappées particulièrement durement. Nous nous efforçons ici d'expliquer cet apparent paradoxe.

#### **a. Méconnaissance des principes et pratiques juridiques et judiciaires américains**

71. La méconnaissance des principes et pratiques juridiques et judiciaires américains s'explique par la nécessité d'opérer dans un cadre non familier et selon un système juridique fondé sur les principes de *common law*, et non ceux du droit des principaux pays d'Europe continentale qui ont pour origine le droit romain codifié. Si le principe de la règle de droit est bien reconnu de part et d'autre de l'Atlantique, la pratique et les systèmes judiciaires sont différents. Dans le système américain, le code, bien que source de droit, est un élément des décisions judiciaires parmi d'autres et le précédent juridique y joue un rôle plus important que dans le système français. Avant même la phase d'un procès éventuel, les procédures d'enquête sont différentes, pour ne pas dire opposées. Il n'existe pas de juge d'instruction aux États-Unis : il incombe à chaque partie de rechercher, de manière autonome, des preuves pour défendre son argumentation. Alors que la procédure de recherche de la vérité est, en Europe continentale, essentiellement inquisitoriale (le juge d'instruction chapeaute l'enquête et décide d'une mise en accusation ou d'un non-lieu), elle est accusatoire aux États-Unis (chaque partie est libre de présenter des éléments de preuve à un juge ou à un jury qui a une fonction d'arbitre). Ainsi en Amérique il incombe au procureur de rechercher et fournir des preuves pour étayer son accusation, ce qui explique une agressivité ou insistance plus accentuées qu'en Europe. Le système américain tend donc à la fois à rendre les enquêteurs, généralement fonctionnaires du DOJ, plus incisifs mais aussi plus ouverts à des négociations, ce qui leur permet d'éviter les risques et le temps nécessaire à la préparation d'un procès dont l'issue n'est jamais certaine.

72. Beaucoup de sociétés et de décideurs européens, décontenancés par ce système de « justice négociée », sont parfois tentés de « jouer la montre » face aux exigences de plus en plus pressantes des enquêteurs. Ils ont alors bien peu d'arguments à faire valoir si, comme c'est souvent le cas dans les affaires de corruption transnationale, les autorités de supervision

construisent progressivement un faisceau de preuves plus ou moins accablantes. Résister ou essayer de « finasser » avec les enquêteurs est une faute tactique qui risque de coûter cher. Par contraste, les entreprises américaines sont habituées, pour ainsi dire de naissance, à opérer dans le cadre juridique de la *common law* et sont en particulier familiarisées avec les procédures de *discovery*, déroutantes pour des juristes, et *a fortiori* pour des cadres d'entreprise, formés et habitués à travailler dans un cadre juridique européen. Quand un ancien cadre d'Alstom se plaint qu'aux États-Unis les enquêteurs et le procureur ont pour fonction de monter un dossier à charge<sup>172</sup>, il a raison. Mais il semble ne pas voir (ou vouloir voir) que c'est là précisément leur rôle, dans une procédure de type contradictoire dans un pays où il n'y a pas d'instruction au sens judiciaire français.

Dans la même optique, les sociétés non américaines et leurs avocats à l'étranger ont parfois du mal à comprendre l'intérêt qu'ils auraient à coopérer avec les enquêteurs dès le premier stade des investigations. Ils ne se rendent pas compte qu'ils risquent ainsi d'adopter des politiques de dissimulation qui constituent des circonstances aggravantes dans le cadre procédural américain et que leur comportement est susceptible de peser lourd au moment de l'éventuelle négociation des pénalités. Comme le résume un article paru au moment du dénouement de l'affaire BNP Paribas en 2014, la culture des régulateurs américains est différente de celle de leurs homologues français. « En France, confie l'ancien patron d'une grande banque européenne aux États-Unis, les banques sont rarement prises en flagrant délit et rarement punies. Aux États-Unis, le régulateur peut être tolérant et prêt à négocier, à condition qu'il existe un climat de confiance. S'il sent que vous lui cachez quelque chose, que vous ne faites pas vite amende honorable, il est implacable. Il ne faut pas jouer au plus malin avec lui<sup>173</sup>. »

73. À cela, il faut ajouter un élément temporel : les poursuites dans le cadre du FCPA ont été mises en place très progressivement et, pendant plus de deux décennies, uniquement à l'encontre d'entités américaines. Cela a donné du temps aux entreprises nationales pour mettre en place et tester des dispositifs adéquats. À l'inverse, beaucoup de sociétés et spécialement de banques étrangères, même en ce qui concerne leurs activités aux États-Unis, ne se sentant pas concernées, ignoraient leurs obligations légales, pourtant en vigueur depuis 1977. Ainsi, pour

---

<sup>172</sup> C'est le cas de Fredric Pierucci qui est évoqué dans le rapport Gauvain.

<sup>173</sup> Dugua, Pierre-Yves, « Washington règle ses comptes avec les banques européennes », *Figaro Économie*, 30 mai 2014, <https://www.lefigaro.fr/conjoncture/2014/05/30/20002-20140530ARTFIG00300-washington-regle-ses-comptes-avec-les-banques-europeennes.php>.

prendre une image sportive, si la lutte contre la corruption transnationale fait partie d'une compétition internationale, les entreprises américaines ont l'avantage de « jouer à domicile ».

## **b. L'hubris française**

74. L'hubris française – que les Américains non francophiles appellent « l'arrogance française » (*French Arrogance*) – est certainement un des facteurs qui a poussé certains régulateurs américains à la sévérité. Chez les Grecs, l'hubris est « tout ce qui, dans la conduite de l'homme, est considéré par les dieux comme démesure, orgueil, et devant appeler leur vengeance<sup>174</sup>. » Par extension, c'est la caractéristique d'une culture qui, s'estimant supérieure, admet difficilement les qualités ou conceptions différentes des siennes. Du côté américain, l'éducation, la formation, l'histoire et la culture en particulier au sein du DOJ ou de la SEC, contribuent sans doute à créer des mentalités de justiciers. Les enquêteurs et procureurs sont naturellement préoccupés par leur promotion ou leur image publique s'ils ont des ambitions politiques.

75. Plus grave, ignorer ouvertement les avertissements répétés des régulateurs américains, voire ceux de l'OCDE ou du GRECO, et leur rétorquer que « chez nous c'est différent » ne fait que les braquer et les confirmer dans de possibles préjugés négatifs. Pour les raisons culturelles et historiques que nous allons analyser, les procureurs et les juges américains sont particulièrement sensibles, au nom des principes sacrés de la séparation des pouvoirs et du fédéralisme, à toute velléité qui pourrait être interprétée comme une atteinte à leur indépendance. Ainsi les tentatives de certains dirigeants français de « faire intervenir » des personnalités à un niveau diplomatique ou politique le plus élevé possible, parfois de façon publique, sont mal perçues du côté américain. Elles s'avéreront d'autant plus contre-productives si les autorités françaises, ayant préalablement soutenu l'absence d'infraction, sont amenées à changer de position une fois les faits incriminés mis en évidence. Défendre

---

<sup>174</sup> *Dictionnaire Larousse*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/hubris/40563>. Cette définition est reprise dans les encyclopédies américaines, ainsi selon Merriam Webster : « *The ancient Greeks... considered hubris a dangerous character flaw capable of provoking the wrath of the gods. In classical Greek tragedy, hubris was often a fatal shortcoming that brought about the fall of the tragic hero. Typically, overconfidence led the hero to attempt to overstep the boundaries of human limitations and assume a godlike status, and the gods inevitably humbled the offender with a sharp reminder of his or her mortality.* » (Pour les Grecs de l'Antiquité... l'hubris était un défaut dangereux, susceptible de provoquer la colère des dieux. Dans le tragédie grecque classique, l'hubris menait souvent à une erreur fatale entraînant la chute du héros. Par exemple, si un héros trop imbu de lui-même tente de dépasser les limites humaines pour atteindre au divin, les dieux ne manquent pas d'humilier le coupable en lui rappelant brutalement son statut de mortel) Voir : <https://www.merriam-webster.com/dictionary/hubristic>.

publiquement bec et ongles des entités considérées comme des fleurons ou champions nationaux est une tactique qui ne paie pas aux États-Unis.

Protéger systématiquement des poursuites américaines les sociétés de son pays crée une suspicion de manque d'objectivité et suscite une perte de confiance, parfois assortie de commentaires désabusés de la presse<sup>175</sup> ou du Congrès<sup>176</sup>. Les « interventions diplomatiques » lors du règlement des contentieux dans les cas du Crédit Lyonnais (scandale Parretti et Executive Life en 2003), d'Alstom<sup>177</sup> (2013) ou de BNP Paribas (affaire Pétrole contre nourriture en 2005<sup>178</sup> et évvasion des sanctions en 2014) ont suscité des commentaires critiques de la presse américaine. Par ricochet, ces interférences ont influencé négativement les régulateurs, soucieux de démontrer leur incorruptibilité.

Certaines personnes – condamnées par la magistrature américaine – ne manquent pas de continuer à polémiquer dès leur retour en France en publiant des « mémoires » aux titres sensationnalistes<sup>179</sup>, dans lesquels ils expriment tout leur mépris pour la justice américaine, blâment publiquement leurs employeurs (donc indirectement l'État français) pour

---

<sup>175</sup> Un article du journal économique *Forbes* publié le 31 mai 2014 se concluait ainsi : « *It is sadly a fact that European banks are a mess and European regulators have been captive and ineffective. Calls for regulatory action to be watered down because of legal differences and concerns about knock-on impacts in European countries, although understandable, do sound very much like special pleading...It's not in anyone's interests for European banks to remain corrupt. In trying to clean up European banks, US regulators may be doing everyone a favor.* » (Il faut bien admettre que les banques européennes sont une vraie pétaudière et que les autorités européennes ont été inefficaces et captives. Les appels à la dilution de l'action réglementaire en raison de différences juridiques et de préoccupations quant aux répercussions sur les pays européens, bien que compréhensibles, ressemblent beaucoup à un plaidoyer spécial... Il n'est dans l'intérêt de personne que les banques européennes restent corrompues. En essayant d'assainir les banques européennes, les autorités américaines pourraient rendre service à tout le monde.)

Voir : <https://www.forbes.com/sites/francescoppola/2014/05/31/bnp-paribas-sanctions-fines-and-politics/?sh=45756d9841ca>.

<sup>176</sup> Voir par exemple les auditions au Congrès en octobre 2004 sur le scandale Pétrole contre nourriture, « *The U. N. Oil-for-Food Program. Cash Cow Meets Paper Tiger* » (Le programme pétrole contre nourriture ou la vache à cash et le tigre de papier), <https://www.congress.gov/event/108th-congress/house-event/LC14873/text?s=1&r=51>.

<sup>177</sup> Nous reviendrons en détail sur les cas Alstom et BNP Paribas (2014) dans la seconde partie de la thèse.

<sup>178</sup> Par exemple, dans une déclaration à la chaîne d'information CNN le 22 octobre 2004, le président de la commission d'enquête, Paul Volcker, indiquait en langage diplomatique que BNP Paribas, organisme payeur pour l'ensemble du programme des Nations Unies Pétrole contre nourriture, ne coopérait avec l'enquête que « jusqu'à un certain point » (*up to a point*). Selon CNN, « *While many firms the panel has contacted have cooperated, he [Paul Volcker] said BNP Paribas, a French bank at the center of money flows in the oil-for-food program, had been only "cooperative up to a point". Millions of dollars were held by BNP Paribas for the oil-for-food program, whom Volcker regarded as a client of the United Nations.* » (Tandis que beaucoup d'entreprises contactées par le panel ont coopéré, il [Paul Volcker] a déclaré que BNP Paribas, une banque française au cœur des flux d'argent du programme pétrole contre nourriture, n'avait "coopéré que jusqu'à un certain point". BNP Paribas a détenu des millions de dollars pour le programme "pétrole contre nourriture", que Volcker considère comme un client des Nations Unies.)

Voir <http://www.cnn.com/2004/WORLD/meast/10/22/iraq.oilforfood/index.html>.

<sup>179</sup> Peyrelevade, Jean (ancien dirigeant du Crédit Lyonnais), *Seul face à la justice américaine. Toute la vérité sur Executive Life*, Plon, 2006. Pierucci, Frédéric (ancien dirigeant d'Alstom), *Le Piège américain. L'Otage de la plus grande entreprise de stabilisation économique témoigne*, JC Lattes, 2019.

incompétence. Ils leur reprochent de les avoir « lâchés » face à leurs accusateurs américains<sup>180</sup>. Cette façon française de procéder contraste avec les attitudes de coopération adoptées, par exemple, par les autorités norvégiennes (Statoil, 2003), allemandes (Siemens, 2008), helvétiques (accords sur les activités américaines des banques suisses, 2014 et 2015), néerlandaises (Vimpelcom, 2016), brésiliennes (Oderbrecht, 2016), israéliennes (Teva, 2016) ou britanniques (Rolls Royce, 2017) qui, en coopérant avec les investigateurs américains en début d'enquête, garantissent à leurs sociétés nationales non seulement un traitement plus bienveillant, mais deviennent, en coordination avec le DOJ ou la SEC, coréceptiendaires des pénalités levées. Si l'on peut aisément imaginer qu'il y a eu des moments de tension lors de ces négociations, une certaine discrétion était attendue par les autorités américaines. Or, les autorités françaises ont, dans plusieurs cas, publiquement rappelé leur réprobation. On peut donc comprendre qu'au moins jusqu'à une date récente, les sociétés françaises n'aient pas eu aux États-Unis la réputation d'être des parangons de compliance.

76. Ainsi la mise en œuvre à partir de 2018 (résolution coordonnée du contentieux Société Générale), confirmée en 2020 (notamment avec le règlement du cas Airbus), d'une nouvelle approche de coopération entre autorités de poursuites françaises et américaines – que nous analyserons en détail dans notre seconde partie –, nous semble une évolution particulièrement significative et constructive.

### **c. La déférence judiciaire**

77. La « déférence judiciaire » (*Judicial Deference*) est une doctrine constitutionnelle et juridique américaine ancienne, mais dont l'invocation s'est renforcée au cours des sept dernières décennies. La doctrine émane de l'interprétation par les tribunaux de l'organisation de la séparation des pouvoirs inscrite dans la constitution. Il y a déférence judiciaire lorsque les tribunaux, jusqu'à la Cour Suprême, choisissent de ne pas utiliser leurs prérogatives de contrôle et pouvoir d'arbitrage « en déférence » aux décisions prises par des entités d'autres branches du gouvernement, soit – rarement – la branche législative (le Congrès), soit – plus souvent – la branche exécutive, c'est-à-dire le Président et les administrations/départements ministériels et agences sous son autorité. Dans le cadre de notre étude, c'est principalement la déférence à l'égard du pouvoir exécutif (qui inclut le DOJ, le DOT et la SEC) qui nous préoccupe. Des

---

<sup>180</sup> En conclusion de son livre, Jean Peyrelevade témoigne : « Je peux enfin dire tout ce que je pense tant sur les incompétences françaises que sur les pratiques détestables de la justice américaine », Voir Peyrelevade, Jean, *Seul face à la justice américaine. Toute la vérité sur Executive Life* », Plon, 2006, p. 318.

débats académiques<sup>181</sup> sont en cours pour déterminer l'origine précise de la doctrine et de la jurisprudence de la déférence, ce qui pourrait avoir une influence sur la détermination de sa portée, mais nous nous limiterons ici à quelques éléments qui touchent à la politique américaine de lutte contre la corruption transnationale.

78. La préoccupation de base pour assurer le bon fonctionnement d'un système démocratique est de préserver les libertés individuelles et la prééminence de la loi (*the rule of law*) sans nuire à l'efficacité des mesures que le pouvoir exécutif est conduit à prendre, en particulier lorsque la sécurité du pays est menacée. Lors de la guerre de Sécession par exemple, le président Lincoln a suspendu l'*habeas corpus* (garantie des libertés individuelles), ce qui créa des tensions<sup>182</sup> avec le président de la Cour Suprême, Roger Taney. On peut faire remonter l'origine du principe de déférence à une décision célèbre de la Cour Suprême de 1803, *Marbury vs Madison*<sup>183</sup> qui établit le principe de constitutionnalité des lois. La décision, rédigée par le président de la Cour, John Marshall, précise aussi que « Le Président est investi par la Constitution des États-Unis d'importants pouvoirs politiques dans l'exercice desquels il dispose d'une entière liberté et dont il ne répond que devant son pays et sa conscience<sup>184</sup>. »

Selon Stephen Breyer, juge à la Cour Suprême, « la doctrine énonce que dans certains cas la constitution ne donne pas au pouvoir judiciaire mais à d'autres branches du gouvernement le pouvoir de décider si une action est en conformité avec elle ; de cette façon les lois, y compris la constitution, ne sont pas nécessairement "silencieuses" ; elles s'appliquent toujours à l'action gouvernementale en question, mais il revient au Congrès ou au Président, non aux institutions judiciaires, d'en apprécier la légalité en fonction de la menace pesant sur la sécurité nationale<sup>185</sup>. » Bien qu'aucun cas de corruption transnationale ou de financement du terrorisme (AML FT), impliquant une violation de l'USA PATRIOT, ne soit remonté jusqu'à la Cour Suprême, on peut penser que celle-ci se refuserait à statuer « par déférence » en application de la doctrine en vigueur, laissant ainsi une large autonomie au procureur.

---

<sup>181</sup> Voir par exemple Bamzai, Aditya ; « *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation* », *The Yale Law Journal*, vol. 126, n° 4, February 2017, p. 908-1241.

<sup>182</sup> En particulier lors de l'arrestation, en 1861, d'un agitateur de Baltimore, John Merriman, à qui l'on refusa une procédure de *due process*, en principe garantie par la Constitution. Le problème fut résolu quelque mois plus tard lorsque le Congrès lui-même vota une loi suspendant l'*habeas corpus*.

<sup>183</sup> Voir sur le portail de la Cour Suprême: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), Justia US Supreme Court : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>.

<sup>184</sup> *Marbury vs Madison*, 5 US (1 Cranch) 137, p. 165 et 166 (1803).

<sup>185</sup> Breyer, Stephen, *La Cour Suprême, le droit américain et le monde*, traduction de l'ouvrage *The Court and the World, American Law and the New Global Realities*, avec une préface de Guy Canivet, Odile Jacob, 2015, p. 33.

79. Dans son livre *The Age of Deference*, le professeur David Rudestine<sup>186</sup> écrit que le consentement du judiciaire de ne pas intervenir dans les cas de sécurité nationale affaiblit la structure même de contrôles et contrepoids (*checks and balance*), centrale dans la conception constitutionnelle de répartition des pouvoirs. Selon cette approche, l'ordre constitutionnel ne repose pas seulement sur la distribution du pouvoir en trois branches égales du gouvernement, mais sur un système complexe de contrôles et contrepoids qui assume que le pouvoir exécutif n'est pas au-dessus de la loi. Il existe ainsi des limites légales aux pouvoirs des magistrats comme à ceux de l'armée ou de la police. Mais une déférence judiciaire exagérée menace donc l'ordre constitutionnel. Comme l'explique l'auteur, la tendance des tribunaux – et surtout de la Cour Suprême depuis la Seconde Guerre mondiale – a été d'éviter les différends avec le pouvoir exécutif dès que des intérêts de sécurité nationale sont en jeu. Ainsi dans une décision, depuis très décriée puis annulée, la Cour Suprême, le 18 décembre 1944, a refusé de lever l'obligation d'internement d'individus d'origine japonaise (*of Japanese descent*) alors que clairement, dans ce cas spécifique, la personne en question, Fred Korematsu, ne présentait manifestement aucune menace d'ordre militaire<sup>187</sup>. Le prévenu soutint que le décret (*executive order*) ordonnant l'évacuation et l'internement était inconstitutionnel, car reposant sur des critères raciaux et discriminatoires. Cela constituait donc une violation des cinquième (mise en accusation injustifiée) et quatorzième (égale protection par la loi de tous les citoyens) amendements de la constitution. Dans sa décision écrite par le juge Black, *Korematsu vs United States*<sup>188</sup>, adoptée par six voix contre trois, la Cour déclara comprendre les souffrances (*hardship*) que la situation avait créées pour le défendeur, dont la loyauté à l'égard des États-Unis n'était pas mise en doute. Elle affirmait cependant qu'en temps de guerre, le pouvoir exécutif peut être amené à prendre des décisions exceptionnelles. Se gardant de statuer sur le fonds, la Cour confirma la validité du décret d'internement<sup>189</sup>. Ce cas est sans doute un exemple extrême de déférence du judiciaire

<sup>186</sup> Rudestine, David, *The Age of Deference. The Supreme Court, National Security, and the Constitutional Order*, Oxford University Press Incorporated, 2016.

<sup>187</sup> Fred Korematsu, citoyen américain né en Californie et résident de longue date du comté de San Leandro, refuse pacifiquement de se soumettre à un ordre d'évacuation et d'internement en application d'un décret (*Executive Order*) signé par le président Roosevelt en 1942 ordonnant l'évacuation et l'internement de personnes d'« extraction japonaise » de certaines régions de la côte Ouest des États-Unis. Il est alors arrêté et emprisonné.

<sup>188</sup> *Korematsu vs United States*, 323 U.S. 214, 1944, Voir Justia, US Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>.

<sup>189</sup> La décision contient le paragraphe suivant : « *Korematsu was not excluded from the Military Area because of hostility to him or his race. He was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures, because they decided that the military urgency of the situation demanded that all citizens of Japanese ancestry be segregated from the West Coast temporarily, and, finally, because Congress, reposing its confidence in this time of war in our military leaders—as inevitably it must—determined that they should have the power to do just this.* » (Korematsu n'a pas été exclu de la zone militaire par hostilité envers lui ou sa race. Il a été exclu parce que nous sommes en guerre contre l'Empire japonais, parce que les autorités

devant les pouvoirs du président<sup>190</sup>. Les opinions des juges dissidents, Murphy, Roberts et Jackson, sont au moins aussi connues des étudiants en droit américains que la décision elle-même et, fait exceptionnel, celle-ci fut officiellement abrogée (*reversed*) en 1984. En 2018, dans une décision *Trump vs Hawaii*<sup>191</sup> écrite par le Chief Justice Roberts, président de la Cour Suprême, il alla jusqu'à écrire : *Korematsu was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and – to be clear – has no place in law under the Constitution* (« Le jugement Korematsu était gravement erroné le jour où il a été rendu, il a été annulé par l'histoire et – pour être clair – n'a pas sa place dans le droit issu de la Constitution. »)

80. Cependant, même en temps de paix, on peut citer plusieurs cas où les magistrats américains ont décidé de ne pas s'opposer à des actes du pouvoir qui, au minimum, semblent juridiquement contestables. Par exemple dans sa décision de 1972, *Laird vs Tatum*<sup>192</sup>, la Cour Suprême avalise la mise en place par l'armée américaine d'un système secret de surveillance ; dans sa décision, elle estime que la possibilité que ce système soit utilisé en violation du premier amendement (garantie de libre expression) n'est que « simple spéculation » (*mere speculation*) et que la plainte ne repose donc pas sur une base factuelle. Le cas fait jurisprudence dans tous les tribunaux fédéraux et, dans deux autres affaires en 2013<sup>193</sup>, la Cour ne s'estime pas habilitée à sanctionner des activités d'espionnage, même si elles visent des citoyens américains. Le même type de raisonnement se retrouve dans une décision de 2009 du tribunal fédéral pour le district Sud de New York<sup>194</sup>. De nos jours, la capacité juridique d'organismes fédéraux à surveiller les activités d'entités étrangères ou américaines n'est pas contestée, d'autant plus que, comme nous le verrons, leurs pouvoirs ont encore été augmentés par la loi AMLA de 2020 et que les dispositifs d'enquêtes et de sanctions des organismes administratifs se sont trouvés

---

militaires dûment constituées craignaient une invasion de notre côte ouest et se sont senties obligées de prendre des mesures de sécurité, parce qu'elles ont décidé que l'urgence de la situation militaire exigeait que tous les citoyens d'origine japonaise soient temporairement écartés de la côte ouest et, enfin, parce que le Congrès, faisant confiance en ce temps de guerre à nos chefs militaires - comme il le doit inévitablement - a déterminé qu'ils devaient avoir le pouvoir de faire précisément cela.)

<sup>190</sup> Le juge Black qui présidait la Cour Suprême aurait déclaré à ses collègues en privé : « *Somebody must run this war. It is either Roosevelt or us. And we cannot* » (Quelqu'un doit diriger cette guerre. Soit nous, soit Roosevelt. Et nous ne le pouvons pas), d'après les mémoires du juge Frankfurter. Cité dans Breyer, Stephen, *America's Courts Can't Ignore the World*. The Atlantic, September 2018.

<sup>191</sup> Voir [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965\\_h315.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965_h315.pdf). La décision déclare inconstitutionnel le décret du président Trump interdisant l'entrée de personnes sur le territoire des États-Unis sur la base de leur religion, ce que la presse a appelé le *Muslim Travel Ban*.

<sup>192</sup> *Laird vs Tatum*, 408 U.S. 1, 1972, voir Justia, US Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/1/>.

<sup>193</sup> *Amnesty vs Blair et Clapper vs Amnesty International*, voir Justia, US Supreme Court.

<sup>194</sup> *Amnesty International USA et al. vs McConnell et al.*, voir Justia, US Supreme Court, n° 1:2008cv06259, doc. 49, S.D.N.Y. 2009, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2008cv06259/329171/49/>.



renforcés au cours des deux dernières décennies. La mise en pratique de la doctrine de la déférence a des conséquences d'au moins trois ordres : d'une part, elle décourage les plaignants ou assujettis de demander judiciairement réparation des dommages subis, même s'ils n'ont pas commis de violation de la loi ; d'autre part les entités fédérales de régulation<sup>195</sup>, se sentant immunisées, ont tendance à développer de façon autonome leurs propres règles et leurs propres systèmes de contrôle et de sanctions sans nécessairement tenir compte d'intérêts supérieurs ; enfin, les magistrats, dans les rares cas où ils sont sollicités, « bottent en touche » en évitant de se prononcer sur le fond.

81. Le cas de Banca Privada d'Andorra (BPA) illustre bien cette situation. Le 13 mars 2015, FinCen, une entité dépendant du DOT, émet une notice qui qualifie Banca Privada d'Andorra d'institution suspectée de blanchiment (*Financial Institution of Primary Money Laundering Concern*) en application d'une procédure établie par le USA PATRIOT Act de 2001. Cette démarche revient à inscrire publiquement la banque sur une sorte de liste noire : aucune institution financière internationale ne se risquerait à être associée à des transactions ayant attiré l'attention des régulateurs américains. La démarche de FinCen s'explique, au moins en partie, par l'absence de réponse des autorités andorranes à des demandes d'information acheminées par le consulat général américain de Barcelone qui a juridiction sur la principauté d'Andorre dans le système diplomatique américain. La réaction internationale ne se fait pas attendre : des centaines de banques à travers le monde interrompent leurs relations avec BPA, et accessoirement avec les quelques autres banques opérant en Andorre, créant un incident diplomatique entre Andorre et les États-Unis. BPA, banque privée, qui voit son fonds de commerce ruiné, est contrainte à la liquidation. S'estimant spoliés, ses actionnaires, les frères Ciercos, intentent alors une action judiciaire aux États-Unis contre FinCen. Les plaignants déboutés une première fois – leur action étant considérée comme *moot* (dépassée et irrecevable) en raison de la levée de la notice de FinCen – font appel. Le processus judiciaire aboutit le 23 mai 2017 devant la Cour d'appel de Washington DC<sup>196</sup> qui les déboute à nouveau au double motif suivant :

- la banque a été liquidée par les autorités andorranes (et non américaines)
- la notice de déclaration de soupçon de blanchiment ayant été levée au bout de quelques jours (après que les autorités américaines ont reçu d'Andorre les informations demandées), les

---

<sup>195</sup> Notamment en ce qui nous concerne la SEC, la FCC, FinCen ou l'OFAC.

<sup>196</sup> L'arrêt de la cour d'appel est disponible sur [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/20EBF7E5C559BF0585258129004E8A7B/\\$file/16-5185-1676293.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/20EBF7E5C559BF0585258129004E8A7B/$file/16-5185-1676293.pdf).

plaignants n'ont pas établi le lien de causalité entre leur préjudice et l'action de FinCen ; leur démarche judiciaire s'avère donc infondée, *without standing* (sans base juridique)<sup>197</sup>.

82. Sur le plan de la doctrine, aux États-Unis la supervision et le contrôle judiciaire des agences administratives de l'État fédéral sont couverts par la notion de déférence. Cette dernière se concrétise avec la décision *Chevron* de 1984<sup>198</sup> qui établit des critères stricts pour entamer une action judiciaire contre une émanation du pouvoir exécutif. Il se développe ainsi une théorie du *standing* (capacité de poursuivre). Selon cette doctrine, les agences administratives fédérales, et par extension les entités dépendantes de l'État fédéral, ont, implicitement ou explicitement, reçu une délégation du Congrès pour édicter et faire appliquer des règles dans le cadre de leurs compétences. Elles sont donc légitimement habilitées à prononcer des sanctions administratives qui ne peuvent être examinées par le pouvoir judiciaire que si le plaignant justifie de trois conditions :

- *Injury* : le plaignant doit établir qu'il a subi un préjudice ;
- *Causation* : la plainte doit montrer qu'il y a une relation directe entre le préjudice subi et une décision de l'agence administrative ;
- *Redressability* : la procédure judiciaire ne peut être engagée que si elle permet de remédier au préjudice.

Si toutes ces conditions ne sont pas remplies, les tribunaux « défèrent » automatiquement à l'autorité de l'agence administrative. En outre, en examinant chaque cas spécifique, les tribunaux doivent procéder par étapes :<sup>199</sup>

– Évaluer si la compétence de l'agence administrative est effective pour le cas spécifique et si sa décision est ambiguë. Même si la réponse est négative, l'agence administrative peut recevoir un certain degré de déférence du tribunal en fonction de son expertise pour statuer sur le cas spécifique. Si la compétence est établie et qu'il n'y a aucune ambiguïté dans la décision de l'agence administrative, cette dernière reçoit une « déférence complète » qui clôt la procédure judiciaire.

- S'il y a ambiguïté quant à la compétence de l'agence administrative ou de sa décision,

---

<sup>197</sup> Il convient de noter que dans les deux cas les frères Ciercos sont déboutés sur des questions de procédure. En fait, une enquête a bien montré que BPA était impliquée dans des opérations de blanchiment, en particulier au Venezuela, mais les tribunaux américains ne sont pas entrés dans ces considérations. Le jugement de la cour d'appel se conclut par la phrase : « *We have no jurisdiction to hear their claims.* (La Cour n'a pas compétence pour traiter leur plainte) »

<sup>198</sup> *Chevron Inc. vs NRDC*, 467 U.S. 837, 1984, Voir Justia, US Supreme Court: *Chevron U.S.A.*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>

<sup>199</sup> Ces étapes ont été explicitées dans une décision ultérieure de la Cour Suprême : *United States v. Mead Corp.*, 533 U. S. 218, 2001, voir Justia, US Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/>.

la Cour doit s'interroger sur la « raisonnable » de la décision. Ainsi, même dans ce cas, l'agence reçoit une certaine déférence du judiciaire.

– Ce n'est que si la décision de l'agence administrative ne paraît pas raisonnable ou si elle est en conflit avec d'autres statuts ou avec la jurisprudence que la Cour peut être amenée à statuer sur le fond, mais elle est toujours tenue de prendre en compte la position de l'agence administrative<sup>200</sup>.

83. Le degré de déférence que les tribunaux sont tenus d'accorder aux agences administratives fait l'objet de débats et discussions parmi les juristes<sup>201</sup>. Toutefois, le principe de la compétence des agences administratives à énoncer des sanctions – qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de remettre en cause – est largement admis. La technicité croissante des contentieux et la nécessité de maintenir un ordre juridique et administratif efficace sont d'ailleurs bien comprises par les juristes des deux côtés de l'Atlantique. Comme le disait le vice-président du Conseil d'État dans un discours à la Sorbonne le 28 septembre 2017 : « La séparation des pouvoirs, ce n'est pas la guerre des pouvoirs ; c'est une exigence de coopération loyale entre l'exécutif, le Parlement et les autorités juridictionnelles... [Le juge] ne détient pas la plénitude des pouvoirs. Certains choix en matière économique et sociale me paraissent ainsi assez malaisément “justiciables” et donc susceptibles d'un contrôle juridictionnel... Il doit y avoir une sorte de “déférence judiciaire”, comme elle est nommée dans les pays anglo-saxons, qui est aux antipodes de l'activisme judiciaire. Si je fais référence aux pays anglo-saxons, c'est parce que ce sont les pays du monde dans lesquels la justice est certainement la plus révérée et la plus respectée<sup>202</sup>. »

84. Les raisons de la déférence judiciaire manifestée par les magistrats américains sont compréhensibles. La familiarité des régulateurs américains avec leurs propres procédures et les moyens techniques et humains dont ils disposent leur donne un avantage sur leurs homologues français. En y ajoutant la tendance française à l'hubris, on comprend que les entreprises et banques françaises ne sont pas à « armes égales<sup>203</sup> » avec les entités américaines sur le vaste terrain de la compliance et de la concurrence internationale.

---

<sup>200</sup> Notre analyse est fondée sur les commentaires du professeur de droit Dan Farber de l'université de Berkley, <https://legal-planet.org/contributor/danfarber/>.

<sup>201</sup> Voir par exemple Garvey, Todd, *The Jurisprudence of Justice John Paul Stevens: The Chevron Doctrine*, US Congressional Research Service, Washington DC, 2010, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41260.pdf>.

<sup>202</sup> Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, à l'occasion du colloque Claude Érignac sur le thème « L'État de la République : quelle démocratie pour demain ? », <https://www.conseil-etat.fr/site/actualites/discours-et-interventions/la-regle-de-droit-pour-quelle-finalite>.

<sup>203</sup> Pour reprendre l'expression du rapport Lellouche-Berger.

85. Cela ne signifie toutefois pas que les autorités américaines aient une politique systématique de pénalisation des banques ou des entreprises de l'Hexagone. Les régulateurs des États-Unis ont d'ailleurs plutôt tendance à rechercher la coopération depuis quelques années. L'arrivée au pouvoir, en 2021, d'une nouvelle administration faisant état de son désir de se rapprocher des Européens, ses alliés historiques, semble même ouvrir une « fenêtre d'opportunité ».

Afin de mettre à profit au mieux cette occasion, il convient à la fois de renforcer le cadre européen et de promouvoir le dialogue transatlantique. Cela n'implique pas un abandon de souveraineté, mais la fin de querelles stériles. Un préalable à la construction d'une nouvelle maison commune est de bien comprendre ses fondements. Une uniformisation complète des systèmes de régulation n'est ni possible ni souhaitable. C'est pourquoi il paraît indispensable d'analyser, dans un premier temps, la genèse du système juridique américain, en particulier en ce qui concerne la lutte contre la corruption, pour être, dans un second temps, apte à comparer les systèmes qui sont l'objet de notre étude afin de dégager des axes susceptibles de poser les bases d'une coopération nécessaire et bénéfique de part et d'autre.

#### **4. Contexte et plan de la thèse**

86. Pour bien comprendre comment s'exerce l'influence américaine dans la lutte contre la corruption transnationale, il faut d'abord appréhender pourquoi et comment le système états-unien s'est progressivement construit avec ses caractéristiques propres puis comment ce système gère ses relations avec les autres systèmes et leurs interactions.

87. Afin de mieux cerner les origines de notre problématique, rappelons quelques faits historiques. À la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, les *Founding Fathers*<sup>204</sup> (Pères fondateurs), imprégnés de la philosophie des Lumières et lecteurs assidus de Montesquieu, de Voltaire, John Locke, Jean-Jacques Rousseau et Thomas Paine, déclarent vouloir construire leur jeune république sur la

---

<sup>204</sup> Les Pères fondateurs sont les 57 représentants des treize colonies anglaises (futurs États formant les États-Unis), signataires de la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776. Les plus connus sont John Hancock, Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, Robert Morris, Samuel Adams et John Adams. L'expression *Founding Fathers* est parfois employée dans un sens plus large en y incluant les *Founding Framers*, signataires de la Constitution ratifiée en 1789, toujours en vigueur, et de ses documents annexes en particulier le *Bill of Rights*, document qui regroupe les dix premiers amendements à la Constitution élaborés en comité en 1787/1788 qui furent l'objet de vifs débats oraux et écrits (les *Federal Papers*) entre fédéralistes et anti-fédéralistes. Parmi les Framers, citons George Washington, Alexander Hamilton, James Madison, gouverneur Morris et John Rutledge. Sur l'histoire constitutionnelle américaine et la genèse de la République, il est possible de consulter en ligne le site des Archives nationales des États-Unis qui propose des fac-similés de tous les documents originaux et de nombreux articles sur le sujet : <https://www.archives.gov/founding-docs/more-perfect-Union>.

vertu et des principes démocratiques et permettre à chaque individu de poursuivre son « droit au bonheur<sup>205</sup> ». Ils promettent à leurs concitoyens de protéger leurs vies et leurs propriétés (y compris les esclaves) ainsi que leurs libertés dont celle de s'exprimer, mais aussi, et surtout, celle d'entreprendre grâce à un système capitaliste naissant. Durant les treize années qui suivent la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776, les États-Unis sont dans leur phase initiale une confédération d'États nominalement souverains, mais liés par un pacte d'amitié et dont l'administration et les relations sont régies par des Articles de Confédération (*Articles of Confederation*). La constitution américaine adoptée à l'issue des travaux d'une convention mandatée pour la rédiger, est ratifiée en 1789 et établit un système de gouvernement équilibré grâce à la séparation stricte des pouvoirs. Elle laisse, grâce au fédéralisme, une large autonomie aux États constitutants que sont les treize anciennes colonies britanniques : chacun de ces États met alors en place sa propre constitution. Contrairement à ce qui se passe à la même époque en France avec la Révolution jacobine puis le Consulat et l'Empire, l'objectif est d'instaurer un État décentralisé avec des pouvoirs limités. Un projet initial, finalement écarté, avait été une simple Confédération composée de treize États indépendants et souverains qui coordonneraient leurs ressources militaires et économiques pour repousser les envahisseurs possibles. On opta finalement, à la suite de débats animés<sup>206</sup>, pour une fédération décentralisée, mais où chaque État membre a son propre système judiciaire.

88. Or, pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle et une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle, une corruption endémique se répand aux États-Unis. Dans un livre intitulé *The Original Sins*<sup>207</sup> (*Les Péchés originels*), Raymond J. Sheehan, avocat spécialiste des questions d'éthique qui avait travaillé au bureau du Conseiller juridique de la Maison-Blanche<sup>208</sup>, énumère des manquements éthiques marquants du premier siècle et demi de la jeune république : pots-de-vin, corruption en bande organisée, conflit d'intérêts, trafic d'influence, détournement de fonds, concussion. Ces

---

<sup>205</sup> La Déclaration d'indépendance inclut dans son deuxième paragraphe la formule célèbre : « *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.--That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed.* » (Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont dotés par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés.)

<sup>206</sup> Ceux-ci sont consignés notamment dans les *Federalist Papers*, un échange de correspondance entre Alexander Hamilton, John Jay et James Madison en 1787/1788 qui fut publié avant la ratification de la Constitution.

<sup>207</sup> Sheehan, Raymond J., *The Original Sins, America's Fight Against Corruption in the Area of Manifest Destiny*, Xulon Press, 2016.

<sup>208</sup> *White House Counsel Office* (« bureau juridique de la présidence des États-Unis »).

défaillances sont à l'origine de nouvelles lois, mais ces dernières sont souvent mollement appliquées.

De nombreux scandales financiers impliquent des édiles, parlementaires, ministres, magistrats, généraux, voire parfois le président de la République. Parmi les scandales de cette époque, on peut citer les spéculations foncières du Yazoo (1794 à 1815) durant lesquelles le gouverneur de Géorgie, les élus et leurs hommes de paille accordèrent et revendirent des titres de propriété viciés. Un autre cas fut l'« adjudication Galphin » : elle permit à George Crawford, ministre de la Guerre en collusion avec le ministre du Trésor et le ministre de la Justice du président Zachary Taylor (1849-1850), de résoudre l'adjudication d'une succession litigieuse en échange de pots-de-vin substantiels. Plusieurs scandales marquèrent la présidence d'Ulysses S. Grant de 1869 à 1877<sup>209</sup>. Parmi ceux-ci, le plus connu est l'affaire *Credit Mobilier of America vs Union Pacific Railroad* : un montage financier frauduleux qui a enrichi parlementaires et intermédiaires véreux en permettant l'émission pratiquement sans limitation ni contrôle de titres et la surfacturation des frais de construction du premier chemin de fer transcontinental. Dans les années 1920, l'épisode du *Teapot Dome*<sup>210</sup> éclaboussa l'administration du président Warren Harding en exposant la complicité entre des magnats de l'industrie pétrolière, des membres de l'administration et certains sénateurs et journalistes aux pratiques corrompues et licencieuses.

La corruption se manifeste à tous les niveaux : fédéral, étatique et municipal. À New York, Tammany Hall est, depuis 1789, l'endroit où se trouve le siège du parti démocrate local. Le terme désigne aussi la « machine », ou le système politique, qui gère et contrôle la ville et, *de facto*, organise les services locaux (voirie, écoles, etc.) en fonction d'intérêts politiques. Le boss (patron) de Tammany Hall le plus connu est William « Boss » Tweed qui contrôla la municipalité de 1856 à 1873<sup>211</sup>. L'influence de Tammany Hall sur la municipalité perdura au moins jusqu'à l'élection du maire Fiorello La Guardia en 1934. Des « machines politiques », contrôlant durablement des municipalités apparaissent dans plusieurs grandes villes américaines<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> Par exemple le *Whiskey Ring*, dénoncé en 1875 par le journaliste Myron Colony, était un mécanisme d'évasion fiscale à grande échelle qui permettait aux distilleries, moyennant commissions aux inspecteurs et contrôleurs, de ne pas payer d'impôts sur leurs produits.

<sup>210</sup> *Teapot Dome* était le nom d'un vaste champ de pétrole dans le Wyoming qui était compris dans les réserves stratégiques des États-Unis, mais dont l'exploitation par la société Sinclair fut autorisée dans des conditions douteuses.

<sup>211</sup> Date à laquelle il fut arrêté pour escroquerie à la suite de dénonciations publiées dans le *New York Times*.

<sup>212</sup> Par exemple, à Chicago, Richard Daley contrôla la ville de 1955 à 1976 et son fils, Richard Jr., fut à son tour maire de 1989 à 2011.

89. En dépit d'une corruption transnationale mieux contrôlée depuis l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, certains historiens, universitaires et parlementaires contemporains<sup>213</sup> s'accordent à dire que la corruption *domestique* (nationale) s'est au contraire aggravée, notamment en ce qui concerne le financement des partis et des campagnes électorales. En effet, il y a moins de restrictions aux États-Unis qu'en France en ce qui concerne le financement des activités politiques. La décision *Citizens United vs Federal Election Commission* de la Cour Suprême des États-Unis en 2010, autorise, avec très peu de limitations, le financement des partis politiques par des entreprises privées.

90. Il convient aussi de garder à l'esprit la différence de conception sociétale de part et d'autre de l'Atlantique. Alors que le développement économique en France repose largement sur des initiatives, encouragements, contrôles et financements étatiques, l'expansion économique américaine va de pair avec un capitalisme, parfois débridé, fondé avant tout sur des initiatives, des intérêts et enrichissements privés. En France, c'est l'État qui, depuis la Révolution (pour ne pas remonter à Colbert) jusqu'à la V<sup>e</sup> République, encourage l'industrialisation et le développement des moyens de transport, chemin de fer puis aviation. Ainsi l'économie française (au moins jusqu'aux initiatives récentes de privatisation) se caractérise par la présence de compagnies nationales – pouvant avoir un statut public ou privé – qui dominent les activités considérées comme stratégiques, par exemple la banque, les transports aériens ou ferroviaires, la production et la distribution d'énergie ou l'aéronautique. Beaucoup des cadres dirigeants de ces entreprises sont d'anciens fonctionnaires ; les grandes banques françaises sont souvent dirigées par d'anciens inspecteurs des finances<sup>214</sup>.

Aux États-Unis, en revanche, les compagnies de transport ou d'énergie sont des entités privées et leurs dirigeants sont attachés à leur rentabilité qui permet de payer des dividendes aux actionnaires. Ce qu'on définit comme *public company* en droit américain est une entreprise dont les actions sont cotées en bourse<sup>215</sup> et soumises à la réglementation fédérale. Le rôle du gouvernement est simplement de préserver la liquidité générale des marchés et une saine concurrence. Cependant c'est à l'État qu'il revient de poursuivre les agissements criminels pour les délits assimilés à la corruption. Aux États-Unis, le rôle de l'État, qu'il soit fédéral ou fédéré,

---

<sup>213</sup> En particulier les sénateurs Elizabeth Warren et Bernie Sanders. L'historienne Zephyr Teachout, qui était candidate à la vice-présidence des États-Unis en 2016 sur le *ticket* de Bernie Sanders, analyse en détail le regain de la corruption politique dans son livre, paru en 2014, *Corruption in America*.

<sup>214</sup> Voir le livre de Ghislaine Ottenheimer, *Les Intouchables. Grandeur et décadence d'une classe : l'inspection des Finances*, Albin Michel, 2004.

<sup>215</sup> La plus importante est le *New York Stock Exchange* (NYSE), la bourse de New York, mais, comme nous le verrons plus loin, il en existe bien d'autres.

est intentionnellement limité et, sur le plan économique, se borne souvent à l'octroi de concessions. Nous analyserons plus loin les causes et les mécanismes de cette sorte de tolérance pour la corruption, en particulier pendant la période de 1810 à 1977 ; c'est-à-dire de l'année de la décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Robert Fletcher vs John Peck* jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi FCPA. Durant toute cette période, les autorités américaines, à quelques exceptions près comme les procès pour constitution de cartels et certains crimes financiers, se désintéressent de la poursuite des auteurs d'actes de corruption.

91. Pour bien appréhender les différences entre les idéologies et conceptions globales – américaines d'une part, européennes et françaises d'autre part –, nous reprenons ici une partie de la communication faite le 8 avril 2006 par Felix Rohatyn, ambassadeur des États-Unis en France, à l'Académie des Sciences morales et politiques<sup>216</sup>. Beaucoup de ses remarques, bien que prononcées il y a une quinzaine d'années, demeurent d'actualité.

– « La mondialisation [...] a transformé la vie des Américains comme des Européens. Cependant, les progrès remarquables que le monde a réalisés risquent de masquer les craintes de nos compatriotes qui sont en situation de précarité. À de nombreux égards, les craintes suscitées par la mondialisation sont parallèles à celles qui sont exprimées au sujet de la perte de souveraineté dans une nouvelle Europe... Dans sa description de ce qui était et est toujours propre à l'Amérique, Alexis de Tocqueville a mentionné trois facteurs essentiels : sa taille, les institutions que l'Angleterre lui a léguées et son système fédéral décentralisé. Cette description est toujours applicable aujourd'hui. Notre union politique [celle des États-Unis] a été créée en premier ; notre structure économique a évolué sur la base de l'union politique. L'Europe qui est en cours de construction aujourd'hui a été construite de façon inverse – d'abord la structure économique et, progressivement, une structure politique au-dessus de la structure économique... Pour la plupart des Américains, l'Europe est une puissante entité économique, avec sa propre monnaie et sa Banque centrale, et elle représente le partenaire le plus important de l'Amérique en termes d'échanges commerciaux et d'investissements. Cependant, les Américains considèrent aussi le paysage politique européen comme un chantier de construction... dont l'avenir est à la fois compliqué et incertain.

L'Amérique d'aujourd'hui est profondément différente de celle d'avant le 11 septembre [2001]. La "Nouvelle Amérique" s'est beaucoup radicalisée et est plus décidée que jamais à

---

<sup>216</sup> Communication de Felix Rohatyn, ambassadeur des États-Unis en France à l'Académie des Sciences, le 8 avril 2006, disponible sur le site de Canal Académie, [https://www.canalacademie.com/ida87-Les-États-Unis-et-la-construction-europeenne.html?var\\_recherche=etats%20unis](https://www.canalacademie.com/ida87-Les-États-Unis-et-la-construction-europeenne.html?var_recherche=etats%20unis).



exercer [sa] domination militaire absolue. Elle est plus individualiste que l'Europe, et aussi plus religieuse, plus conservatrice et plus patriote que celle-ci.

À la fin des années 1980, nos économies ont commencé à diverger, et la croissance économique des États-Unis a été plus rapide que celle de l'Europe. La croissance démographique aux États-Unis s'est accélérée en raison d'un taux de natalité plus élevé et de l'immigration, tandis que l'Europe stagnait sur le plan démographique. En même temps, les développements de la Silicon Valley et les recherches financées par le gouvernement des États-Unis ont entraîné un accroissement considérable des investissements technologiques aux États-Unis, "high-tech" de l'économie moderne novatrice. Ceci a représenté un changement significatif par rapport à la période de l'après-guerre, lorsque les États-Unis et l'Europe avaient des plates-formes industrielles et des taux de productivité essentiellement similaires, et les horaires de travail des salariés étaient comparables... Pour ces raisons, l'Europe et l'Amérique ont été marquées par une divergence économique [...] À présent, un nombre croissant d'Américains travaillent 300 heures de plus par salarié et par an, et les États-Unis bénéficient d'investissements plus rapides dans les nouvelles technologies et d'un fardeau fiscal plus léger... Simultanément, l'hostilité de l'opinion publique européenne vis-à-vis des États-Unis continue à affecter négativement les relations transatlantiques. En France et ailleurs, des questions concernant la souveraineté nationale et l'identité nationale sont posées. De nombreux Européens veulent protéger agressivement leur identité contre les effets de la mondialisation et de l'"hégémonie américaine" [...] La France peut jouer un rôle déterminant pour l'Europe en accélérant les réformes nécessaires à la croissance, en même temps qu'elle peut jouer un rôle déterminant dans les relations transatlantiques en encourageant le soutien européen aux États-Unis. Encore faudrait-il que cela fasse partie d'un dialogue euro-américain, réciproque et approfondi. »

\* \* \*

92. Ayant ainsi planté le cadre général de notre étude et précisé ses limites, ses moyens et ses orientations, nous allons nous efforcer d'exposer les mécanismes qui régissent la lutte contre la corruption transnationale.

Nous expliquerons qu'un système performant s'est d'abord construit jusque vers la fin du xx<sup>e</sup> siècle aux États-Unis (1<sup>re</sup> partie), bâti sur un droit avec des principes généreux, mais difficiles à mettre en place pour plusieurs raisons parfois contradictoires. La mondialisation et la crainte du terrorisme devenant des préoccupations urgentes, il fallut alors créer, d'abord aux

États-Unis, un système de lois, de régulations, de procédures et *enforcement* efficaces. Logiquement, puisqu'on a affaire à une puissance dominante, se pose la question des relations entre systèmes (2<sup>e</sup> partie), tant dans une perspective bilatérale que multilatérale, au niveau mondial et européen.

Progrès et aléas font que la lutte contre la corruption transnationale est aujourd'hui un chantier en construction. Contribuant à accentuer les inégalités, la pandémie de la Covid ne fait que renforcer l'urgence de trouver des solutions transnationales. La question des paradis fiscaux est loin d'être réglée et la cybercriminalité est porteuse de nouvelles menaces. Nous esquisserons en conclusion quelques plans et perspectives qui devraient permettre d'ériger sur le chantier de la lutte contre la corruption une maison commune où tous les habitants de la planète pourraient vivre et si possible prospérer. Il y a péril en la demeure, car si un tel édifice ne peut se réaliser, des constructions séparées ne pourraient à terme que mener à de nouveaux et dangereux conflits.

# **PREMIÈRE PARTIE**

## **LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION AUX ÉTATS- UNIS : CRÉATION D'UN SYSTÈME PERFORMANT**

## INTRODUCTION : LES MARQUES DE NAISSANCE : MORALISME, JURIDISME, FÉDÉRALISME ET PRAGMATISME

93. Quatre caractéristiques spécifiques du système américain doivent être gardées à l'esprit pour bien comprendre son fonctionnement et le différencier des pratiques françaises et européennes :

a) **son moralisme**, car à l'origine le droit américain se fonde sur des préceptes de nature quasi religieuse ;

b) **son juridisme**, conçu sur une tradition de *common law* et mis en évidence par l'importance du précédent et des décisions de la Cour Suprême ;

c) **son fédéralisme**, illustré par l'existence de 50 États fédérés ayant chacun ses particularités et son système juridique qui doit fonctionner en harmonie avec la justice fédérale ;

d) **son pragmatisme**, qui va de pair avec le caractère évolutif du droit américain et son rôle de modèle international.

94. Le **moralisme** juridique américain désarçonne parfois le juriste rationaliste de culture française. Dans son chapitre IX, « Des causes principales qui tendent à maintenir la république démocratique<sup>1</sup> », Tocqueville explique que « la religion considérée comme puissance politique sert puissamment au maintien de la république démocratique chez les Américains. » Il note la séparation de l'Église et de l'État et la diversité des croyances religieuses et remarque qu'« il n'y a pas une seule doctrine religieuse qui se montre hostile aux institutions démocratiques et républicaines.<sup>2</sup> » Il note aussi qu'« aux Etats Unis, la religion ne règle pas seulement les mœurs, elle étend son empire jusque sur l'intelligence.<sup>3</sup> » La morale religieuse agit donc sur les citoyens directement, mais, encore plus puissamment, de façon indirecte, dans la mesure où les croyances religieuses influencent la scène politique. Cette espèce de civisme religieux et moralisateur n'est pas sans rappeler le culte de la vertu et de l'Être suprême qui fut institué pendant quelques années dans la France révolutionnaire jusqu'au concordat de 1801.

Il n'y aura jamais par la suite aux États-Unis l'équivalent de la loi française de 1905 sur la séparation de l'Église et l'État. On n'y a pas une religion d'État, mais, en application du premier amendement de la Constitution, l'État reconnaît la place et le rôle de « la » ou plutôt

---

<sup>1</sup> Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, tome I, 1835. Voir l'édition avec notes sous la direction de Philippe Raynaud : « De la démocratie en Amérique ». GF Flammarion, 2010. p. 101 *sqq.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 107.

« des » religions. L'amendement, qui sera à la source de nombreuses interprétations doctrinales concernant les libertés de religion, d'expression et de la presse précise : « Le Congrès n'adoptera aucune loi relative à l'établissement d'une religion, ou à l'interdiction de son libre exercice ; ou pour limiter la liberté d'expression, de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ou d'adresser au Gouvernement des pétitions pour obtenir réparations des torts subis<sup>4</sup>. »

Cette religiosité est manifeste dans l'inscription « *In God We Trust* » (« En Dieu nous croyons ») sur les billets de banque. En fait, on trouve nombre de références à des principes moraux de nature religieuse dans les discours et écrits des Pères fondateurs, comme dans les attendus des décisions judiciaires, y compris de la Cour Suprême, comme nous le verrons dans le cas *Oscanyan vs Arms Company* (1880). Cette intrication originelle entre valeurs religieuses ou morales et valeurs républicaines n'est pas sans lien avec la notion d'« exceptionnalisme américain » et avec certaines doctrines interventionnistes. C'est aussi une explication de la préoccupation actuelle pour les questions éthiques que nous analyserons plus loin.

95. Le **juridisme** américain s'explique par la mise en application de la *common law* qui est un système juridique d'origine anglaise fondé sur le précédent tel qu'il est apprécié par un juge qui, en quelque sorte, complète la loi. Selon l'expression de Tocqueville « aux États-Unis le juge est une des premières puissances politiques<sup>5</sup> ». Il précise : « Lorsqu'un juge, à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès.<sup>6</sup> »

Le principe du contrôle de constitutionnalité de la loi par le juge est reconnu depuis 1803 par l'arrêt célèbre de la Cour Suprême *Marbury vs Madison*<sup>7</sup> qui est une pierre angulaire du système constitutionnel américain. En l'occurrence, la décision, rédigée par président de la Cour Suprême, John Marshall, dispose que dans le cas de la nomination d'un juge, conformément à la constitution, par le président de la République, un nouveau président ne peut

---

<sup>4</sup> « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ». Voir le site Interactive Constitution qui est sous la supervision du National Constitution Center:

<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendment/amendment-i>.

<sup>5</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, chap. VI, « Du pouvoir judiciaire aux États-Unis et de son action sur la société politique », édition Pagnerre, Paris, 1848.

<sup>6</sup> Alexis de Tocqueville, *ibid.*, p 157.

[https://fr.wikisource.org/wiki/De\\_la\\_d%C3%A9mocratie\\_en\\_Am%C3%A9rique/%C3%89dition\\_1848/Tome\\_1/Premi%C3%A8re\\_partie/Chapitre\\_6](https://fr.wikisource.org/wiki/De_la_d%C3%A9mocratie_en_Am%C3%A9rique/%C3%89dition_1848/Tome_1/Premi%C3%A8re_partie/Chapitre_6).

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Voir Justia US Supreme Court: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>

rétracter la nomination, même par une nouvelle loi, si la nomination initiale a été faite conformément à une procédure constitutionnelle ; le juge une fois nommé ne peut être révoqué sans *due process* (procédure lui permettant de faire valoir ses droits), même s'il n'a pas été officiellement notifié de sa nomination<sup>8</sup>. Selon la doctrine qui découle de ce jugement, les règles énoncées par la constitution s'imposent également aux représentants des trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, et c'est aux tribunaux et en dernier ressort à la Cour Suprême qu'il revient d'interpréter ces règles. Comme l'explique Marie-Anne Frison Roche, l'arrêt « pose que la constitution est une norme suprême et inaltérable par des moyens ordinaires et en vient à dire qu'une loi contraire à la Constitution n'est pas du droit.<sup>9</sup> » Par extension tous les juges judiciaires sont les gardiens de la constitutionnalité des normes (théorie du contrôle diffus de constitutionnalité) ce qui leur confère un énorme pouvoir de blocage.

Dans ce contexte, le juge est non seulement l'auteur, mais encore le principal organe d'exécution du droit. Pour les juristes européens, il y a deux manières d'exécuter la loi, le régime administratif ou le régime judiciaire. La France adhère à ce que Maurice Hauriou<sup>10</sup> appelle le régime administratif, selon lequel l'exécution des lois est en principe confiée à des autorités administratives, notamment les services extérieurs de l'État. Comme l'explique Élisabeth Zoller<sup>11</sup>, les États-Unis vivent sous un régime judiciaire d'exécution des lois ; il n'y

---

<sup>8</sup> L'affaire, particulièrement complexe, est décrite ainsi sur le site MAFR : « Monsieur Marbury avait fait l'objet de la procédure de désignation, son affectation [de juge fédéral] ayant été signée par le Président [John Adams], l'acte portant le sceau des États-Unis, la loi créant l'emploi engendrant pour lui le droit de l'occuper pendant cinq ans. Mais dans cette période historique de grandes turbulences politiques, l'administration n'avait pas eu le temps de notifier à Marbury sa nomination et le nouveau Président, [Thomas] Jefferson, ordonna de ne pas notifier l'acte de nomination, pour le rendre sans effet. Bien que le pouvoir de nomination soit discrétionnaire et soumis simplement à la procédure précitée, Marbury émit la prétention comme quoi il s'agissait d'un abus de pouvoir de la part du nouveau président et saisit la Cour Suprême pour qu'il soit fait injonction au nouveau secrétaire d'État, Madison, de lui signifier l'acte de nomination comme juge.

On mesure ainsi que le bras de fer était institué entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. La Cour Suprême dans l'arrêt pose que le Président, en signant l'acte d'affectation de Marbury, l'a investi de ses fonctions, lui conférant ainsi un droit juridiquement protégé à les exercer pendant cinq ans. S'il y met par la suite entrave en ne lui adressant pas l'acte d'affectation, le juge dispose d'une voie de recours devant le juge pour que soit sanctionnée une violation caractérisée de son droit.

Quand bien même le pouvoir de nomination est discrétionnaire, le comportement du secrétaire d'État dans l'exercice de ses fonctions est illégal et cause un dommage au juge effectivement nommé par le Président alors en place. Le juge, sans en rien contrôler en substance la nomination, va donc ordonner la délivrance de l'acte d'affectation car Marbury a un droit acquis à l'obtenir, dont l'exécutif ne peut plus le priver, une fois que celui-ci l'a désigné, dans une fonction où il demeure nommé pour cinq ans ». Voir MAFR, Base documentaire, juridictions nord-américaines, Cour Suprême des États-Unis, Arrêt du 24 février 1803 *Marbury vs Madison* : <https://mafr.fr/fr/article/cour-supreme-des-etats-unis/>.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Professeur à l'Université de Toulouse, Maurice Hauriou (1856-1929) est considéré comme l'un des principaux auteurs du droit administratif français et a notamment écrit un *Précis de droit administratif et de droit public*.

<sup>11</sup> Zoller, Elisabeth, *La place de la justice dans la société américaine*, communication à l'Académie des sciences morales et politiques. Enregistrement diffusé par Canal Académie le 1<sup>er</sup> juin 2006, <https://www.canalacademies.com/emissions/academie-des-sciences-morales-et-politiques/2006-la-france-est-elle-malade-de-sa-justice/la-place-de-la-justice-dans-la-societe-americaine>

a pas d'administration déconcentrée pour veiller à l'application des lois ou encore à la sûreté générale. L'exécution des lois dans ce système est laissée à l'initiative individuelle. En cas de violation de la loi, il revient à l'individu ou son représentant (avocat) d'aller devant le juge pour en demander l'application. Les procédures judiciaires sont fondées sur le système de *discovery*, un processus accusatoire (et non inquisitorial) que nous analyserons en détail. Il n'existe pas comme en France des administrations spécifiquement chargées de protéger le citoyen et de faire respecter le droit. C'est à la victime d'agir et de se plaindre aux autorités compétentes, Ainsi, les juristes américains ont du mal à appréhender le rôle du droit administratif en France. Pour eux, l'*administrative law* désigne le corpus de règlements créé par des agences ou des départements ministériels spécialisés ou récipiendaires d'un pouvoir délégué des États de l'Union – en application d'une délégation de pouvoirs accordée par le Congrès ou la législature d'un État –, mais qui restent soumis au contrôle du système judiciaire ordinaire et, en dernier ressort, de la Cour Suprême<sup>12</sup>. Pour un juriste américain, l'existence et les compétences concomitantes du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation et du Conseil d'État dénotent une dominance du pouvoir exécutif – doté d'un ordre de juridiction propre – et un risque pour la protection des libertés fondamentales. On peut ainsi expliquer une cause fréquente de malentendus et frictions. Parfois des termes semblables, voire identiques, n'ont pas la même signification d'une rive de l'Atlantique à l'autre.

96. Le **fédéralisme** est aussi une marque de naissance du système américain. Il explique aussi la fonction des juges fédéraux et de ce qu'on a appelé le « bras long de la justice ». De 1776 à 1959, en parallèle avec l'expansion territoriale et le peuplement de nouveaux territoires, le nombre des États fédérés est passé progressivement de 13 à 50, chacun avec sa propre constitution, son organisation politique et judiciaire. Chaque État a ses tribunaux, ses procureurs et ses juges : beaucoup d'entre eux sont élus localement, certains sont nommés par le Gouverneur de l'État. Comme le rappelle Élisabeth Zoller, « [L]es États authentiquement fédéraux [...] se caractérisent par une superposition de deux niveaux de gouvernement, chacun

---

<sup>12</sup> Le service internet FindLaw (<https://hirealawyer.findlaw.com/choosing-the-right-lawyer/administrative-law.html>) précise : « *Administrative law is the body of law created by the agencies and departments of the government, which carry out the laws passed by Congress or a state legislature. When Congress passes a law on a complicated issue, Congress often needs help determining all of the details of how the law will be enforced and implemented. Administrative agencies and government departments fill in those gaps for Congress and pass additional rules and regulations to achieve Congress's goals.* » (Le droit administratif est l'ensemble des lois créées par les agences et départements gouvernementaux chargés d'appliquer les règles édictées par le Congrès ou par la législature d'un État. Lorsque le Congrès légifère sur un point complexe, il a souvent besoin d'aide pour déterminer en détail la façon d'appliquer et de faire respecter la loi. Les agences administratives et les services gouvernementaux s'en chargent en fixant les règles et règlements permettant d'atteindre les objectifs du Congrès).

complet en lui-même. S'il y a deux niveaux de gouvernement, il y a nécessairement deux niveaux législatifs, ce qui implique : 1) une délimitation des compétences entre le niveau fédéral et le niveau fédéré ; 2) un principe de suprématie du droit fédéral sur le droit fédéré, faute de quoi l'union se délitera à proportion des législations autonomes sur des sujets d'intérêt commun. [...] Ce sont toujours les juges qui remplissent ces deux fonctions que sont la fixation des bornes de l'autorité fédérale et l'exécution concrète du principe de suprématie du droit fédéral sur le droit de l'État fédéré. Aux États-Unis, la délimitation des compétences entre le gouvernement fédéral et les États a été fixée par la Constitution, mais dans des termes très généraux. De ce point de vue, la jurisprudence de la Cour Suprême a été décisive pour l'évolution de la fédération. C'est John Marshall (président de la Cour Suprême de 1800 à 1835) qui a transformé le pacte entre États qu'on avait initialement pensé conclure à Philadelphie en une constitution dont le sort a fini par échapper à ses auteurs, ce qui lui a valu de passer à l'histoire comme le grand architecte de l'unité nationale<sup>13</sup> ».

L'affirmation des principes du droit au niveau national fédéral par la Cour Suprême, notamment en ce qui concerne la lutte contre la corruption, sujet particulièrement sensible pour magistrats et législateurs, a été progressive. Elle s'est accélérée à la fin du xx<sup>e</sup> siècle avec la mise en place du paradigme découlant du FCPA : « La grande force de la justice dans les affaires de fédéralisme est de ne pas juger les affaires au fond. Elle ne dit pas si c'est bien ou si c'est mal, mais seulement qui, de l'État ou de l'Union, a compétence pour faire telle ou telle chose, de sorte que le jugement est neutre, lisse, et que son impartialité est rarement suspectée<sup>14</sup>. » Mais le fédéralisme demeure bien vivant. Pratiquement tous les conflits de droit privé continuent à être réglés au niveau des États. Même dans le domaine financier, les législations, réglementations et contrôles dans certains domaines comme l'assurance et les mécanismes de compensation des victimes interviennent non au niveau fédéral mais à celui de chaque État. Le système bancaire fédéral américain quant à lui est de création nettement plus récente qu'en France. Le *Federal Reserve System*, qui tient lieu de banque centrale, ne fut établi qu'en 1913 et reste constitué par douze banques de réserve régionales (*Federal Reserve Banks*<sup>15</sup>) partiellement autonomes. Chaque État américain a ses propres autorités de supervision et contrôle qui peuvent intervenir de façon autonome. Les autorités financières de l'État de New York, le *New York Department of Financial Services* (DFS), ont la réputation dans les milieux

---

<sup>13</sup> Extrait de *La place de la justice dans la société américaine*, communication de Madame Elizabeth Zoller à l'Académie des Sciences morales et politiques, séance du 15 mai 2006.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Il existe sept banques de réserve régionales avec chacune son conseil d'administration. Toutefois, depuis les années 1930 et l'administration Roosevelt, leurs actions sont coordonnées au niveau fédéral.



bancaires de faire du *gold plating*<sup>16</sup>, c'est-à-dire de la surenchère sur les pénalités, déjà très sévères, imposées par les autorités fédérales<sup>17</sup>. Lors du règlement du litige BNP Paribas en 2014, la banque avait négocié les termes d'un accord avec les autorités fédérales, mais les autorités de l'État de New York ont refusé les termes du projet d'accord et exigé des sanctions plus sévères. Ainsi, à cause de son fédéralisme et pour des raisons historiques, en partie expliquées par l'étendue géographique du territoire, le système économique et financier américain est régulé par de nombreuses entités dont les pouvoirs se complètent parfois, se superposent souvent, voire se trouvent en concurrence dans certains cas.

Il en résulte une complexité qui choque parfois les esprits cartésiens : pour pouvoir souscrire/vendre certains produits dans l'ensemble des États-Unis, une société d'assurances devra demander une autorisation fédérale (régulée généralement en fonction des lignes de produits) plus une licence dans chaque État où elle souhaite opérer. Ainsi les activités des grandes compagnies d'assurances sont contrôlées par une soixantaine d'organismes différents ayant chacun des pouvoirs de sanction<sup>18</sup>. Les banques commerciales américaines, dont le nombre recensé était de 4 951 au 8 septembre 2021<sup>19</sup>, peuvent opérer sous diverses formes de licences, étatiques ou fédérales. Elles sont soumises à des inspections et contrôles de plusieurs agences dont les compétences se chevauchent. On est donc loin du système pyramidal ou plus exactement bipyramidal *twin peaks* (à deux sommets) français où la supervision des banques et des assurances relève d'une seule entité, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), alors que celle des autres activités financières, boursières en particulier, dépend de l'Autorité des marchés financiers (AMF). La supervision du système bancaire américain est souvent comparée à une « *alphabet soup*<sup>20</sup> », une bouillie de sigles ou acronymes désignant une quantité d'entités dont l'amalgame fait penser aux soupes pour bébés, composées de pâtes en forme de lettres.

Enfin, le fédéralisme permet aussi souvent le cumul des peines. Accentué par l'étendue géographique et les péripéties historiques du pays, il est source d'une complexité à laquelle les juristes d'Europe continentale ne sont pas habitués.

---

<sup>16</sup> Traduit littéralement : ils font du « plaqué or » en rajoutant une couche en or aux décisions des autres organismes de contrôle.

<sup>17</sup> Ce fut par exemple le cas dans la résolution des poursuites contre BNP Paribas que nous analyserons plus loin.

<sup>18</sup> Propos recueillis auprès de François Chavel, ancien directeur général du groupe AXA aux États-Unis.

<sup>19</sup> Statistique publiée par le Federal Reserve Bank of Saint Louis, Economic Department, <https://fred.stlouisfed.org/series/USNUM>.

<sup>20</sup> Parmi les entités de régulation qui composent cet *alphabet soup*, citons la SEC, l'OCC, le FDIC, la FCC, la CFTC (*commodities*), la FHA (prêts au logement).

Tous ces facteurs renforcent encore le rôle nécessaire d'arbitres et parfois de réformateurs des juges fédéraux et le développement de ce que les Américains appellent *the long arm of justice* (le bras long de la justice) qui permet que justice puisse être rendue sur l'ensemble du pays, quel que soit le lieu où l'infraction a été commise ou la sentence prononcée.

97. Le **pragmatisme** est la quatrième qualité du système américain. C'est une conception utilitaire du rôle de la justice, *result oriented* (orientée vers les résultats) diraient les théoriciens du droit états-unien. Cette caractéristique, déjà notée par Tocqueville, demeure vraie : « Mais le juge américain est amené malgré lui sur le terrain de la politique. Il ne juge la loi que parce qu'il a à juger un procès, et il ne peut s'empêcher de juger le procès. La question politique qu'il doit résoudre se rattache à l'intérêt des plaideurs, et il ne saurait refuser de la trancher sans faire un déni de justice. C'est en remplissant les devoirs étroits imposés à la profession du magistrat qu'il fait l'acte du citoyen<sup>21</sup>. » Le droit a pour finalité non pas de rendre une justice abstraite, mais de juger un cas spécifique afin de protéger les citoyens et de modifier les comportements qui pourraient nuire à la société. Martin Luther King l'expliquait en une formule : « *Morality cannot be legislated but behavior can be regulated. Judicial decrees may not change the heart, but they restrain the heartless*<sup>22</sup> » (« On ne peut légiférer la moralité, mais le comportement peut être régulé. Les décisions judiciaires ne changent peut-être pas les cœurs, mais elles restreignent les sans-cœurs »). Comme le remarquait l'ancienne présidente du Parquet national financier, « les outils pour sanctionner, nous les avons, mais nous ne les utilisons pas tous forcément. Il y a aussi une question de culture. Le droit français est le droit de la preuve absolue. On va passer dix ans sur une affaire pour en voir tous les aspects. Les Américains n'ont pas cette démarche, ils sont plus pragmatiques : droit au but et amende forte<sup>23</sup>. »

98. Le caractère évolutif, mais formaliste, empreint de fédéralisme, mais aussi de pragmatisme, du système américain se retrouvera tout au long de notre étude. Afin d'en comprendre la genèse et d'appréhender la manière dont il aborde les questions de corruption, nous retracerons d'abord ses textes et principes fondateurs dans le contexte général de leur époque (I A). Nous examinerons en quoi les controverses initiales qui se sont posées lors de l'établissement de la jeune république l'ont conduite à certains choix et priorités qui, dès sa

---

<sup>21</sup> de Tocqueville, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, chapitre VI : Du pouvoir judiciaire aux États-Unis et de son action sur la société politique », *op. cit.* p. 165, [https://fr.wikisource.org/wiki/De\\_la\\_d%C3%A9mocratie\\_en\\_Am%C3%A9rique/%C3%89dition\\_1848/Tome\\_1/Premi%C3%A8re\\_partie/Chapitre\\_6](https://fr.wikisource.org/wiki/De_la_d%C3%A9mocratie_en_Am%C3%A9rique/%C3%89dition_1848/Tome_1/Premi%C3%A8re_partie/Chapitre_6).

<sup>22</sup> King Jr., Martin Luther, « Sermon sur la force de l'amour », 1963, cité dans Tripp, Rhoda Thoma, *International Thesaurus of Quotations*, p. 345.

<sup>23</sup> Houlette, Éliane : « Nous devons aller plus vite en matière de justice financière », entrevue réalisée par Nicolas Barre et Valérie de Senneville, publiée dans les *Échos*, n° 21931-069-ECH, 5 mai 2015.

création, ont imprégné son système juridique et lui confèrent en quelque sorte ses marques de naissance sur les plans institutionnel, constitutionnel et doctrinal. Cela nous amènera à étudier l'évolution de la législation elle-même et son application. Nous noterons ainsi la mise en place progressive des dispositions anticorruption jusqu'à l'entrée en vigueur du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), voté en 1977, mais peu appliqué pendant deux décennies. Vers la fin du xx<sup>e</sup> siècle, les poursuites pénales s'intensifient et l'arsenal législatif se complète. En effet la mise en place du corpus législatif va de pair avec le développement des moyens (I B) par lesquels les lois et réglementations sont mises en application, grâce à l'utilisation de procédures originales et d'un *enforcement*<sup>24</sup> zélé et efficace qui constitue la marque du système américain et un modèle pour les autres juridictions.

## TITRE PREMIER : LES PRINCIPES FONDATEURS

---

<sup>24</sup> Nous analyserons plus loin en détail les modalités d'*enforcement*.

99. Les Pères Fondateurs prêchent volontiers la vertu et une forme d'isolationisme pour protéger la jeune république des méfaits, telle la corruption, considérés typiquement européens. Se développent ainsi progressivement des doctrines et des pratiques judiciaires originales. Même si leur efficacité est parfois reconnue, elles font preuve toutefois pendant deux siècles d'une certaine tolérance quant aux actes de corruption.

## CHAPITRE I. VERTU ET NATIONALISME AUX ORIGINES

100. Pour les révolutionnaires de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle des deux côtés de l'océan Atlantique, c'est-à-dire les patriotes américains et les membres de l'Assemblée Nationale française, la corruption, conçue principalement comme le détournement du pouvoir politique, est le Mal absolu. Ils ont lu les mêmes auteurs (Montesquieu, John Locke, Jean-Jacques Rousseau) et sont mus par les mêmes idéaux de liberté. Ils veulent créer de nouvelles formes de gouvernement, inspirées par l'Athènes de Périclès et la République romaine de l'Antiquité, fondées sur la vertu et la démocratie. Leur objectif est d'éradiquer la corruption, même si certains ne se font pas trop d'illusions. James Madison, l'un des Pères Fondateurs<sup>25</sup>, déclarait lors de l'ouverture de la Convention américaine chargée de rédiger une constitution : « *My wish is that the national legislature be as uncorrupt as possible*<sup>26</sup>. » (Mon souhait est que la législature nationale soit aussi non corrompue que possible.)

Éviter la corruption, tout en garantissant l'indépendance vis-à-vis de la Grande Bretagne, est le principal souci des conventionnels américains. Le thème apparaît souvent au cours des débats et dans les *Federalist Papers*<sup>27</sup>. La Constitution, ratifiée en 1788, entrée en vigueur en 1789 est toujours en force avec ses 27 amendements. Elle proclame dans son préambule : « *We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain*

---

<sup>25</sup> Voir Glossaire.

<sup>26</sup> Cité par Zephyr Teachout, *op. cit.*, p. 14.

<sup>27</sup> Les *Federalist Papers* (Papiers Fédéralistes) sont une série de 85 essais et dissertations de droit constitutionnel écrits et publiés en 1787/88 par James Madison, Alexander Hamilton et John Jay. Ils sont publiés sous le pseudonyme collectif de Publius. L'objectif des auteurs était principalement de convaincre les électeurs, qui constituaient alors un public éduqué, de voter en faveur du nouveau projet de constitution des États-Unis. Le recueil est aujourd'hui considéré par les juristes américains, en particulier les membres de la Cour Suprême, comme une source d'interprétation du droit.

*and establish this Constitution for the United States of America*<sup>28</sup>. » (Nous, le peuple [les citoyens] des États-Unis, dans le but d'établir une union plus parfaite, d'établir la justice, d'assurer la tranquillité nationale, de prendre des dispositions pour notre défense commune, de promouvoir le bien-être général et d'assurer les bienfaits de la liberté pour nous et notre postérité, ordonnons et établissons la présente Constitution des États-Unis d'Amérique). Le court préambule ne précise pas en quoi consiste « une union plus parfaite » ou ce qu'il faut comprendre par « établir la justice. » Mais, si l'on en croit les historiens et le vocabulaire de l'époque, c'est précisément le contraire de la corruption. Dans le texte même de la constitution, seuls deux types de crimes, la trahison (*treason*) et la corruption (*bribery*) sont expressément mentionnés (Article II, Section 4) comme susceptibles d'entraîner la destitution (*impeachment*) : « *The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*<sup>29</sup>. » (Le Président, le Vice-Président et tous les officiers civils des États-Unis seront démis de leurs fonctions en cas de mise en accusation [*impeachment*] et condamnation pour Trahison, Corruption et autres crimes et délits graves.) Bien que la dernière catégorie de « crimes et délits graves » reste vague, à dessein, il est remarquable que trahison et corruption soient considérées comme manquements de même gravité à une époque où la corruption était prévalente dans les mœurs politiques.

101. Ainsi vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, dès la proclamation de l'indépendance, Américains et Français, qui ont affaire à des circonstances géographiques et historiques différentes, ont donc des préoccupations et priorités divergentes. Les Américains sont de culture anglaise et le système juridique dont ils sont familiers et qu'ils souhaitent perfectionner est la *common law*. Leur premier souci est d'assurer leur contrôle sur leur territoire, les treize anciennes colonies britanniques<sup>30</sup> qui représentent moins de 15 % de la superficie actuelle des États-Unis.

Pour établir leur présence sur une superficie aussi vaste que l'Europe, les Américains souhaitent l'appui, ou au moins la neutralité, de la France afin de contrecarrer les velléités britanniques ou espagnoles sur « leur » continent, car ils n'entendent pas devenir un État vassal. Les Pères fondateurs ont peur d'être corrompus par les habitudes du Vieux Monde, alors dominé par la Grande-Bretagne et la France, dont ils considèrent les gouvernements comme des exemples à ne pas suivre. L'Angleterre est, en quelque sorte, un idéal déchu, mais qui

<sup>28</sup> Voir <https://constitutionus.com/>.

<sup>29</sup> Voir <https://constitutionus.com/>.

<sup>30</sup> Du nord au sud : Maine, Vermont, New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvanie, Virginie, Caroline du Nord, Caroline du Sud et Géorgie.

possède historiquement, depuis la *Magna Carta* de 1215, les traces d'un régime représentatif qui n'a pas pu se développer à cause d'un souverain tyrannique (George III) et, surtout, à cause du manque de vertu des élus et du gouvernement. Les premières règles codifiées destinées à protéger la population des abus du pouvoir royal, alors principalement l'extorsion, figurent dans le statut de Westminster de 1275 qui stipule qu'aucun officier du roi (*Officer of the King*, c'est-à-dire un représentant du pouvoir royal) ne recevra de rémunération dans l'exercice de ses pouvoirs que du roi lui-même<sup>31</sup>. C'est une conception différente de celle qui prévaut en France avec l'institution des fermiers généraux sous l'Ancien Régime. Patrick Henry, patriote américain, écrivait en 1788 : « *Look at Britain: see there the bolts and bars of power: see bribery and corruption defiling the fairest fabric that ever human nature reared*<sup>32</sup>. » (Regardez la Grande-Bretagne : voyez-y les boulons et les leviers du pouvoir ; voyez-y les pots-de-vin et la corruption qui souillent le plus beau matériau que la nature humaine ait jamais produit.) La France, celle de l'Ancien Régime, apparaît à certains Américains comme l'archétype du régime corrompu. John Adams y voit un marais sans le moindre sens civique : « *There is everything here too which can seduce, betray, deceive and debauch*<sup>33</sup>. » (Il y a aussi ici tout ce qui peut séduire, trahir, tromper et débaucher.)

102. Les premiers dirigeants américains ont des opinions divergentes quant à la Révolution française et sa capacité à supprimer la corruption. Alexander Hamilton, soutenant la position britannique, y est opposé ; George Washington et John Adams sont très réservés, alors que Thomas Jefferson est plutôt favorable. Tous s'accordent cependant sur la nécessité pour la nouvelle république des États-Unis d'Amérique de préserver son indépendance et ne pas se laisser influencer par des forces étrangères.

En 1796, dans son discours d'adieu (*Farewell Address*<sup>34</sup>), George Washington, qui possède auprès de ses compatriotes un immense prestige et une grande autorité morale, résume les principes qui doivent guider la jeune république. Il exhorte ses concitoyens à la vertu, à l'union nationale, à se méfier des factions, à maintenir un système de contrôle réciproque des

<sup>31</sup> D'après Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 104.

<sup>32</sup> Cité par Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 36, indiquant comme référence Patrick Henry, « Discours à la Convention de Virginie sur la nécessité d'adopter la Constitution fédérale le 7 juin 1788 » ; cité par E. B. Williston, *Eloquence of the United States*, vol. 1, éd. E. & H. Clark, 1827, p. 223.

<sup>33</sup> Cité par Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 19, indiquant comme référence Stacey Schiff, *A Great Improvisation. Franklin, France and the Birth Of America*, Henry Holt, New York, 2006.

<sup>34</sup> Le texte intégral peut être consulté sur le site du Sénat américain : [https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/Washingtons\\_Farewell\\_Address.pdf](https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/Washingtons_Farewell_Address.pdf).

pouvoirs<sup>35</sup>. Il insiste sur l'importance de la religion et de la morale : « *Of all the dispositions and habits which lead to political prosperity, religion and morality are indispensable supports... It is substantially true that virtue or morality is a necessary spring of popular government*<sup>36</sup>. » (De toutes les dispositions et habitudes qui conduisent à la prospérité politique, la religion et la morale sont les indispensables soutiens... Il est intrinsèquement vrai que la vertu ou la morale est la source nécessaire du pouvoir populaire.) Sans doute agacé par les agissements du « citoyen Genet<sup>37</sup> », représentant de la France en 1793/94, il insiste surtout sur la neutralité des États-Unis et la nécessité de demeurer en dehors des conflits et des idéologies européens : « *Against the insidious wiles of foreign influence [...] The jealousy of a free people ought to be constantly awake, since history and experience prove that foreign influence is one of the most baneful foes of republican government*<sup>38</sup>. » (Contre les stratagèmes insidieux de l'influence étrangère, un peuple libre doit rester constamment en éveil, car l'histoire et l'expérience prouvent que l'influence étrangère est l'un des plus funestes ennemis du gouvernement républicain.)

103. Thomas Jefferson, pourtant considéré comme francophile, mais qui était aux côtés de Washington lors de l'incident Genet<sup>39</sup> et avait eu lui-même à démêler « l'affaire XYZ<sup>40</sup> » confirme cette doctrine et écrit en 1801 : « *We have a perfect horror at everything like connecting ourselves with the politics of Europe. It would indeed be advantageous to us to have neutral rights established on a broad ground; but no dependance could be placed in any European coalition for that. They have so many other bye-interests of greater weight, that*

---

<sup>35</sup> « *The necessity of reciprocal checks in the exercise of political power, by dividing and distributing it into different depositaries, and constituting each the guardian of the public weal against invasions by the others, has been evinced by experiments ancient and modern; some of them in our country and under our own eyes.* » (La nécessité de contrôles réciproques dans l'exercice du pouvoir politique, en le divisant et le répartissant entre plusieurs dépositaires, chacun étant le gardien du bien public en le protégeant des invasions par les autres [pouvoirs] a été démontrée par les expériences anciennes et modernes dont certaines dans notre pays et sous nos yeux).

<sup>36</sup> p. 6-17 dans le texte publié par le Sénat : <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CDOC-106sdoc21/pdf/GPO-CDOC-106sdoc21.pdf>.

<sup>37</sup> Ministre plénipotentiaire français aux États-Unis en 1793/1794, il s'efforça de soulever l'opinion américaine ainsi que des fonds et des volontaires en faveur de la France alors en guerre contre l'Angleterre et l'Espagne ; les États-Unis avaient proclamé leur neutralité dans ce conflit. Genet, qui avait armé plusieurs navires-corsaires pour intercepter les bâtiments britanniques fut déclaré *persona non grata*, mais, à la suite du renversement du gouvernement girondin en France, demanda l'asile politique à Washington qui le lui accorda. Nous reviendrons sur l'incident diplomatique créé par les agissements du citoyen Genet dans la seconde partie de cette thèse.

<sup>38</sup> p. 20 dans le texte publié par le Sénat : <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CDOC-106sdoc21/pdf/GPO-CDOC-106sdoc21.pdf>.

<sup>39</sup> Voir Deuxième partie chapitre 1 : « Des contentieux et des divergences d'interprétation anciens ».

<sup>40</sup> Affaire dans laquelle Talleyrand, alors ministre français des Affaires étrangères, demandait un pot-de-vin. Nous y reviendrons dans la seconde partie de cette thèse.

*someone or other will always be bought off*<sup>41</sup>. » (Nous avons en parfaite horreur tout ce qui pourrait nous lier aux politiques de l'Europe. Il serait en effet de notre avantage d'établir des droits de neutralité sur une base aussi large que possible ; nous ne devons avoir aucune dépendance auprès de quelque coalition européenne que ce soit. Ils ont tellement d'autres intérêts particuliers qui pèsent davantage qu'une personne ou une autre sera toujours soudoyée.)

Voilà les origines de l'isolationnisme américain. Cette position aboutira, dans les décennies suivantes, à la doctrine de l'exceptionnalisme. Mais avant d'analyser celle-ci, il nous faut évoquer deux affaires sensibles, celle des « présents pour congé » et celle du scandale du Yazoo. Elles expliquent comment le système américain, peu après sa création, va gérer la corruption et établir ses priorités.

## **Section 1. Les controverses initiales**

### **A. Les « présents pour congé » et la clause des émoluments dans la Constitution**

104. Les présents pour congé sont une pratique diplomatique routinière et bien établie au XVIII<sup>e</sup> siècle. En Europe, le présent du congé est un cadeau offert à titre personnel à un ambassadeur quittant son poste ; il est considéré comme un geste diplomatique coutumier qui fait partie des normes usuelles. Plus le présent est somptueux, plus il marque l'estime du souverain du pays d'accueil pour le pays que l'ambassadeur a représenté. Mais pour les Pères fondateurs, cette pratique crée un risque évident de corruption. Après la proclamation de l'indépendance, le 4 juillet 1776, le Congrès doit gérer la guerre contre la puissance coloniale déchue. Il organise une armée sous le commandement du général Washington ainsi qu'un embryon d'administration centrale. Les treize anciennes colonies qui s'étaient détachées de la couronne britannique se proclament alors comme une confédération, formée de treize États souverains et indépendants, mais liés par un « pacte d'amitié » (*Friendship League*). Les Articles de la Confédération (*Articles of Confederation*<sup>42</sup>) votés par le Congrès le 15 novembre 1777 forment la première constitution des États-Unis. Ils seront en vigueur jusqu'au 14 mars 1789, date de ratification de la nouvelle (et actuelle) constitution.

---

<sup>41</sup> Cité par Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 19, « Lettre de Thomas Jefferson à William Short », le 3 octobre 1801, in *Memoir. Correspondance and Miscellanies from the Papers of Thomas Jefferson*, vol. 3 ; éd. Thomas Jefferson Randolph, p. 492.

<sup>42</sup> Leur texte complet est disponible sur le site des Archives nationales américaines.



Ils sont succincts et ne comportent que treize articles ; l'organisation administrative et beaucoup de pouvoirs centraux restent à préciser. Cependant une clause de ces articles stipule : « *Nor shall any person holding any office of profit or trust under the United States, or any of them, accept any present, emolument, office or title of any kind.* » (Aucune personne détenant une charge rémunérée ou une position de confiance aux États-Unis ou dans un État membre de ceux-ci ne peut accepter de cadeau, émolument, charge ou titre que ce soit [d'un autre État]. »)

105. En 1785, Benjamin Franklin rentre en Amérique après avoir été ambassadeur en France depuis 1778. Il reçoit, comme c'était la tradition sous l'Ancien Régime pour les diplomates qui quittaient leur poste, un « présent du roi pour son congé », un cadeau d'adieu du roi Louis XVI. Il s'agit d'une boîte à priser avec un portrait du roi à l'intérieur, sertie de 408 diamants de haute qualité (*of the finest water*<sup>43</sup>). Conformément aux prescriptions des Articles de la Confédération alors en vigueur (la constitution américaine ne sera adoptée qu'en 1789), Franklin en informe officiellement le Congrès, l'assemblée législative américaine de l'époque, où il n'a pas que des amis. Samuel Adams, par exemple, craignait que Franklin ne devienne un francophile conservateur (*tory*). Arthur Lee disait quant à lui de Franklin qu'il était « le plus corrompu parmi les hommes corrompus » (*the most corrupt of corrupt men*<sup>44</sup>). Ce n'est que l'année suivante, en 1786, que Franklin est dûment autorisé à conserver ce cadeau d'adieu du roi de France. D'autres sont moins scrupuleux. Ainsi, John Jay, futur président de la Cour Suprême, accepte un cheval de la part du roi d'Espagne où il avait été ambassadeur et informe a posteriori le Congrès qui finit par donner son consentement. Thomas Jefferson, l'un des Pères fondateurs de la constitution des États-Unis, successeur de Benjamin Franklin comme ambassadeur en France de 1785 à 1789, reçoit lui aussi une boîte à priser sertie de diamants pour son congé. Après « beaucoup d'angoisse » (*considerable anguish*), mais jugeant qu'il n'était pas nécessaire de se soumettre au questionnement du Congrès pour des matières aussi insignifiantes (*to be laid to the gridiron of a debate in Congress for any such paltry purpose*<sup>45</sup>), il donne instruction à son adjoint William Short de faire discrètement démonter l'objet et de revendre les diamants sur le marché afin de rembourser une partie des dettes accumulées par l'ambassade.

106. Le cas des boîtes à priser et des cadeaux pour congé est l'objet de plusieurs débats lors de la convention américaine de 1787/88 chargée de rédiger la nouvelle constitution. L'objectif

---

<sup>43</sup> D'après Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 17 sqq., *Four snuff boxes and a horse* (Quatre boîtes à priser et un cheval).

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*, p 21.

est clairement d'éviter aux fonctionnaires, magistrats et législateurs tout conflit d'intérêts, réel ou potentiel, et de s'assurer qu'ils remplissent leurs devoirs en toute impartialité. Le résultat des travaux de la Convention est la formulation de l'article 1, section 9 de la constitution qui précise : « *No Title of Nobility shall be granted by the United States ; And no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present, Emolument, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince, or foreign State.*<sup>46</sup> » (Les États-Unis n'accorderont aucun titre nobiliaire ; Et aucune personne détenant d'eux une fonction rémunérée ou fondée sur la confiance [publique] ne pourra accepter sans l'accord du Congrès aucun cadeau, émolument, charge ou titre de quelque nature que ce soit de la part de tout roi, prince ou État étranger.)

Très clairement l'application de cette clause oblige toute personne exerçant un emploi officiel au nom des États-Unis, en principe faisant partie de la branche exécutive du gouvernement, à obtenir l'autorisation du Congrès, c'est-à-dire de la branche législative, pour recevoir un cadeau, une faveur ou un émolument d'un État étranger. Le cas de la boîte à priser reçue, et conservée, par Franklin, en fait créa un précédent ; il fut non seulement un élément des débats de la Convention américaine de 1787/88, mais continue d'être cité dans des argumentaires juridiques contemporains comme par exemple un avis du *Office of Legal Counsel*<sup>47</sup> de 1981 légitimant le droit du président Reagan à recevoir sa retraite supplémentaire de l'État de Californie<sup>48</sup> dont il avait été gouverneur. Plus récemment, certains commentateurs ont accusé le président Trump d'avoir violé la « clause d'émolument » de l'article 1 de la Constitution en laissant, sans autorisation préalable du Congrès, des diplomates étrangers séjourner et organiser des réceptions contre paiement au Trump Hotel à Washington dont le président est propriétaire.

## **B. L'arrêt *Fletcher vs Peck* et la non-définition de la corruption**

107. La jeune république se veut vertueuse. L'affaire ou, plutôt, les affaires de présents pour congé ont conduit à l'inclusion de la clause des émoluments dans la constitution américaine encore en vigueur aujourd'hui. En revanche un autre scandale, de toute autre dimension, celui du Yazoo, va conduire la Cour Suprême à la décision – restée célèbre parmi les juristes

---

<sup>46</sup> <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>.

<sup>47</sup> Bureau du conseiller juridique de la présidence.

<sup>48</sup> *President Reagan's Ability to Receive Retirement Benefits from the State of California, Opinions of the Office of the Legal Counsel*, 1981, p. 188. Le précédent paraissait s'appliquer, car à l'époque de la ratification de la Constitution, la Californie aurait pu être considérée comme entité étrangère aux États-Unis.

américains – *Fletcher vs Peck*<sup>49</sup>. Pendant plus d'un siècle, cet arrêt va servir de référence à la doctrine et avoir ainsi de lourdes conséquences sur les poursuites judiciaires criminelles (ou leur absence) dans les affaires de corruption.

108. La spéculation foncière est très répandue dans les premières décennies de la république. Elle s'accompagne souvent de fraudes et de pratiques douteuses : ainsi de 1789 à 1796, les trois gouverneurs successifs de l'État fédéré de Géorgie, George Walter, Edward Telfair et George Mathews s'enrichissent en vendant des titres de propriété représentant trois fois la superficie du territoire sous leur contrôle<sup>50</sup>. La fraude des terrains du Yahoo (*Yahoo Land Fraud*) est un cas judiciaire largement connu et commenté car il est à l'origine d'une décision pivot de la Cour Suprême. Patrick Henry est connu comme patriote révolutionnaire pour avoir prononcé en 1775, un an avant la *Déclaration d'indépendance*, un discours se terminant par la formule devenue célèbre : « Donnez-moi la liberté ou donnez-moi la mort ! » (*Give me liberty or give me death*<sup>51</sup> !). Il organise en 1789 avec ses comparses un groupement de sociétés enregistrées dans plusieurs États et obtient de l'État de Géorgie, dans des conditions discutables, la cession de vastes terres non colonisées dont beaucoup sont occupées par des Indiens. Ces domaines situés autour du fleuve Yazoo, un affluent du Mississippi, ont une superficie de 40 millions d'acres, soit 160 000 km<sup>2</sup> (l'équivalent de plusieurs départements français). La plupart de ces terrains se trouvent en territoire indien en principe autonome, mais administré par la Géorgie. Lorsque la transaction est rendue publique, la réaction de l'opinion, et donc des électeurs, est très négative. Le gouverneur et l'assemblée de Géorgie s'efforcent alors d'annuler le contrat au prétexte que, pour être légalement valable, l'acquisition devait être entièrement payée en pièces d'argent ou d'or et non en billets à ordre, simples promesses de paiement, signés par des spéculateurs. Henry et ses associés ne pouvant réunir la somme requise en métaux précieux, ce premier contrat est révoqué par l'assemblée de Géorgie en 1792. Cependant en 1794, Henry recrée de nouveaux groupements avec les mêmes comparses sous des noms différents : *the Combined Society of the Virginia Yazoo Company, the South Carolina Yazoo Company and the Tennessee Company*. Mais cette fois les spéculateurs offrent aux législateurs et quelques hauts fonctionnaires de l'État de Géorgie la possibilité d'acquérir des parts des nouvelles sociétés à

---

<sup>49</sup> *Fletcher v. Peck*, 10 U. S. 87 (1810). Le texte complet ainsi que des commentaires se trouvent sur le site de la Cour Suprême, Justitia, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/10/87/>.

<sup>50</sup> Voir "Pine Barrens Speculation" in Wikipedia édité le 2 juin 2017 et *Land Surveying History and Law*, University of Georgia Press, Athens, Ga, 1991.

<sup>51</sup> Discours prononcé à la convention de Virginie, le 23 mars 1775. Le texte complet est consultable sur le site des archives de l'université de Yale [https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/\\_files/resources/texts/1775%20Patrick%20Henry%20Liberty%20or%20Death.pdf](https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/_files/resources/texts/1775%20Patrick%20Henry%20Liberty%20or%20Death.pdf).

des conditions avantageuses ou leur proposent des pots-de-vin. D'après les archives, tous les membres, à une exception près, de la législature de Géorgie qui votèrent pour approuver la cession aux nouvelles sociétés foncières en étaient actionnaires. (« *Every member of the [Georgia] legislature - with a single exception - who voted for the bill was a shareholder in the purchases*<sup>52</sup>. ») Le 7 janvier 1795, George Matthews, gouverneur de Géorgie, signe *The Yazoo Act*, projet de loi qui sanctionne la cession. Toutefois, un an plus tard, à la suite d'une campagne politique tumultueuse qui aboutit à l'élection d'une nouvelle assemblée de Géorgie et d'un nouveau gouverneur, Jared Irwin, celui-ci signe le 13 février 1796 un nouveau projet de loi annulant le *Yazoo Act* de 1795. L'exemplaire original du *Yazoo Act* et les registres (*land deeds*, équivalents du cadastre) où étaient consignés les titres de propriété des actionnaires des différentes sociétés du Yazoo sont, en 1796, brûlés en public sous les vivats de la foule. L'État de Géorgie propose alors aux actionnaires le remboursement de leurs investissements sur présentation de leurs certificats d'actions. Certains investisseurs toutefois rejettent la proposition arguant qu'ils désirent être considérés comme propriétaires terriens. Mais l'État de Géorgie refuse de reconnaître leurs droits de propriété foncière et plusieurs procédures judiciaires sont intentées devant les tribunaux. D'après un commentateur moderne, le scandale du Yazoo est la plus grande escroquerie foncière de l'histoire<sup>53</sup>.

Un nouveau rebondissement intervient en 1802, à la suite d'une réorganisation territoriale au niveau fédéral qui aboutit à la création des États d'Alabama et du Mississippi. L'État de Géorgie transfère alors à l'administration fédérale américaine les dossiers contentieux relatifs aux droits de propriété portant sur les terrains de la région du Yazoo, qui sont souvent l'objet de procédures concurrentes. Le scandale devient ainsi un véritable imbroglio politico-judiciaire.

109. Le long et complexe processus judiciaire aboutit à la Cour Suprême qui rend le 16 mars 1810 une décision qui fera jurisprudence (*landmark case*) : *Robert Fletcher vs John Peck*<sup>54</sup>. En l'espèce, Robert Fletcher, plaignant, avait acheté de John Peck, défenseur, le titre de propriété d'un terrain dans la région du Yazoo pour la somme convenue de trois mille dollars. Peck avait acquis la propriété en 1795 alors que le *Yazoo Act* était en vigueur. Résidant dans des États du nord des États-Unis, Fletcher et Peck étaient des spéculateurs qui n'avaient pas l'intention de s'établir sur la propriété. En 1803, Fletcher intente un procès à Peck à qui il fait

---

<sup>52</sup> D'après Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 83.

<sup>53</sup> *Ibid.*, « Yazoo », p. 81-101.

<sup>54</sup> Texte complet et commentaires sur Justia, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/10/87/>.

grief de lui avoir vendu frauduleusement un terrain sur lequel il ne possédait pas de titre de propriété valable. Le cas est d'abord jugé dans le Massachusetts, dont le tribunal fédéral régional (*Circuit Court*) déboute Fletcher, mais celui-ci fait appel et le dossier est donc transmis à la Cour Suprême chargée de rendre un jugement définitif. Dans sa décision unanime, rendue le 16 mars 1810 et rédigée par John Marshall son président (*Chief Justice*), la Cour déclare la loi géorgienne de 1796 inconstitutionnelle et déboute Fletcher. Cette décision affirme les principes suivants :

- Prévalence de la loi des contrats, même si l'État, fédéral ou fédéré, est impliqué. L'achat et la vente de propriétés sont des contrats qui lient les parties ; le fait qu'une des parties soit un État n'atténue pas ses obligations. Il n'existe pas aux États-Unis de droit administratif au sens français et les litiges entre des personnes privées et des entités émanant de l'État, que ce soit au niveau fédéral ou local, relèvent du même droit des contrats.
- Protection contre les lois rétroactives. Une loi abrogeant les obligations contractuelles d'une loi antérieure est inconstitutionnelle, même si la première loi a été votée lors d'une procédure entachée de corruption. La décision abroge donc la loi de 1796 considérée comme ayant un effet rétroactif (*ex post facto law*) pénalisant injustement les investisseurs qui ont acheté de bonne foi des terrains vendus par l'État de Géorgie qui en avait la propriété. La Cour affirme ainsi la primauté de la constitution américaine qui déclare dans son article 1, section 10 (appelée *Contract Clause*), qu'aucun État ne promulguera de projet de loi ou d'amendement ayant un effet rétroactif limitant des obligations contractuelles antérieures (« *No State shall [...] pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts* »).
- Incompétence du judiciaire en matière de corruption, au moins dans le cas jugé, s'il n'existe pas de loi antérieure aux faits présumés de corruption permettant de qualifier ceux-ci de criminels. Cet élément est particulièrement important, car il explique la façon dont la lutte contre la corruption sera organisée (ou non) dans les juridictions américaines pendant environ un siècle et demi. Selon le président de la Cour Suprême John Marshall, en fonction de 1801 à 1835, il n'est pas du domaine (*province*) du pouvoir judiciaire de juger des faits de corruption en termes absolus. Bien que déplorant les faits de corruption, il note que la Cour n'a ni la responsabilité ni les moyens d'invalider la loi de 1795. Il pointe surtout l'absence d'une définition légale de la corruption. Quels critères utiliser pour déterminer si une loi ou tout autre acte juridique doivent être invalidés pour raison de corruption ? Il explique que la Cour doit se montrer circonspecte et écrit : « *It may well be doubted how far the validity of a law depends upon the motives of its framers, and how far the particular*

*inducements operating on members of the supreme sovereign power of a State to the formation of a contract by that power are examinable in a court of justice.* » (On peut bien mettre en doute jusqu'à quel point la validité d'une loi dépend des motifs de ceux qui l'ont encadrée [mise en place] et jusqu'à quel point des incitations particulières exercées sur les membres du plus haut pouvoir souverain d'un État ont contribué à la formation d'un contrat par cette entité sont du ressort d'un tribunal.) Il ajoute que, même si le principe de la compétence du tribunal est concédé et que celui-ci pouvait déclarer la nullité d'une loi, il serait toujours très difficile de déterminer quels moyens [de corruption] ont produit quels effets. Il s'interroge sur les critères pour déterminer s'il y a ou non corruption : « *Must it be direct corruption, or would interest or undue influence of any kind be sufficient? Must the vitiating cause operate on a majority, or on what number of the members? Would the act be null whatever might be the wish of the nation, or would its obligation or nullity depend upon the public sentiment?* » (Doit-on seulement considérer la corruption directe ou bien un intérêt ou une quelconque influence inopportune suffirait-il [pour qualifier l'acte de corruption] ? Faut-il que le fait corrupteur opère sur une majorité [des membres de l'assemblée de Géorgie] ou sur combien de ses membres ? Faudrait-il annuler l'acte, quel que soit le vœu de la Nation ou sa validation ou nullification dépendent-elles du sentiment public ?). Sans se faire d'illusion sur la probité des membres de l'assemblée de Géorgie, il note que l'État lui-même n'est pas partie au procès et ne nourrit donc aucun grief. Il met alors en avant une approche pragmatique : « *If the majority of the Legislature be corrupted, it may well be doubted whether it be within the Province of the judiciary to control their conduct, and if less than a majority act from impure motives, the principle by which judicial interference would be regulated is not clearly discerned.* » (Si la majorité des législateurs sont corrompus, on peut se demander s'il est du ressort du pouvoir judiciaire de contrôler leur conduite ; et si moins de la majorité des membres était mue par des motifs impurs, on ne discerne pas clairement par quel principe une intervention du pouvoir judiciaire serait régulée.)

110. Le fondement du cas présenté à la Cour Suprême est donc simplement une dispute entre deux parties privées à propos d'un titre de propriété que l'État de Géorgie est en droit de céder et que celui-ci ne conteste pas. Le juge note *a contrario* que s'il donnait raison à Fletcher, toute acquisition foncière future présenterait un risque aléatoire très élevé, aucun acheteur potentiel ne pouvant s'assurer de l'absolue légitimité des transactions antérieures. Il déboute ainsi Fletcher et confirme, en conclusion, le jugement de la cour du Massachusetts : « *It would be*

*indecent in the extreme, upon a private contract, between two individuals, to enter into an inquiry respecting the corruption of the sovereign power of a State. If the title be plainly deduced from a legislative act, which the Legislature might constitutionally pass, if the act be clothed with all the requisite forms of a law, a court, sitting as a court of law cannot sustain a suit brought by one individual against another founded on the allegation that the act is a nullity in consequence of the impure motives which influenced certain members of the Legislature which passed the law. The Circuit Court, therefore, did right in overruling this demurrer.* » (Il serait indécent à l'extrême, dans une affaire de contrat privé entre deux individus, de se lancer dans une enquête concernant la corruption du pouvoir souverain d'un État [fédéré]. Si le titre [de propriété] est le résultat clair d'un acte législatif que la législature est constitutionnellement en droit de voter, si l'acte en question est revêtu de toutes les formes requises d'une loi, un tribunal siégeant comme une cour de justice ne peut considérer une plainte déposée par un individu à l'encontre d'un autre individu au motif que l'acte [de propriété] est frappé de nullité en conséquence des motifs impurs qui ont influencé certains membres de la législature qui ont voté ladite loi. La Cour régionale [*Circuit Court*] a dit le droit juste en rejetant la plainte.)

111. Du point de vue de la lutte contre la corruption, ce jugement est une pierre angulaire pour au moins trois raisons :

a) La prévalence de la loi des contrats pour régler les litiges judiciaires même si ceux-ci ont pour origine la cession d'un actif public signifie que, contrairement à ce qui se serait passé en France, les entités étatiques ne jouissent d'aucun privilège particulier ;

b) Les entités étatiques, comme les particuliers, sont tenues de remplir leurs obligations sous le contrôle « normal » du pouvoir judiciaire ;

c) Et, surtout, le pouvoir judiciaire ne peut déclarer nul un acte présumé corrompu sauf si une loi antérieure à la commission des faits les caractérise comme criminels.

Nous notons le « juridisme pragmatique » du jugement : même si un acte est sans doute vicié pour fait de corruption, il serait « extrêmement indécent » de la part du pouvoir judiciaire de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif (et on pourrait ajouter exécutif), si celui-ci a rempli les conditions de forme du contrat. En termes clairs, les tribunaux n'ont pas de compétence directe inhérente pour juger de la corruption.

112. Près de deux siècles après la publication de l'arrêt, William Rehnquist, président de la Cour Suprême de 1986 à 2005, écrit que *Fletcher vs Peck* montre la sagesse de son

prédécesseur, le *Chief Justice* John Marshall, qui a su trouver une interprétation dynamique et pragmatique de la loi afin de protéger – par la prévalence du droit des contrats – le devenir d’une économie naissante mais dynamique : « *Fletcher v. Peck, represented an attempt by Chief Justice Marshall to extend the protection of the contract clause to infant business*<sup>55</sup>. » (*Fletcher vs Peck* représente la tentative de John Marshall d’étendre la protection du droit des contrats à une économie dans son enfance.)

Voilà expliquée la tolérance et relative clémence des tribunaux américains dans les questions de corruption pendant au moins un siècle et demi.

## **Section 2. Les débuts timides de la lutte contre la corruption au niveau fédéral**

113. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, les tribunaux américains ont à connaître de cas de corruption, mais les lois fédérales restent vagues quant à la définition du crime. Durant toute cette période, les priorités des pouvoirs publics évoluent, mais elles concernent avant tout l’occupation du territoire, le développement économique national fondé sur le capitalisme privé, la résolution de la guerre de Sécession et la reconstruction, puis la conquête de nouveaux marchés à l’échelle nationale et internationale au cours d’une époque qualifiée d’Âge Doré (*Gilded Age*). La corruption, tant qu’elle aide à graisser les rouages de la machine économique capitaliste, est tolérée. Les parlementaires, à moins d’y être contraints par l’opinion publique, ne sont pas motivés à promouvoir des normes très strictes. Ce n’est qu’en 1853, à la suite de scandales observés dans le financement d’une guerre contre le Mexique, qu’une loi fédérale interdit le détournement de fonds d’origine fédérale. Les périodes juste avant et après la guerre de Sécession (1861 à 1865) ne sont pas propices au passage d’une législation d’ensemble alors que diverses spéculations sont tolérées, sinon encouragées, par les pouvoirs politiques au niveau local comme fédéral.

En vertu du fédéralisme, c’est plutôt au niveau des États que les crimes sont définis et poursuivis avec plus ou moins d’ardeur. La corruption politique, c’est-à-dire toute action visant à influencer un législateur, n’est légalement interdite par des lois d’État en Indiana qu’en 1871 et en Louisiane en 1873<sup>56</sup>. On aboutit ainsi à un patchwork, pas toujours cohérent, de lois et

---

<sup>55</sup> Mémoire de William Rehnquist à son collègue de la Cour Suprême, *Justice*, Robert H. Jackson ; cité sous la rubrique *Fletcher vs Peck* de Wikipédia, consultée le 18 février 2018, [https://en.wikipedia.org/wiki/Fletcher\\_v.\\_Peck](https://en.wikipedia.org/wiki/Fletcher_v._Peck).

<sup>56</sup> D’après Teachout, Zephyr, *op. cit.*, chap. 5, “Is bribery without a remedy?”, p. 102-124.



jurisprudences locales. Dans de nombreux cas, les juges sont élus au niveau des États fédérés – et non nommés par l’administration fédérale. Cela les rend susceptibles d’être influencés par des intérêts locaux et pousse au clientélisme. Il y a quelques rares exceptions. En 1868, se fondant sur des précédents anglais de *common law*, la Cour Suprême du New Jersey condamne un cas de trafic d’influence (*State vs Ellis*<sup>57</sup>) alors qu’un tribunal de l’Illinois en 1872 condamne dans sa décision *The People vs Walshe*<sup>58</sup> un conseiller municipal (*alderman*) pour avoir « succombé à la tentation ». Dans les attendus, le tribunal explique : « *At common law bribery is a grave and serious offense against public justice; and the attempt or offer to bribe is likewise criminal.* » (En droit jurisprudentiel, la corruption est une offense grave et sérieuse contre la justice publique ; la tentative ou l’offre de corruption sont de ce fait des actes criminels.) Mais les condamnations sont peu fréquentes et, dans certains cas, annulées en appel. Ainsi la Cour Suprême du Michigan en 1893 refuse d’entériner la condamnation de James Randall, un député à la législature de l’État, car le plaignant, le journal *Detroit Evening News*, n’a pas fourni la preuve d’un lien direct de causalité entre les actions du député et les scrutins de l’assemblée dont il aurait corrompu les membres. Le tribunal estime dans *Randall vs Evening News Association* qu’il n’y a pas crime : « *To give entertainments for the purpose of unduly influencing legislation is wholly bad in morals but does not constitute the crime of bribery*<sup>59</sup>. » (Offrir des distractions dans le but d’influencer de façon illégitime (*unduly*) le processus législatif est foncièrement mauvais moralement, mais ne constitue pas un crime de corruption.)

114. La corruption, répandue et en pratique tolérée après *Fletcher vs Peck*, va encore s’aggraver aux États-Unis dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle. En fait, jusqu’à la guerre de Sécession, deux types de sociétés vont coexister, de manière presque autonome. Celle du Sud agraire, quasi aristocratique et dont l’économie et l’organisation sociale reposent sur l’esclavage d’une part et, d’autre part, le type de société des États septentrionaux, davantage tournés vers l’industrie et le commerce. La corruption est une préoccupation secondaire, car c’est surtout la question de l’esclavage qui domine alors le débat idéologique et conduit à une guerre fratricide et dévastatrice, la guerre de Sécession (*Civil War*) de 1861 à 1865.

115. Plusieurs changements sociétaux marquent la période suivante. Les accusations de corruption, révélées par une presse de plus en plus lue, sont nombreuses, mais les poursuites

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 119 ; voir aussi note 44, p. 331 qui cite la référence 33 NJL102 (NJ 1868).

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 119 ; voir aussi note 45, p. 331 qui cite la référence 65 Ill 58 (Ill 1872).

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 119, voir aussi note 45, p. 331 qui cite la référence 97 Mich 136, 143 (Mich 1893).

sont rares ou sans conséquence sérieuses. Les cas de corruption – concernant, entre autres, les contrats de fournitures militaires et le développement des chemins de fer – s’amplifient durant ce que l’on nomme l’Âge Doré (*Gilded Age*) du capitalisme. Les scandales, lorsqu’ils sont dénoncés par l’opinion publique et un nombre croissant d’électeurs informés par une presse parfois sensationnaliste, conduisent à de nouvelles lois ou décisions de la Cour Suprême. Celles-ci établissent de nouvelles règles, doctrines ou précédents qui influencent la lutte contre la corruption. Nous évoquerons plus particulièrement le *False Claims Act* de 1863, la décision *Illinois Central* de 1893 qui établit la doctrine du *Public Trust* ; le cas *Oscanayan*, emblématique de l’état d’esprit d’*hubris* (orgueil) qui prévaut à la Cour Suprême ainsi que le *Guano Act* et l’affaire des mutins de l’île de la Navasse qui mettent en évidence le début de l’application extraterritoriale du droit américain à une époque où les États-Unis commencent à assumer mondialement leurs responsabilités.

#### **A. Le *False Claim Act* et le contrôle des contrats militaires**

116. Aux États-Unis comme en France, l’obtention de contrats de fourniture d’armes et d’équipements militaires peut générer des activités très lucratives. Déjà, pendant et après la guerre d’Indépendance, Robert Morris (1734-1806), surnommé le « banquier de la Révolution (*Financier of the American Revolution* ou parfois *The Patriot Financier*) », est à la fois membre du Congrès et du Comité secret (*Secret Committee*) qui décide de l’attribution de contrats de fournitures militaires. Il est aussi un spéculateur et intermédiaire privé, notamment pour la fourniture d’armes achetées en France<sup>60</sup>. Soupçonné d’avoir reçu des commissions des fournisseurs et d’avoir retardé l’exécution de certains contrats pour son profit personnel, Morris viole sciemment une loi de 1789 votée pour prévenir les conflits d’intérêts. Il accumule d’énormes dettes privées (plus de trois millions de dollars de l’époque) pour financer des opérations de spéculation foncière. Finalement emprisonné pour dettes en 1798, il sera libéré en 1801 à la suite d’interventions de George Washington et Thomas Jefferson. Ainsi, malgré ses références répétées à la vertu, la jeune république peut parfois se montrer clément avec ceux qui transgressent ses lois, pour peu qu’ils aient des amis haut placés.

117. Les débuts de la guerre de Sécession en 1861 et 1862 sont difficiles pour l’Union (troupes du Nord). Des légions de fournisseurs sans scrupule vendent à l’état-major – dont les

---

<sup>60</sup> Sur la carrière et les spéculations de Robert Morris, voir J. Sheehan, Raymond, *The Original Sins, America’s Fight Against Corruption in the Era of Manifest Destiny*, Xulon Press, 2016; en particulier le chapitre « Robert Morris : Follies of “the Financier” », p. 29 sq.

membres bénéficient parfois de pots-de-vin ou autres rétrocommissions – toutes sortes de produits défectueux pourtant chèrement payés : moyens de transport surfacturés, carabines qui ne peuvent faire feu, munitions remplies de sable plutôt que de poudre, chevaux et mules qui s'écroulent dès qu'on les charge. Parfois conscients des fraudes, les ministres de tutelle sont impuissants pour les arrêter. Ainsi en 1863, le Secrétaire à la Guerre, Edwin Stanton, fait traduire en cour martiale le colonel James Belger<sup>61</sup>, quartier-maître des opérations sur la Rivière rouge, qui avait attribué sans appel d'offres plusieurs contrats de transport à des armateurs qui lui avaient été présentés par un intermédiaire douteux, Amasa C. Hall. Mais Belger prend pour avocats Wilton Whitney, très connu au barreau de Baltimore, et Henry Winter Davis, député du Maryland à la Chambre des Représentants. Ils avancent auprès de la cour martiale que l'enrichissement personnel de leur client n'est pas prouvé et que les pratiques qu'il a employées peuvent se justifier en temps de guerre. Les avocats sont particulièrement convaincants et la cour martiale déclare l'accusé non coupable. Ce dernier sera tout de même révoqué par le ministre, mais la révocation sera annulée en 1867 et Belger réintégré à l'armée dans son rang<sup>62</sup>. En 1861, dès les premiers mois de la guerre et les revers militaires de l'Union, l'opinion, alertée par les soldats mobilisés qui écrivent à leurs familles et à la presse, s'émue des nombreux cas de prévarication dans l'armée. Le 8 juillet, un comité d'enquête de sept membres du Congrès, le *Select Committee on Government Contracts*, est formé. Il découvre que le département de la Guerre, dirigé par Simon Cameron, et celui de la Marine, sous les ordres de Gideon Welles, – tous deux ministres du président Lincoln – octroient régulièrement à leurs relations des contrats sans appel d'offres.

Les pratiques sont encore plus opaques concernant les contrats militaires pour la conquête de l'Ouest. Le Comité présente un rapport de plus de trois mille pages. Cameron est contraint à la démission et, sur proposition du Comité, le Congrès approuve le 2 mars 1863 le *False Claims Act* qui criminalise dans les contrats militaires toutes formes de factures inexactes, détournement de fonds et plus généralement collusion dans le but de frauder au détriment du gouvernement (« *conspiracy to defraud the government in contracts* »). Si les accusés sont reconnus coupables, les sanctions sont sévères et cumulatives : amende pouvant aller jusqu'à cinq mille dollars par fraude et peines de prison.

118. Encore plus intéressant pour notre étude est la création d'une procédure dite *qui tam*, qui établit un système de lanceurs d'alertes. Comme il n'existait pas à l'époque de département

---

<sup>61</sup> Sur le cas James Belger voir J. Sheehan, Raymond, *op. cit.*, p. 189-195.

<sup>62</sup> Il servira jusqu'en 1878.

de la Justice avec des pouvoirs d'enquête modernes, le *False Claim Act* de 1863 établit une procédure (*Qui Tam Lawsuit Process*)<sup>63</sup> qui encourage tout citoyen à dénoncer les abus qu'il pourrait relever dans l'administration d'un marché public, qu'il en soit la victime directe ou non. Si la dénonciation est jugée fondée et permet de mettre fin aux prévarications constatées, le lanceur d'alerte est habilité à recevoir une compensation monétaire. La procédure, inspirée par une vieille pratique anglaise du XIV<sup>e</sup> siècle et déjà utilisée aux époques coloniale et postcoloniale, permet à toute personne de s'ériger en procureur et d'intenter un procès, « en son nom et en celui du souverain », contre un fraudeur du bien public. Le juge peut alors accorder au lanceur d'alerte une récompense qui peut atteindre la moitié des économies réalisées par l'État.

119. Le *False Claim Act*, peu mis en pratique après la guerre de Sécession, fait l'objet d'une réforme et d'amendements en 1986. Un avocat éditorialiste<sup>64</sup> estime que, depuis l'entrée en vigueur de sa nouvelle version, il aurait permis des économies de plus de 20 milliards de dollars, sans compter l'effet de dissuasion sur les fraudeurs potentiels. L'idée d'utiliser les citoyens comme auxiliaires de la justice et de les en récompenser est donc une pratique bien ancrée dans l'histoire américaine.

## **B. Les locomotives de la corruption**

120. Les chemins de fer sont les « locomotives de la corruption<sup>65</sup> » au XIX<sup>e</sup> siècle. Ils constituent les mailles autour desquelles le pays se développe et sont le principal facteur d'intégration nationale. Ils créent un nouveau cadre économique, mais aussi sociétal et, comme nous le verrons, sont à l'origine de plusieurs lois et décisions de la Cour Suprême qui auront un impact de longue durée dans la lutte contre la corruption. Le développement du réseau ferré, contrairement au modèle français, repose sur des initiatives et financements privés. Aidés par l'essor du capitalisme mondial, les investissements proviennent non seulement de l'épargne américaine, mais des actions et des obligations qui sont régulièrement lancées par des intermédiaires spécialisés sur les places boursières de Londres et Paris alors que ces marchés sont relativement peu régulés. Cette activité de banque d'affaires ou de courtier peut être très lucrative pour les intermédiaires financiers qui perçoivent des commissions dont les montants

---

<sup>63</sup> Voir Bothwell, Mike, *What Is the Qui Tam Lawsuit Process and How Long Does It Typically Take?* publié par *Bothwell Law Group* le 20 février 2017, <https://whistleblowerlaw.com/qui-tam-lawsuit-process-long-typically-take/>.

<sup>64</sup> Greenbaum, Mark, « *The Civil War's War on Fraud* » paru dans le *New York Times* du 7 mars 2013.

<sup>65</sup> L'expression est de Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 125.

sont calculés en fonction des titres placés alors que pour l'essentiel le risque est assumé par l'investisseur. Toutefois, l'expansion des chemins de fer aux États-Unis n'est possible qu'avec l'appui des législateurs, au niveau fédéré comme fédéral, car ce sont eux qui votent les lois qui valident la formation des compagnies ferroviaires, approuvent les tracés, accordent les concessions et permettent souvent des montages financiers ou des emprunts à des conditions préférentielles grâce à des subventions ou des garanties.

La puissance publique, sous ses diverses formes, est aussi le principal promoteur et client des chemins de fer. C'est dire que les possibilités de fraude et corruption sont nombreuses et variées. Les concessions sont accordées par le Congrès et les négociations sont souvent entachées de subornation ou corruption sous diverses formes. Dans plusieurs cas, les membres influents du Congrès reçoivent à titre individuel des pots-de-vin ou autres faveurs des compagnies ferroviaires ou de leurs agents (*lobbyists*). Nous ne mentionnerons ici que deux affaires qui défrayèrent la chronique : celle de l'Union Pacific Railroad qui fut à l'origine de ce que l'on appela le scandale du Credit Mobilier ; puis celle d'Illinois Central Railroad qui en 1893 aboutit à la formulation par la Cour Suprême de la doctrine du *Public Trust*.

### 1. Le scandale du Credit Mobilier<sup>66</sup>

121. Le titre de *Credit Mobilier of America* apparaît juridiquement en 1867. C'est le nouveau nom d'une société par actions, initialement créée en 1859, qui avait pour vocation de lever des fonds et de coordonner les travaux en vue du financement du premier chemin de fer transcontinental, l'Union Pacific Railroad. La nouvelle compagnie n'a aucun lien avec la société homonyme française, mais le nom est clairement choisi pour inspirer confiance aux investisseurs. Le Credit Mobilier américain surfacture ses services à la compagnie de chemins de fer et, au fur et à mesure que les travaux avancent, reçoit en rémunération des obligations ou actions Union Pacific qui payent de généreux intérêts ou dividendes à leurs détenteurs. Au cours de la campagne présidentielle de 1872, la société et ses dirigeants sont accusés d'enrichissement frauduleux par le journal *The Sun* qui met en cause plusieurs élus et hommes politiques, en particulier le vice-président des États-Unis, le président de la Chambre des représentants et plusieurs parlementaires fédéraux ou leurs proches qui avaient reçu ou acquis des actions du Credit Mobilier à des conditions particulièrement avantageuses. Une commission d'enquête mixte du Sénat et de la Chambre des représentants est formée. Elle conclut ses travaux en

---

<sup>66</sup> Voir en particulier Sheehan, Raymond J., *The original Sins, America's Fight Against Corruption in the Era of Manifest Destiny*, op. cit., p. 158 sq.

recommandant la déchéance d'un sénateur (qui ne fut pas actée) et le blâme de deux représentants (qui conservèrent leurs sièges). Agitant l'opinion publique, le scandale montre la puissance grandissante de la presse. Mais il a peu de conséquences politiques. Le président Ulysses S. Grant, qui a changé de vice-président, est largement réélu avec 286 voix contre 86 au collège électoral. Son ancien vice-président, Schuyler Colfax, prend sa retraite en 1870 et s'installe paisiblement et confortablement dans son Indiana natal ; il devient un orateur bien écouté et bien rémunéré pour ses conférences dans tout le Midwest.

Dans la mémoire collective des Américains, principalement les juristes, le Crédit Mobilier comme le Yazoo sont restés des exemples de fraudes à grande échelle dont les auteurs n'ont jamais été inquiétés, typiques du XIX<sup>e</sup> siècle.

## 2. Illinois Central et la doctrine du *Public Trust*<sup>67</sup>

122. Alors que Chicago, dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, devient le principal centre ferroviaire des États-Unis, l'Illinois Central Railroad (l'une des sociétés concessionnaires) propose d'acquérir et de développer des terrains dans la zone destinée à devenir le principal port fluvial et le nœud ferroviaire du Midwest. En 1869, la législature de l'État de l'Illinois vote le *Lake Front Act* qui confirme l'attribution (*grant*) de terrains pour une superficie totale de 12 000 km<sup>2</sup> (trois millions d'acres) le long du lac Michigan. Le texte de loi précise que l'Illinois Central Railroad peut prendre possession et utiliser pour ses activités tout terrain (y compris ceux immergés), cours d'eau et matériau situé dans la zone sous son contrôle<sup>68</sup>.

Or vers la même époque, un ancien sénateur, Alonzo Mack, devient l'employé d'Illinois Central. D'après les journaux de Chicago, il propose, avec le concours d'autres lobbyistes, de payer à ses anciens collègues de vingt à vingt-cinq mille dollars par vote venant soutenir le projet. Il s'assure aussi l'appui d'une partie de la presse locale en soudoyant à sa cause des journalistes influents. Mais Mack meurt en 1873 et, après sa disparition, la nouvelle législature vote un projet de loi pour annuler le *Lake Font Act*. Les avocats d'Illinois Central entament alors une procédure de recours qui aboutit devant la Cour Suprême fédérale. Celle-ci doit tenir compte du précédent créé par la décision de 1810, *Fletcher vs Peck*<sup>69</sup>, selon laquelle la cession (*grant*) de terrains par une législature est assimilable à un contrat de droit privé. La cession en

---

<sup>67</sup> Voir en particulier Teachout, Zephyr, *Corruption in America*, op. cit., p. 137 sq.

<sup>68</sup> « *To enter upon and take possession of, and use all and singular any lands, streams and materials of every kind* ».

<sup>69</sup> Voir ci-dessus.

question ne peut donc être unilatéralement annulée par une législature ultérieure. La Cour Suprême en 1892, par une marge de quatre votes contre trois dans une décision controversée, reconnaît que même s'il y a eu corruption de ses membres, la législature d'Illinois est légitimement en droit de céder des terrains dont l'État est propriétaire. Toutefois les droits de l'État sont restreints lorsqu'il y a une « substantielle diminution des intérêts du public sur les voies d'eau et toujours sous la subordination du droit supérieur du Congrès à contrôler la navigation comme cela peut être nécessaire pour réglementer le commerce avec les nations étrangères et entre les États<sup>70</sup>. »

123. Cette décision est considérée par certains juristes américains comme l'« Étoile polaire » (*Pole star*) dans l'élaboration de la doctrine du bien public (*public trust doctrine*) selon laquelle les États sont dépositaires pour le bien de la nation (*for the public trust*) des voies d'eau et des terrains nécessaires à un bon déroulement du commerce entre États ou avec les pays étrangers et, par conséquent, ne sont pas en mesure de les aliéner à d'autres intérêts. Cette doctrine sera progressivement étendue, garantissant par exemple au public l'accès aux plages et aux rivières. La décision de la Cour Suprême de 1892 a ainsi pour effet d'annuler la loi du *Lake Front Act* votée par une législature généralement reconnue comme corrompue ; elle précise certains droits et devoirs des États, mais ne définit pas les critères de ce qui constitue un acte criminel. Cette position ambiguë concernant la non-définition de la corruption est affirmée par d'autres jugements, même s'ils sont moins solennels que l'arrêt *Illinois Central*.

Ainsi, déjà en 1872, un tribunal du Maryland avait précisé que « la *Common Law* [loi applicable] non seulement ne donne pas de définition de la fraude, mais, peut-être sagement, affirme par principe qu'il n'y aura pas de définition, car c'est la nature et l'essence de la fraude que d'éluder en fait toutes les lois en donnant l'apparence de respecter leur forme ». Ainsi énoncer une définition technique de la fraude reviendrait en pratique à indiquer au rusé comment s'y prendre pour éviter l'emprise de la loi<sup>71</sup>. Cette position est encore réaffirmée par un tribunal fédéral régional (*Circuit Court*) en 1958 : « La loi ne définit pas la fraude ; elle n'a pas besoin de définition ; elle est aussi vieille que le mensonge et adaptable que l'ingénuité

---

<sup>70</sup> « *Substantial impairment of the interest of the public in the waters, and subject always to the paramount right of Congress to control their navigation so far as may be necessary for the regulation of commerce with foreign nations and among the states* », arrêt *Illinois Central Railroad Company vs Illinois*, 146 US 387, publié le 5 décembre 1892. Voir Justia : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/146/387/>

<sup>71</sup> *McAlee vs Horsey*, 35 Md. 439,452, 1872, « *The Common Law not only gives no definition of fraude, but perhaps wisely asserts as a principle that there shall be no definition of it, for, as it is the very nature and essence of fraud to elude all laws in fact, without appearing to break them in form ; a technical definition of fraud...would in effect telling to the crafty precisely how to avoid the grasp of the law.* », cité par Buell, Samuel W., *op. cit.*, p. 42.

humaine<sup>72</sup> ». Le point fondamental pour notre étude, et qui explique la permanence des pratiques de corruption, est que jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, le législateur américain, comme d'ailleurs en France ou en Angleterre, peut moralement et publiquement condamner la corruption, qu'elle soit nationale ou internationale, mais se garde de mettre en place des mécanismes de prévention et répression effectifs.

### **Section 3. Moralisme et expansion internationale de l'Âge Doré (*Gilded Age*)**

124. La société américaine affirme son dynamisme et son caractère innovant à partir du dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle. Une économie en forte, mais irrégulière, expansion, l'affirmation internationale de la puissance américaine, une immigration massive et des inégalités sociales croissantes, masquent mal le moralisme officiel. Graduellement des réformes destinées à limiter la corruption sont mises en place.

#### **A. L'essor du capitalisme à l'Âge Doré**

*The Gilded Age*<sup>73</sup> est le titre d'un livre de Mark Twain et Charles Dudley, publié en 1873. Le roman est une satire sociale mordante qui montre les profondes transformations de la société et les aspirations des Américains. Il décrit le déracinement de familles rurales dont les membres les plus dynamiques se lancent dans la spéculation foncière ou émigrent vers la capitale, Washington, pour faire du *lobbyism* en essayant de s'assimiler aux classes possédantes qui comptent beaucoup de nouveaux riches<sup>74</sup>. Par extension, pour les historiens, l'Âge Doré est la période allant des années qui suivent la guerre de Sécession au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>75</sup> : elle correspond à peu près à la deuxième partie de l'ère victorienne en Angleterre et à la Belle Époque en France. Aux États-Unis, les bouleversements sociétaux sont encore plus importants qu'en Europe : le chemin de fer permet le développement d'une économie véritablement

---

<sup>72</sup> *Gregory vs United States*, 5th circuit, 1958, « *The law does not define fraud ; it needs no definition ; it is as old as falsehood and as versatile as human ingenuity* », cité par Buell, Samuel W. ; *op. cit.*, p. 42.

<sup>73</sup> Twain, Mark et Dudley Warner, Charles, *The Gilded Age. A Tale of Today*, Penguin Classics (Re-edition), Londres-New York, 2001. Le titre a été traduit et publié en français sous le titre *L'Âge d'or*. En anglais l'adjectif *gilded* a une connotation péjorative : « plaqué or » plutôt « qu'en or ».

<sup>74</sup> Le livre fait bien la distinction entre un « Âge d'or (*Gold Age*) » qui décrit une époque faste, et une période « dorée (*gilded*) » où les apparences comptent plus que la substance.

<sup>75</sup> Les dates exactes de début et fin de l'Âge Doré varient selon les historiens. Pour notre étude, nous considérons que la période va de 1865 (fin de la guerre de Sécession) à 1917 (entrée des États-Unis dans la Première Guerre mondiale). Certains historiens considèrent que l'époque de la reconstruction (1865 à 1877) et celle dite progressive (1901 à 1917) doivent être étudiées séparément. Pour une discussion de ces dates voir [https://en.wikipedia.org/wiki/Gilded\\_Age](https://en.wikipedia.org/wiki/Gilded_Age).



nationale où marchandises et personnes circulent facilement ; l'agriculture dispose de vastes terres cultivables et ses produits peuvent dorénavant être transformés, stockés et consommés dans toutes les régions du pays ou exportés. Les sources d'énergie, notamment le pétrole et le charbon, abondent dans certaines régions et deviennent relativement faciles à transporter. La production, et en particulier l'industrie, croissent exponentiellement grâce à un capitalisme conquérant et à l'arrivée massive d'immigrants qui se concentrent dans les villes où ils deviennent de nouveaux électeurs<sup>76</sup>. La population passe de 3 millions en 1870 à 107 millions en 1917<sup>77</sup>. Les immigrants qui, au moins pour une ou deux générations, tendent à se regrouper géographiquement selon leurs groupes ethniques et religieux, deviennent les cibles privilégiées d'ambitions électorales ; ainsi les *machines* (les cadres des administrations municipales) de certaines municipalités (New York, Boston, Philadelphie, Minneapolis, Cleveland, Chicago) ont souvent une connotation ethnique.

Cette période de bouleversements ne va pas sans soubresauts, y compris l'assassinat de trois présidents : Abraham Lincoln en 1865, James Garfield en 1881 et William McKinley en 1901. Plusieurs crises économiques, débutant généralement par des faillites de banques (*banking panic*), engendrent l'instabilité économique et sociale. La « longue dépression (*Long Depression*) » dure de 1873 à 1879 et des paniques bancaires secouent les marchés en 1873, 1884, 1890, 1896, 1901 et 1907.

125. La répartition de la richesse est très inégale. Le marché américain est protégé par des droits de douane élevés, mais la mise en place de nouvelles technologies développées et brevetées localement comme le procédé Bessemer en sidérurgie ou les nouveaux moyens de communication que sont, à côté des chemins de fer, le télégraphe et le téléphone exigent des financements importants. On aboutit ainsi à des concentrations autour de conglomérats (*trusts*) à tendance monopolistique tout puissants dirigés par de fortes personnalités pas toujours scrupuleuses, parfois nommées les « barons voleurs » (*robber barons*), tels John D Rockefeller, Andrew Carnegie, Jay Gould, J. P. Morgan ou Cornelius Vanderbilt<sup>78</sup>. Ceux-ci développent un immense pouvoir politique, utilisant parfois des méthodes de corruption. Le président Rutherford B. Hayes, paraphrasant la formule de Lincoln, notait dans son journal en 1888 que les États-Unis avaient cessé d'être « un gouvernement pour le peuple, par le peuple et pour

---

<sup>76</sup> En 1824, il y a moins d'un demi-million d'électeurs inscrits qui votent ; en 1880 ils sont plus de neuf millions selon Teachout, Zephyr, *op. cit.* p. 174.

<sup>77</sup> Source : *US Census Bureau* ; tableaux A 6-8 p.8 et A 105-118 p. 14 : <https://www.census.gov/history/pdf>.

<sup>78</sup> Cette courte liste est extraite d'un article d'*Encyclopedia Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/robber-baron>.

servir le peuple » pour devenir « un gouvernement de la *corporation*, par la *corporation* et pour servir la *corporation*<sup>79</sup>. »

Quand ils l'estiment nécessaire, les « barons voleurs » n'hésitent ni à utiliser des services de police privée contre les syndicalistes, les manifestants ou grévistes, ni à soudoyer des juges (dont beaucoup sont élus) et des parlementaires, ni à faire du *lobbying* (c'est-à-dire à peser sur les décisions de la puissance publique par l'action d'intermédiaires rémunérés) auprès des dirigeants politiques à différents niveaux. Les élections sont influencées par la presse, y compris bon marché (*penny newspapers*, équivalents des tabloïdes modernes) qui peut être sensible à des « incitations financières ». Il est aussi littéralement possible d'acheter des votes : les intermédiaires, souvent en collusion avec les *machines* municipales et les « électeurs flottants » (*floaters*), peuvent être rémunérés jusqu'à trente dollars par vote<sup>80</sup>. Comme les bulletins de vote sont imprimés par les candidats ou leurs partis, des intermédiaires les fournissent aux électeurs et accompagnent ceux-ci au bureau de vote. Même si le vote est réputé secret, l'intermédiaire peut s'assurer que l'électeur vote comme convenu en le surveillant de près et en le menaçant de représailles en cas de défaillance. Les bulletins de vote sont parfois imprimés sur du papier de couleur, facilement visible de l'entrée du bureau : en 1878 dans le Massachusetts, le parti républicain distribue aux électeurs des bulletins aux bordures rouge vif alors que les démocrates en Caroline du Sud impriment leurs bulletins sur du papier bleu<sup>81</sup>. Le système politique américain, où chaque État définit son propre système électoral, est ainsi perméable à toutes sortes d'influences qui, en pratique, sont des formes de corruption.

## **B. L'expansion internationale et l'exceptionnalisme américain**

126. C'est au cours de l'Âge Doré que les États-Unis, devenus première puissance économique de la planète, prennent vraiment conscience de leur rôle international, mais les prémices sont plus anciennes. Parmi les Pères fondateurs, si Washington prône plutôt l'isolationnisme, beaucoup voient en la jeune république non seulement un modèle de vertu et d'organisation économique et sociale pour le reste de l'humanité, mais lui prédisent un rôle international actif. Dans un de ses pamphlets, Thomas Paine écrit que l'Amérique a le pouvoir

---

<sup>79</sup> « Rutherford B. Hayes noted in his diary that the United States ceased being a government for the people and had been replaced by a "government of the corporation, by the corporation, and for the corporation », d'après Bacon, Katie (June 12, 2007), "The Dark Side of the Gilded Age", *The Atlantic*.

<sup>80</sup> Voir Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 178.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 179.

en elle de « réinventer le monde » (« *to begin the world over again* »<sup>82</sup>). Pour Alexander Hamilton, les Américains sont « l’embryon d’un grand empire » (*the embryo of a great empire*<sup>83</sup>).

Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, après l’acquisition de la Louisiane en 1803, plusieurs territoires anciennement sous souveraineté espagnole puis mexicaine sont acquis, conquis ou annexés : Floride (1819) ; Texas (1845) ; Californie, Colorado, Nouveau-Mexique, Nevada, Wyoming, Utah et Arizona (1848). À la fin de la guerre de Sécession, les frontières des 48 États continentaux sont pratiquement établies. Il ne reste plus qu’à acquérir l’Alaska de la Russie en 1867 et à annexer Hawaï en 1898<sup>84</sup>.

### 1. La doctrine Monroe

127. Dès 1823, dans son message annuel au Congrès, le président James Monroe expose la doctrine qui porte son nom. À l’époque, la France et l’Angleterre cherchent à étendre leurs empires plutôt en Afrique et en Asie alors que l’Espagne est la puissance dominante sur le continent américain. Mais, suivant en cela l’exemple américain, les colonies espagnoles d’Amérique latine déclarent leur indépendance. Selon Monroe, Vieux Monde (essentiellement l’Europe) et Nouveau Monde (les Amériques) sont non seulement éloignés géographiquement, mais aussi idéologiquement. Ils doivent ainsi constituer des sphères d’influence distinctes.

La doctrine s’articule autour de quatre principes :

a) Les États-Unis n’entendent pas intervenir dans les affaires internes ou les conflits entre puissances européennes ;

b) Les États-Unis reconnaissent l’existence de colonies et dépendances de puissances européennes dans l’hémisphère occidental ;

Mais

c) Le continent américain ne doit pas être la cible de nouvelles tentatives de colonisation européennes ;

---

<sup>82</sup> “Common Sense” dans *Thomas Paine. Collected Writings*, éd. Eric Foner, New York, 1995, p. 52, cité par H. Hunt, Michael, *The American Ascendancy*, op. cit., p. 40.

<sup>83</sup> “The Defence No II” dans *The Papers of Alexander Hamilton*, éd. Harold C. Syrett et al., New York, Columbia University Press, 1961, p. 498, cité par H. Hunt, Michael, *The American Ascendancy*, op. cit., p. 41.

<sup>84</sup> L’Alaska et Hawaï changent de statut et deviennent des États fédérés en 1959.

d) Les pays dont l'indépendance a été reconnue doivent rester indépendants. Toute tentative d'intervention contre eux serait considérée comme un acte inamical à l'encontre des États-Unis<sup>85</sup>.

128. En application de la doctrine Monroe, les Américains s'intéressent d'abord à leur hémisphère qui est ainsi une chasse gardée dont ils deviennent en quelque sorte l'arbitre et le gendarme. Les politiciens et journalistes étatsuniens, au nom de la vertu et des grands principes de la démocratie, dénoncent fréquemment les colonialismes européens alors que les interventions américaines peuvent être « musclées ». On note, sous différents prétextes, des interventions au Pérou (1835), Nicaragua (1855<sup>86</sup>), Colombie (1856 et 1903), Guatemala (1885), Argentine (1890), Chili (1891), Haïti (1891 et 1914), Honduras (1903 et 1911), République dominicaine (1905 et 1916) et Costa Rica (1917). Mais les occupations militaires sont généralement de courte durée.<sup>87</sup> Cette politique interventionniste n'empêche pas, tout en respectant au moins en apparence les principes démocratiques, de conserver quelques points stratégiques (Guantanamo à Cuba et la zone du canal de Panama) et de mettre en place des régimes amis, généralement réceptifs aux sollicitations du « grand frère yankee ». On évite soigneusement une colonisation à l'européenne, contraire aux principes fondateurs, et qui risquerait d'avoir pour conséquence la prise en charge d'une population de culture différente qu'on ne pourrait absorber<sup>88</sup>.

Les interventions ont des motifs parfois humanitaires, comme aider et protéger des missionnaires, mais souvent économiques pour assurer des marchés, des approvisionnements ou la liberté du transport maritime. Combattre l'oppression des élites locales et donc leur

---

<sup>85</sup> « *With the existing colonies or dependencies of any European power, we have not interfered and shall not interfere. But with the Governments who have declared their independence and maintained it, and whose independence we have, on great consideration and on just principles, acknowledged, we could not view any interposition for the purpose of oppressing them, or controlling in any other manner their destiny, by any European power in any other light than as the manifestation of an unfriendly disposition toward the United States.* »

<sup>86</sup> Le pays est envahi par un groupe de mercenaires financé par le « baron voleur » Cornelius Vanderbilt et dirigé par William Walker, mais à l'issue d'une guerre civile, celui-ci est fusillé en 1860.

<sup>87</sup> D'après l'historien Daniel Imerwahr (*How to Build an Empire, op. cit.*), pendant la guerre du Mexique, de 1846 à 1848, les troupes américaines occupent la capitale, mais se retirent dès qu'un nouveau régime confirme les annexions territoriales du Texas et des zones qui formeront les futurs États fédérés du Nouveau-Mexique, Arizona, Utah, Wyoming, Nevada et Californie. Le Mexique reste sous influence américaine. Selon l'expression d'un journaliste, les États-Unis ont réussi à s'appropriier tous les territoires de valeur qu'ils souhaitaient acquérir sans avoir à prendre en charge davantage de population (« *all the territory of value we can get without taking the people* »). Une nouvelle invasion du Mexique a lieu en 1913 qui conduit à une guerre civile de quatre ans.

<sup>88</sup> Dans quelques cas (Puerto Rico, Guam), un statut d'autonomie est accordé, mais qui n'entraîne pas de représentation au Congrès. En 1903, on encourage la formation du nouvel État souverain de Panama qui fait sécession de la Colombie et concède en 1904 aux États-Unis la zone du canal éponyme, ils la conserveront jusqu'en 1977.

corruption peut servir de prétexte à une invasion. Les États-Unis se réservent ainsi, à leur discrétion et dans une première étape dans leur propre zone géographique, les Amériques, le droit d'exercer leur pouvoir au-delà des frontières de leur juridiction souveraine. Il se développe ainsi une sorte d'interventionnisme habillé de moralisme, mais qui tend à se confondre avec des intérêts économiques.

## 2. La Destinée manifeste et l'Exceptionnalisme américain

129. La doctrine de la Destinée Manifeste (*Manifest Destiny*) donne un fondement idéologique à l'expansionnisme et à l'interventionnisme américains. L'expression a été créée et largement diffusée par John L. O'Sullivan, journaliste, éditeur de journaux et soutien du parti démocrate de l'époque. Il publie, en 1839, un article dans lequel il déclare : « La naissance de notre nation marque le début d'un nouveau chapitre dans l'histoire [du monde] avec la formation d'un système politique inédit [*untested*] qui nous sépare du passé et nous projette vers le futur... Nous pouvons avec confiance affirmer que notre pays est destiné à devenir la grande nation du futur<sup>89</sup>. » Ce mouvement est contemporain du développement du principe des nationalités, du développement du capitalisme industriel et des espérances suscitées par le progrès scientifique en Europe. Au cours des années suivantes, les défenseurs de cette théorie, le président James K. Polk<sup>90</sup> en particulier, se servent de cette doctrine, en fait plutôt un dogme, pour justifier l'expansion territoriale des États-Unis, pays de liberté et de progrès, dont la vocation est de conquérir et civiliser le reste du continent. Cette vision positiviste du « progrès américain » se retrouve dans des tableaux de l'époque<sup>91</sup>. Elle est aussi bien illustrée par un poème de John Greenleaf Whittier publié par un journal du Kansas en 1876 et dont une strophe résume le nouveau credo :

|                                              |                              |
|----------------------------------------------|------------------------------|
| « <i>The rudiments of Empire here,</i>       | Ici l'ébauche de l'Empire    |
| <i>Are plastic yet and warm :</i>            | Encore chaude et malléable : |
| <i>The chaos of a mighty world</i>           | Chaos d'un monde puissant    |
| <i>Is rounding into form.<sup>92</sup> »</i> | En train de se former.       |

<sup>89</sup> O'Sullivan, John L., "The Great Nation of Futurity", *Democratic Review* 6, Novembre 1839. Cité par Hunt, Michael, *op. cit.*, p. 34.

<sup>90</sup> James Polk, 11<sup>e</sup> président des États-Unis de 1845 à 1849, est un des principaux artisans de la guerre contre le Mexique et de l'expansion vers l'Ouest.

<sup>91</sup> En particulier un tableau de 1872 de John Gast intitulé *American Progress* à la Bibliothèque du Congrès.

<sup>92</sup> *The Seer* de John Greenleaf Whittier (1807-1892). Voir C.D. Warner *et al.*, comp. *The Library of the World's Best Literature. An Anthology in Thirty Volumes*, 1917, <https://www.bartleby.com/library/poem/5676.html>.

130. La Destinée manifeste qui, logiquement, s'applique d'abord à l'annexion des vastes territoires à l'ouest du Mississippi, prend bientôt une dimension internationale. Lorsque le président Andrew Jackson parle du devoir d'« étendre le territoire de la liberté » (*extending the area of freedom*<sup>93</sup>), il ne précise pas ses limites géographiques. Cette nécessité d'expansion est à la fois un droit, un devoir et une obligation morale. C'est en quelque sorte la version américaine de la doctrine de la « mission civilisatrice » du colonialisme français. Dans son poème publié en 1899 et connu de tous les écoliers anglo-saxons, *The White Man's Burden. The United States and The Philippine Islands*<sup>94</sup> (« Le Fardeau de l'homme blanc. Les États-Unis et les îles des Philippines »), Rudyard Kipling, poète britannique mais chantre du colonialisme, encourage les États-Unis à assumer ce rôle. On note toutefois une composante ethnique dans l'approche anglo-saxonne qui fait spécifiquement référence à la « blancheur » du civilisateur. Plus universaliste, le colonialisme français proclame l'objectif d'éduquer et à terme d'assimiler les indigènes. L'expansionnisme américain vise certes à répandre dans le monde les valeurs démocratiques, mais il se préoccupe aussi de ne pas bouleverser la composition démographique des États-Unis.

131. Selon Daniel Immerwahr<sup>95</sup>, les dirigeants américains de l'époque sont confrontés à un dilemme à trois composantes car ils désirent à la fois :

- a) promouvoir des principes démocratiques ;
- b) maintenir une population américaine (et donc des électeurs) relativement homogène et facilement assimilable (et donc blanche) ;
- c) promouvoir l'expansion territoriale pour créer un nouvel empire (en assumant pour commencer le rôle que l'Espagne n'est plus capable de remplir).

Lorsque, dans une phase initiale, il s'agit d'occuper et annexer des territoires peu peuplés, le problème ne se pose même pas ; mais avec l'affirmation de la puissance américaine au plan mondial, la situation devient plus compliquée. Certains hommes politiques du début du xx<sup>e</sup> siècle, comme William Jennings Bryan, dénoncent la contradiction entre vouloir maintenir la forme républicaine du gouvernement et bâtir un empire. En pratique, on évite de faire des choix trop tranchés : certaines administrations sont plutôt interventionnistes (William McKinley, Theodore Roosevelt), d'autres plutôt isolationnistes (Rutherford Hayes, Grover

---

<sup>93</sup> Cité par Paterson, Pat, *op. cit.*, p. 16.

<sup>94</sup> Texte complet disponible sur <http://historymatters.gmu.edu/d/5478/>.

<sup>95</sup> Immerwahr, Daniel, *How to Hide an Empire*, *op. cit.*, voir en particulier chap. 5, « Empire State of Mind », p. 73 sq.

Cleveland, Howard Taft). On évite les occupations militaires ou on se retire dès qu'un régime républicain et ami peut être mis en place. On essaye ainsi de ne pas « acquérir » trop de populations difficilement assimilables. Quand c'est nécessaire, on s'efforce d'accorder, une fois les intérêts américains protégés, l'autonomie voire l'indépendance aux nouvelles parties de « l'Empire ». Encore de nos jours, la formulation de la politique américaine continue de prendre en considération les trois éléments ci-dessus.

132. Une variante, à la fois ancienne et moderne, du credo de la Destinée manifeste est l'Exceptionnalisme américain (*American Exceptionalism*) qui a généré depuis de nombreuses études universitaires<sup>96</sup>. Selon ce dogme, les États-Unis sont une nation unique, voire supérieure aux autres (McCartney, 2006 ; McCrisken, 2003 ; Rodgers, 2004) à cause de leurs origines vertueuses, leur évolution historique et démocratique et, au moins pour certains, l'accomplissement d'une mission divine qui est d'apporter le progrès économique et social, l'épanouissement des valeurs démocratiques, la prospérité et la paix au reste de l'humanité. Selon certains historiens (Lipset, 1996 ; Madsen, 1998), cette croyance est devenue un aspect fondamental de la culture et de l'identité nationale américaines après la guerre de Sécession. Elle forme une sorte de « refuge mythologique<sup>97</sup> » qui isole les États-Unis du chaos mondial et des incertitudes et les conduit, comme indiqué dans le préambule de la constitution, vers « une plus parfaite union » (*a More Perfect Union*)<sup>98</sup>. De par leur nature même, les Américains sont les éclaireurs (*scouts*) du progrès. Leur mission est de guider et sauver les autres pays en instituant un ordre mondial fondé sur les valeurs américaines : la liberté individuelle (et son corollaire économique, le capitalisme), un régime politique fondé sur le consentement des gouvernés et le bien-être social.

L'avantage de ce genre de doctrine est qu'elle peut justifier une politique ou son contraire selon les circonstances : parfois il faut intervenir, y compris militairement, pour sauvegarder et promouvoir les grands principes ; dans d'autres cas, on peut refuser de s'associer

---

<sup>96</sup> Voir en particulier Edwards, Jason A. and Weiss, David, *The Rhetoric of American Exceptionalism. Critical Essays*, McFarland & Company, Incorporated Publishers, 2014. ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/nyulibrary-ebooks/detail.action?docID=699253>, created from nyulibrary-ebooks on 2018-08-26 08:45:44.

<sup>97</sup> « *Mythological refuge* » selon la formule de Deborah Madsen, 1998, citée dans l'étude de Serafin, Sabrina, *ibid.*

<sup>98</sup> Le préambule de la constitution des États-Unis s'ouvre par la phrase suivante : *We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America* (Nous, le Peuple des États-Unis, en vue de former une Union plus parfaite, d'établir la justice, de faire régner la paix intérieure, de pourvoir à la défense commune, de développer le bien-être général et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité, nous décrétons et établissons cette Constitution pour les États-Unis d'Amérique.)

à des pratiques ou règles internationales parce que l'application de celles-ci est, dit-on, contraire aux principes fondamentaux. Investis par la Providence d'une mission, les États-Unis ne peuvent donc succomber aux forces du déclin (*decay*)<sup>99</sup>.

Les origines de cette rhétorique sont antérieures à la création du pays. En 1630, le prêcheur puritain John Winthrop déclarait que la nouvelle colonie établie dans la baie du Massachusetts « sera un nouvel Israël » et « une ville de lumière au sommet d'une colline » (*a shining city upon a hill*) servant ainsi de phare (*beacon*) au monde<sup>100</sup> ; expressions auxquelles fera référence trois siècles et demi plus tard le président Ronald Reagan.

133. La notion d'exceptionnalisme américain reste vivace dans la psyché américaine au moins jusqu'aux années 1970 bien qu'en diminution à la suite des contestations engendrées par la guerre du Vietnam. On en trouve encore des échos dans la justification de la guerre d'Irak et dans la « doctrine Bush » qui explique l'intervention militaire comme partie intégrante de la « guerre contre le terrorisme ». Dans son discours sur l'état de l'Union<sup>101</sup> de 2003, le président précise : « *Americans are a free people, who know that freedom is the right of every person and the future of every nation. The liberty we prize is not America's gift to the world, it is God's gift to humanity.* » (Les Américains sont un peuple libre qui sait que la liberté est le droit de chaque personne et le futur de chaque nation. La liberté que nous chérissons n'est pas le cadeau de l'Amérique au monde ; c'est le cadeau de Dieu à l'humanité).

Ce credo a été invoqué par les politiciens ainsi que par les militaires et journalistes pour justifier des actions militaires tout au long de l'histoire des États-Unis. Le même thème est repris dans certaines déclarations du président Biden justifiant, par exemple, l'envoi d'armes à l'Ukraine après l'invasion russe de février 2022<sup>102</sup>. Il apparaît même en filigrane dans certaines décisions de la Cour Suprême.

---

<sup>99</sup> Selon la formulation de McCricken, 2003, citée dans l'étude de Srafin Sabrina, *ibid*.

<sup>100</sup> *Ibid*.

<sup>101</sup> La coutume est que chaque année, en janvier, le président prononce un discours de politique générale (*State of the Union Address*) devant le Sénat et la Chambre des représentants réunis en congrès. Les membres de la Cour Suprême et les principaux dignitaires militaires et civils sont invités et le discours reçoit une large couverture médiatique.

<sup>102</sup> Par exemple le 1<sup>er</sup> juin 2022: “*We will continue to lead the world in providing historic assistance to support Ukraine's fight for freedom*” (Nous allons continuer à mener le monde en apportant une aide historique à l'Ukraine dans sa lutte pour la liberté), déclaration publiée par la Maison blanche le 1<sup>er</sup> juin 2022 : <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/06/01/statement-by-president-joe-biden-on-additional-security-assistance-to-ukraine-2/>.



### 3. La guerre contre l'Espagne (1898) marque la naissance d'un nouvel empire

134. La guerre de 1898 contre l'Espagne est l'épisode le plus marquant de cette période où la prédominance américaine économique, mais aussi militaire, voire morale ou plus exactement moralisatrice, s'affirme. Selon un historien, « le conflit avec l'Espagne en 1898 marque la fin d'un empire global et le début d'un autre<sup>103</sup> ».

La « splendide petite guerre<sup>104</sup> », permet aux États-Unis d'acquérir de nouveaux territoires : Cuba, Puerto Rico, Guam et les Philippines. Même si ceux-ci ne sont pas juridiquement intégrés à la république américaine, leur nouvelle organisation économique, sociale et judiciaire est clairement fondée sur des principes inspirés de ceux en vigueur à Washington. En quelques mois, les États-Unis acquièrent, en plus des gains territoriaux, un immense prestige international. Ils commencent ainsi à exporter un modèle sociétal et donc une échelle de valeurs qui va influencer durablement le reste du monde.

#### **C. Les débuts de la jurisprudence de l'extraterritorialité**

135. Ayant expliqué les grands principes doctrinaux qui guident la formation des politiques états-uniennes, nous examinons maintenant comment ils s'appliquent dans la réalité judiciaire. Nous concentrons notre analyse sur deux cas. Le premier (*Oscanyan*) illustre comment la Cour Suprême justifie la non-application d'accords contractuels. Le second montre, à l'inverse, comment la même Cour admet une application extraterritoriale du droit américain (à l'encontre des mutins de l'île de la Navasse).

#### 1. Moralisme et hubris américains : le cas *Oscanyan vs Arms Company* (1880)<sup>105</sup>

136. Durant le premier siècle de son existence, la magistrature américaine, elle-même souvent soupçonnée de corruption, est relativement tolérante envers des pratiques qui servent à camoufler les trafics d'influence et la corruption. Les choses commencent à changer progressivement vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

---

<sup>103</sup> Paterson, Pat, *Origins of U. S. Foreign Policy*, February 2018, William J. Perry Center for Hemispheric Defense Studies, Perry Center Occasional Paper, consultable sur SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3381337>.

<sup>104</sup> L'expression est de John Hay, secrétaire d'État américain.

<sup>105</sup> On peut lire le cas complet, y compris la décision de la Cour Suprême et quelques commentaires, sur le site officiel de la bibliothèque du Congrès (*Library of Congress*), U. S. Reports, *Oscanyan v. Arms Co.*, 103 U. S. 261, 1881, <https://www.loc.gov/item/usrep103261/>.

Au départ, le cas *Oscanyan* semble un simple litige sur le droit des contrats qui rappelle la problématique traitée dans *Fletcher vs Peck*. En l'espèce, Christopher Oscanyan, sujet ottoman, mais résidant aux États-Unis, dépose une plainte contre Winchester Arms Company, alléguant que ladite entreprise lui doit une commission de 136 000 dollars représentant 10 % de la valeur de contrats d'achat de carabines à répétition vendues à l'armée ottomane grâce à l'intercession du plaignant qui exerçait, en 1869/1870, à New York, le rôle de consul général de l'Empire ottoman, prédécesseur juridique de la Turquie actuelle. Il s'agit d'une fonction honorifique, mais qui représente une charge de travail importante non rémunérée. Une coutume, connue de tous et largement pratiquée dans l'Empire ottoman et autres pays, est que si un contrat de fourniture est finalisé à la suite de l'intercession d'un intermédiaire, celui-ci a droit à une commission qui lui est réglée par le fournisseur. En 1869, le gouvernement ottoman envoie à New York, en la personne de Rustan Bey, un émissaire chargé de se procurer des armes pour l'armée et la gendarmerie ottomanes. Rustan Bey ne parle pas anglais<sup>106</sup>, mais est une connaissance de longue date d'Oscanyan qui met son bureau à sa disposition, organise ses réunions et lui sert d'interprète. Or au début de 1870, Oliver F. Winchester, président de la société qui porte son nom et fabrique des armes dans son usine du Connecticut, est informé de la visite de l'émissaire ottoman et sollicite une réunion auprès d'Oscanyan. Il vante à celui-ci les qualités de ses produits et exprime son désir de fournir des armes aux Turcs. Oscanyan lui explique alors que sa position n'est pas rémunérée par le gouvernement ottoman, mais qu'il reçoit habituellement une commission du fournisseur de 10 % sur le montant des contrats qu'il aide à négocier. Au cours de ce premier entretien, Winchester donne son accord verbal pour le paiement de la commission habituelle. Quelque temps plus tard, Rustan Bey informe Oscanyan qu'il a reçu ordre de l'état-major du sultan de préparer des arrangements pour procurer à l'armée ottomane des carabines de marque Spencer, fabriquées par une division de l'administration américaine. Oscanyan informe Winchester de la situation. Ce dernier lui demande alors d'utiliser son influence en Turquie. À la demande d'Oscanyan, Winchester lui confirme par lettre du 4 mars 1870 leur accord sur le paiement d'une commission de 10 % sur tout marché conclu par son intermédiaire<sup>107</sup>. Oscanyan intervient alors auprès de Rustan Bey qui, non

<sup>106</sup> Selon le compte-rendu qui fait partie de la décision de la Cour Suprême, il communiquait surtout en français.

<sup>107</sup> Le texte de la lettre annexée au dossier indique : *“New Haven, Conn., March 4th, 1870. Oseanyan, Ottoman Consul-General—My Dear Sir: In accordance with my promise, I now proceed to put in writing the agreement or promise I made to you, namely: I hereby promise to pay to you a commission of ten per cent, upon all sales of arms 865 of our company made to or by you to the Ottoman government, provided only that such sale is made at prices and upon terms that shall first have our approbation, or be authorized by me. I am, very truly, yours, O. F. Winchester, Pres. W. R. Arms Co.”* (New Haven, Conn., 4 mars 1870. Oseanyan, Consul général ottoman - Mon cher Monsieur : Conformément à ma promesse, je procède maintenant à la mise par écrit de l'accord ou de la promesse que je vous ai faite, à savoir : Je promets par la présente de vous payer une

seulement bloque le projet de commande Spencer, mais facilite la négociation de deux autres contrats Winchester pour une valeur agrégée de 1 360 000 dollars. Winchester refusant de payer la commission réclamée, Oscanyan porte plainte et les tribunaux de première et deuxième instance jugent que le contrat entre Winchester et Oscanyan n'est pas applicable, car illégal au regard du droit américain qui ne peut entériner des pratiques de corruption d'agents gouvernementaux, même étrangers.

Le cas en dernier appel arrive à la Cour Suprême. Le jugement, rédigé par le *Justice* (juge) Feld, déboute le plaignant en termes véhéments. L'arrêt<sup>108</sup> précise qu'il est hors de propos d'autoriser le paiement de commissions pour services rendus à des puissances étrangères. Selon le jugement, la commission est illégale, que le plaignant soit qualifié ou non par son gouvernement pour être partie à des contrats de nature commerciale, que ceux-ci soient autorisés ou non par la loi ou les coutumes de son pays, que sa fonction soit rémunérée ou non, et que son associé [Rustan Bey] ait agi dans l'espoir de recevoir une gratification. Le devoir du tribunal est impératif : il ne peut laisser s'appliquer un contrat dont la loi considère les termes comme une injure à la morale et à la politique publiques (« *a contract which the law regards as injurious to public morals and against public policy* »). Le tribunal ne peut donc accorder son soutien à une plainte fondée sur la violation de la loi.

Le jugement contient plusieurs formules particulièrement incisives ; nous en citons un paragraphe : « *Among obnoxious contracts must be included all such as have for their object the control of public agents by considerations conflicting with their duty and fidelity to their principals. A contract to bribe or corruptly influence officers of a foreign government will not be enforced in the courts of this country -- not from any consideration of the interests of that government or any regard for its policy, but from the inherent viciousness of the transaction, its repugnance to our morality, and the pernicious effect which its enforcement by our courts would have upon our people.* (Parmi les contrats abjects, il faut inclure tous ceux dont l'objet est d'influencer des agents publics au moyen de faveurs en conflit avec leur devoir et la fidélité qu'ils doivent à leurs mandants. Un contrat pour acheter ou influencer de manière corrompue des agents d'un gouvernement étranger ne sera pas reconnu par les tribunaux de notre pays.

---

commission de dix pour cent sur toutes les ventes d'armes 865 de notre société faites à ou par vous au gouvernement ottoman, à condition seulement que cette vente soit faite à des prix et à des conditions que nous aurons d'abord approuvées, ou que j'aurais autorisées. Je suis, très sincèrement, votre, O. F. Winchester, Président de la W. R. Arms Co.)

<sup>108</sup> Voir *Justia, US Supreme Court, Oscanyan v. Arms Company, 103 U.S. 261 (1880)* : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/103/261/>

Cela non en considération des intérêts de ce gouvernement ou égard pour sa politique, mais à cause de l'aspect vicieux inhérent à une telle transaction, qui répugne à notre moralité et à l'effet pernicieux sur nos concitoyens qu'aurait son application par nos tribunaux.)

Le ton très moralisateur paraît étrange aujourd'hui, mais est caractéristique de l'époque. On voit ainsi que, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour Suprême se réserve le droit d'annuler un accord contractuel écrit et de condamner pour malveillance (*viciousness*) et souci de moralité des pratiques commerciales et diplomatiques pourtant courantes. Pour le professeur Kevin Davis, *Oscanyan* est la première décision judiciaire américaine qui condamne la corruption transnationale<sup>109</sup>.

## 2. Affirmation de l'extraterritorialité : le *Guano Act* et l'affaire des mutins de l'île de la Navasse

137. La conception américaine de l'extraterritorialité à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle est illustrée par l'application du *Guano Act* et le traitement des mutins de l'île de la Navasse. Non seulement le législateur américain définit les délits mais, dans certains cas, il autorise la poursuite, et l'arrestation, des contrevenants au-delà des frontières proprement nationales.

Pour rappel, le guano est un engrais naturel produit par certains animaux (cormorans et pélicans) ; on le trouve en abondance sur des îlots rocheux peuplés de larges colonies de ces oiseaux. Les premières importations américaines de guano, vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, proviennent des îles Chinchas et Lobos au large du Pérou.. Des investisseurs américains arment des navires et les envoient avec leurs équipages dans diverses îles du Pacifique et des Antilles, souvent sous la protection de l'US Navy. Ils soutiennent aussi le vote d'une loi fédérale qui a une portée extraterritoriale, le *Guano Islands Act* de 1856. Cette loi prévoit que toute île inhabitée et découverte par un citoyen ou un navigateur employé par les États-Unis peut, à la discrétion du Président, être considérée comme faisant partie (*appertained*) du territoire américain. Au cours du débat parlementaire, le sénateur Henry Seward, auteur du projet de loi, insiste qu'il ne s'agît pas d'annexion (*dominion*) ni de colonisation (au sens européen), mais d'une exploitation ponctuelle de ressources. De 1857 à 1902, date limite d'application du *Guano Act*, 94 îles ou îlots sont ainsi « *appertained* » au territoire américain sans consultation d'autres juridictions, créant parfois des incidents avec les pays qui considèrent que certaines de ces îles sont englobées dans leurs eaux territoriales.

---

<sup>109</sup> Voir Davis, Kevin E., *op. cit.*, chap. 3, « The Birth of Modern Transnational Bribery Law », p. 31 *sqq.*

Lorsqu'en 1899 une mutinerie survient à la Navasse, îlot situé à 35 miles de la côte occidentale d'Haïti qui considère le territoire sous sa souveraineté, les insurgés sont capturés par une force américaine à la demande de la *Navassa Phosphate Company*, société enregistrée à Baltimore. Faits prisonniers, les mutins sont ramenés enchaînés et jugés par un tribunal fédéral régional (*US Circuit Court*) : trois sont condamnés à mort pour meurtre, vingt-sept à des peines de prison et trois acquittés<sup>110</sup>. Les condamnés, avec l'appui d'associations bénévoles, engagent des avocats de renom et réussissent à monter un recours. L'affaire passe alors devant la Cour Suprême sous le titre *Jones vs. U.S*<sup>111</sup>.

Dans son jugement, la Cour Suprême affirme que la loi américaine s'applique « sans équivoque » (*unequivocally*) à l'île de la Navasse. Elle affirme que les questions de compétence territoriale sont de nature politique (donc du ressort de l'exécutif) et non juridique : « *Who is the sovereign, de jure or de facto, of a territory is not a judicial, but a political, question, the determination of which by the legislative and executive departments of any government conclusively binds the judges, as well as all other officers, citizens, and subjects of that government. This principle has always been upheld by this Court*<sup>112</sup>. »

Cet épisode est un exemple de « déférence judiciaire » : les tribunaux américains se refusent à statuer sur des questions qu'ils considèrent relever de l'exécutif. Il montre aussi qu'une fois que le législateur américain a défini des crimes, la poursuite des contrevenants n'est pas nécessairement limitée au territoire national. On voit ainsi que les débats autour de l'application extraterritoriale de la loi américaine ne sont pas nouveaux et remontent à près d'un siècle et demi.

## CHAPITRE II. LE DÉVELOPPEMENT DE DOCTRINES ET DE PRATIQUES ORIGINALES

138. Le dispositif actuel de lutte contre la corruption transnationale a son origine dans le système progressivement mis en place aux États-Unis notamment grâce au *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Le système est particulièrement performant, au double sens du mot. Le

---

<sup>110</sup> Les condamnés à mort seront finalement graciés par le président Benjamin Harrison.

<sup>111</sup> Du nom d'un des accusés, Henry Jones, qui a introduit l'appel à la Cour Suprême.

<sup>112</sup> *Ibid.* (Qui est le souverain, *de jure* ou *de facto*, d'un territoire n'est pas une question judiciaire, mais politique ; sa détermination par les départements législatif et exécutif de quelque gouvernement lie les juges aussi bien que les responsables, citoyens et sujets de ce gouvernement. Ce principe a toujours été soutenu par cette Cour.)

terme *performance* en anglais contient à la fois la notion d'un acte accompli avec succès, l'établissement d'un record, mais aussi la notion de spectacle, d'un acte destiné à être vu par d'autres, à les impressionner, entraîner leur adhésion et modifier leur comportement<sup>113</sup>. Le système, une fois en place, se doit donc d'être *efficient*, en considérant les moyens employés et les objectifs réalisés, mais aussi *spectaculaire*, pour produire un effet dissuasif et servir d'exemple. Ainsi, en quelque sorte, il se renouvelle en permanence. Comme nous le verrons, le droit américain, particulièrement celui qui régit les cas de corruption, est difficile à saisir, car il a d'une part son origine dans la *common law* anglaise, mais il est aussi le produit d'une multitude de règles, de lois, de doctrines, de pratiques ou coutumes et de jurisprudences qui se superposent et s'enchevêtrent. Il est d'autre part évolutif et changeant. En général, il se précise par la jurisprudence, mais prend en considération les circonstances spécifiques de chaque cas, y compris les éléments géographiques et historiques. Thomas Jefferson, l'un des principaux auteurs de la constitution américaine, écrivait : « *Laws and institutions must go hand in hand with progress of the human mind*<sup>114</sup>. » (Les lois et les institutions doivent aller de pair avec le progrès de l'esprit humain.) Une première différence entre les systèmes juridiques américain et français est que celui-ci n'a pas la même notion de permanence que celui-là.

C'est après la guerre de Sécession que le système judiciaire américain moderne se met effectivement en place. Nous avons vu que ses principes fondateurs (le moralisme, le juridisme (*rule of law*) et le fédéralisme ainsi que le pragmatisme) sont des caractéristiques inhérentes de la société américaine. Un siècle après l'entrée en vigueur de la constitution de 1789, les États-Unis sont incontestablement la première puissance économique du monde. Durant le XIX<sup>e</sup> siècle puis une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle, les puissances européennes traditionnelles que sont la France, le Royaume Uni, l'Autriche, l'Espagne ou la Russie et les nouveaux pays créés par le mouvement des nationalités comme l'Italie, l'Allemagne ou la Belgique rivalisent en se créant des empires coloniaux à vocation mondiale. Ils sont agités par de multiples soubresauts : Révolution et guerres napoléoniennes, aspirations nationalistes, socialisme puis fascisme. La révolution industrielle, fondée sur le charbon puis le pétrole et les chemins de fer, se poursuit sur les deux rives de l'Atlantique et conduit à des bouleversements sociétaux. Mais l'Amérique, riche en espaces et ressources et protégée du reste du monde par deux océans, met en pratique la doctrine Monroe et, malgré une guerre civile fratricide de 1861 à 1865, affirme graduellement

---

<sup>113</sup> Voir *Harrap's French and English Dictionary*, George G Harrap & Company Ltd. London, 1962, part 2, p. 896.

<sup>114</sup> Thomas Jefferson, lettre à Samuel Kercheval, 12 juillet 1816, cité dans Tripp, Rhoda Thoma, *Thesaurus of Quotations*, Thomas Y Crowll Company, Inc., 1970, p. 345.

sa puissance, sur son hémisphère d'abord puis, à partir de la guerre de 1898 contre l'Espagne, dans le monde entier.

139. Les États-Unis proclament haut et fort leur attachement aux principes démocratiques et donc à un certain égalitarisme. Comme en Europe, l'individualisme, et par extension la responsabilité individuelle, sont à la base de doctrines qui permettent un développement économique très dynamique. Mais ce dynamisme économique sans contrôle mène, à l'Âge doré (*Gilded Age*), à un capitalisme conquérant et agressif. Une société inégalitaire, dominée par un petit groupe de personnes ou de familles, est accusée de corrompre la classe politique et faire main basse sur les secteurs clef de l'économie : transports, acier, pétrole et finance en particulier, en établissant des monopoles qui faussent la concurrence et conduisent à la paupérisation de la majorité de la population. L'Âge doré et plus généralement le siècle qui s'étend de la fin de la guerre de Sécession à la fin de la Seconde Guerre mondiale, n'est pas un « âge d'or » pour la grande majorité des citoyens. L'économiste Joseph Stiglitz, prix Nobel, explique ainsi cette phase de l'histoire et des institutions des États-Unis :

*« Two periods in America's history were marked by high levels of income and wealth disparities: the Gilded Age of the late nineteenth century and the boom times of the Roaring Twenties. Both were marked by high levels of inequality and corruption, including in the political process... Of course some of those who amassed their fortunes made great contributions to our society - the Robber Barons in building the railroad that transformed the country [and funding many charities]. But both periods were also marked by speculation, instability and excesses. Although some were doing very well, it was not shared prosperity<sup>115</sup>. »*

Stiglitz poursuit son analyse en expliquant que chaque période d'excès suscite une vague de réformes qui débouche sur de nouvelles lois, règlements et pratiques. Si ces réactions ne réussissent pas à éliminer la corruption, elles permettent au moins d'y apporter des limitations et contrôles. Cette dynamique d'auto-régulation fonctionne relativement facilement dans un système de tradition de *common law* qui continue de respecter le pouvoir judiciaire,

---

<sup>115</sup> (Deux périodes dans l'histoire de l'Amérique furent marquées par de hauts niveaux de disparité dans les revenus et la fortune : l'Âge doré de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et les Années folles au cours des années 1920. Toutes deux furent marquées par de fortes inégalités et un haut niveau de corruption, y compris dans le système politique... Bien sûr certains, parmi ceux qui firent fortune, apportèrent de grandes contributions à notre société – les barons voleurs en construisant le réseau de chemin de fer qui a transformé le pays [et en finançant des associations charitables]. Mais ces deux périodes ont aussi été marquées par la spéculation, l'instabilité et les excès. Bien que certains vécussent très bien, ce n'était pas une prospérité partagée.)  
Stiglitz, Joseph E., *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, W. W. Norton & Company, 2013, introduction, p. XXXIV.

croit aux valeurs démocratiques et au progrès et accorde généralement sa confiance à une presse relativement libre qui pèse sur un électorat nombreux, souvent bien organisé et parfois militant. Cet électorat est, au moins jusque vers 1930, composé – pour la plus grande partie – d’immigrants plus ou moins récents qui sont généralement mieux éduqués, plus dynamiques et engagés politiquement que les ouvriers ou paysans restés en Europe. Surviennent ainsi divers changements dont le but est de rendre la société américaine plus juste (ou moins injuste), mais sans lui faire perdre son efficience et son dynamisme. On note donc un mouvement de réformes qui se manifeste d’abord par de nouvelles doctrines, lois et réglementations au niveau fédéral, dans quelques institutions ou pratiques et des changements dans la réglementation économique, financière ou (plus rarement) sociale qui s’accélèrent lors de la Grande Dépression et après la Seconde Guerre mondiale.

### **Section 1. Des doctrines qui facilitent les poursuites au niveau fédéral**

140. On a vu que, pour la constitution américaine, la corruption, comme la trahison, est un crime pouvant donner lieu à une procédure de destitution (*impeachment*) de toute personne investie de l’autorité de l’État. De plus, par la clause des émoluments, elle interdit à n’importe quelle personne employée par l’État de recevoir d’une source extérieure toute gratification, sous quelque forme que ce soit. Mais dans la réalité, et pour les deux premiers siècles d’existence des États-Unis, ces dispositions ne sont pas ou peu appliquées. Pendant longtemps, en vertu du fédéralisme, on considère que la corruption est un crime « individuel » comme les autres ; il est principalement du ressort du droit privé (atteinte à la propriété ou aux mœurs), qui doit être traité au niveau de chaque État fédéré. Ainsi se développent des législations disparates. La corruption politique, c’est-à-dire toute action visant à influencer un législateur, est légalement interdite par des lois d’État en Indiana en 1871 et en Louisiane en 1873<sup>116</sup>. Dans quelques cas, même si les lois locales ne sont pas claires, le pouvoir judiciaire de l’État peut décider de sanctionner la corruption. Ce fut le cas en 1868, dans une affaire de pot-de-vin versé à un juge du New Jersey. En se fondant sur la *common law* anglaise, la Cour Suprême de l’État dans *State vs Ellis*<sup>117</sup> déclare que le grief peut s’encadrer comme « *the taking or giving of a reward for offices of public nature* » (la prise ou l’offre d’une récompense pour des fonctions de nature publique). Le tribunal du New Jersey va même jusqu’à proposer une définition large de la

---

<sup>116</sup> D’après Teachout, Zephyr, *op. cit.*, p. 116.

<sup>117</sup> *State vs Ellis*, 33 NJL 102, NJ, 1868, cité par Z. Teachout, *ibid.*, p. 118.



corruption : « *Any attempt to influence an officer in his official conduct, whether in the executive, legislative or judicial department of the government, by the offer of a reward or pecuniary consideration, is an indictable common law misdemeanour*<sup>118</sup> » (Toute tentative d'influencer un détenteur de charge publique dans sa conduite officielle, que cela concerne les branches administrative, législative ou judiciaire du gouvernement, constitue un délit de droit commun passible de poursuite). Ce précédent sera parfois cité dans des procédures judiciaires d'autres États, mais les condamnations sont rares.

141. Un obstacle majeur, au moins jusqu'au nouveau paradigme institué par le FCPA, est que le législateur se garde de définir ce qui constitue un acte de corruption et que, depuis la décision *Fletcher vs Peck* de 1810, les tribunaux se déclarent incompétents et évitent de statuer sur les questions de corruption. Des lois spécifiques ne sont votées que sous la pression de l'opinion publique. Par exemple, ce n'est qu'en 1853, à la suite de scandales observés dans le financement de la guerre contre le Mexique, qu'une loi fédérale interdit le détournement de fonds d'origine fédérale<sup>119</sup>. Les situations de conflit d'intérêts sont nombreuses. Durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle et au-delà, de nombreux parlementaires américains exercent leur mandat tout en étant les conseillers juridiques, souvent bien rémunérés, d'intérêts privés. Ainsi le sénateur du Missouri Thomas Bart Benton, connu pour ses positions anti syndicalistes, est aussi un salarié de l'*American Fur Company*, entreprise contrôlée par le magnat John Jacob Astor. Dans le contexte politique et économique de l'époque, obtenir des condamnations pour crimes de corruption est particulièrement difficile : le corrupteur comme le corrompu ont tout intérêt à rester discrets et il faut beaucoup de courage à un procureur pour mettre en cause les autorités locales, surtout s'il est probable que toute condamnation tant soit peu sévère, soit annulée ou fortement réduite en appel.

142. Néanmoins, face aux excès et inégalités, plusieurs changements législatifs, doctrinaux et réglementaires permettent de mettre en place par étapes des dispositions dont le but est – à défaut de pouvoir éradiquer le mal lui-même – d'infléchir les excès et de limiter les effets de la corruption. Se développe ainsi une lutte contre la corruption, mais par des moyens indirects : on s'efforce de réguler certains services publics comme la Poste (*Mail Fraud Act* de 1872), et au passage on crée une catégorie de crimes sous-jacents (*predicate crimes*) qui entrent dans la boîte à outils dont pourront se servir les enquêteurs et procureurs fédéraux. À la suite de l'assassinat du président Garfield, on met en place un statut des fonctionnaires pour limiter les

---

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*

excès du « système des dépouilles » et réduire les risques et les tentations de corruption (*Pendleton Act* de 1883). Vers la même époque, nommée l'ère progressiste (*Progressive Era*) par les historiens américains, on institue la responsabilité pénale des entreprises (*New York Central & Hudson River Railroad Co. vs United States*) et, prémices d'une réglementation économique fédérale qui va considérablement se développer par la suite, on s'efforce de réduire la puissance des trusts en réglementant la concurrence, à l'aide en particulier du *Sherman Act*.

Les premières étapes de la création du système fédéral moderne de lutte contre la corruption sont donc les législations concernant les services postaux et le statut des fonctionnaires.

#### **A. Le *Mail Fraud Act* et la notion de crime sous-jacent (*predicated crime*)**

143. L'adoption du statut de la poste fédérale en 1872 est non seulement l'occasion d'organiser un grand service public, mais permet aussi de créer de nouvelles armes juridiques qui continuent de nos jours à être utilisées par les procureurs américains.

Le service postal des États-Unis (*US Post Office*) est l'une des plus anciennes et illustres institutions du pays. Son origine est antérieure à la Déclaration d'indépendance et le premier *Postmaster* fut Benjamin Franklin. L'article 1, section 8 de la constitution autorise le Congrès à « établir des bureaux de poste et des routes postales<sup>120</sup> ». La Cour Suprême confirme le rôle et l'organisation fédérale du service postal en 1819<sup>121</sup>. Cependant, jusqu'en 1872, le service n'a aucune autorité pour contrôler les documents qu'il achemine. À titre de comparaison, l'organisation de la poste d'État en France remonte à Louis XI et à la création en 1479 du poste royal de « contrôleur général des chevauchées ». Le service postal est réorganisé en 1672 par Louvois qui a le titre de « fermier des postes ». Plusieurs statuts officiels sont promulgués au cours des siècles suivants, dont le code des postes et des communications électroniques (CPCE) de 1999 qui, avec quelques modifications en 2002, est en vigueur aujourd'hui. En France, que les fraudes soient commises à l'aide du courrier ou autrement, elles sont définies et punissables selon les divers codes applicables. Le *Mail Fraud Act* de 1872 constitue donc une manière originale et propre aux États-Unis d'appréhender la fraude et de lutter contre la corruption.

144. Après la guerre de Sécession et avec l'expansion vers l'ouest du territoire américain et des moyens de communication en pleine évolution, le service de la poste fédérale joue un rôle

---

<sup>120</sup> « to establish Post Offices and post Roads. »

<sup>121</sup> Dans sa décision *McCulloch vs. Maryland*, 17 U. S. 316, 1819.

croissant dans une économie en plein développement. Mais la Poste peut aussi être utilisée par des individus peu scrupuleux. Elle permet l'envoi à grande échelle de toutes sortes de documents promouvant des propositions malhonnêtes : loteries truquées, faux bons de souscription, publicité pour des schémas financiers frauduleux et même faux billets de banque. Il est donc tout naturel que le Congrès s'attache à réguler ces activités et adopte le *Mail Fraud Act* de 1872, loi qui sera modifiée et complétée à plusieurs reprises pour tenir compte des progrès techniques en matière de communications. Mais, malgré les transformations techniques, le principe de base reste inchangé : l'utilisation de moyens de communication fédéraux est considérée comme un crime si elle a pour but de perpétrer une fraude. La loi précise le statut fédéral de la Poste dont l'indépendance est garantie, crée un corps d'inspection spécialisé et, surtout, définit comme acte criminel toute utilisation des services postaux à des fins frauduleuses. Selon le nouveau statut (article 18 USC, paragraphe 1341), est considérée comme auteur d'un crime « toute personne ayant monté ou ayant l'intention de monter tout schéma ou artifice en vue de frauder [...] qui utilise, de quelque manière que ce soit, le service postal<sup>122</sup>. » Les peines encourues par les fraudeurs sont sévères : une amende dont le montant varie en fonction de la gravité et des produits illégitimes de la fraude et/ou une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à vingt ans.

La définition très large de la fraude postale est validée par la Cour Suprême dans une décision de 1896, *Durland vs United States*<sup>123</sup>. En l'occurrence, la cour confirme la condamnation d'un certain Durland qui avait envoyé par la poste de la publicité pour des titres frauduleux. La cour établit que l'acte criminel est constitué par le simple envoi, indépendamment d'une action prise ou non par le destinataire. Dans son arrêt, elle précise que le crime de fraude postale reste défini, et donc punissable, avant, pendant et après le crime sous-jacent (*predicate*) dont elle facilite la réalisation. La seule restriction pratique à l'utilisation du *Mail Fraud Act* est qu'il ne s'applique pas à des activités au sein d'un même État fédéré, car la

---

<sup>122</sup> Voici l'énoncé original complet : « *Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, or to sell, dispose of, loan, exchange, alter, give away, distribute, supply, or furnish or procure for unlawful use any counterfeit or spurious coin, obligation, security, or other article, or anything represented to be or intimated or held out to be such counterfeit or spurious article, for the purpose of executing such scheme or artifice or attempting so to do, places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, or deposits or causes to be deposited any matter or thing whatever to be sent or delivered by any private or commercial interstate carrier, or takes or receives therefrom, any such matter or thing, or knowingly causes to be delivered by mail or such carrier according to the direction thereon, or at the place at which it is directed to be delivered by the person to whom it is addressed, any such matter or thing, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both* ».

<sup>123</sup> *Durland v. United States*, n<sup>os</sup> 528-529, argued October 29, 1895, decided March 2, 1896. 161 U.S. 306.

législation fédérale ne s'applique qu'au commerce entre États ou avec l'étranger. Un autre élément confirmé par la jurisprudence est que chaque utilisation des moyens postaux constitue un crime séparé. Si une même fraude (par exemple la vente illégale de titres fiduciaires) est promue par trois courriers à des dates différentes, les actes considérés comme criminels sont cumulés et les criminels sont punissables pour chaque transgression. Dans un système où le principe de cumul des peines est admis, on peut arriver à de très lourdes condamnations.

145.L'adoption du nouveau statut de la Poste est une avancée importante dans la lutte contre la corruption et la criminalité en général, car elle permet de « fédéraliser » des fraudes qui auparavant auraient été du seul ressort des États fédérés. La juridiction fédérale s'étend ainsi à des crimes qui, même s'ils n'affectent que des individus privés, relevaient auparavant du droit local. Elle justifie ainsi la création d'un service d'inspection et de contrôle doté des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission. De plus, en corollaire du système de cumul des peines applicable aux États-Unis, le crime postal vient s'ajouter dans la liste des griefs punissables aux autres crimes sous-jacents. Dans le cadre de résolutions judiciaires négociées, la fraude postale est un atout supplémentaire, une arme de dissuasion et de négociation, entre les mains du procureur qui a une certaine discrétion pour accumuler ou non les griefs à l'encontre du prévenu.

Par la suite, pour tenir compte de l'évolution technologique des moyens de communication, le *Mail Fraud Act* est complété par le *Wire Fraud Act* de 1952 qui précise que le crime postal s'entend au sens large et inclut donc l'utilisation de services postaux publics ou privés, du télégraphe et de moyens de communication par radio ou par télévision. L'internet et les autres moyens de communication électroniques seront aussi inclus par un nouvel amendement en 1988.

146.L'utilisation fréquente de la législation de la fraude postale par les procureurs et tribunaux fédéraux a conduit à l'élaboration de la « doctrine de la privation de services honnêtes » (*honest services doctrine*) qui permet de qualifier comme fraude postale toute action qui aboutirait à un préjudice, même immatériel, pour la victime (le destinataire du service postal) en l'empêchant de jouir normalement d'un service public. Selon la jurisprudence<sup>124</sup>, quatre éléments sont nécessaires pour obtenir une condamnation pour fraude postale :

a) « *A scheme to defraud involving a material deception* » (Un stratagème de fraude impliquant une tromperie matérielle) ;

---

<sup>124</sup> Voir la note de synthèse en date du 20 mai 2020 préparée par le service d'études du Congrès, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45479.pdf>.

b) « *Foreseeable use of the mail, a private commercial carrier, or a wire or radio communication in furtherance of said scheme* » (L'utilisation prévisible du courrier, d'un transporteur commercial privé, ou d'une communication par fil ou radio dans la poursuite dudit stratagème) ;

c) « *Intent to defraud another of* » (L'intention de commettre une fraude à l'égard d'autrui, portant sur un ou plusieurs des éléments suivants) ;

d) « *money, property, or honest services* » (la monnaie [numéraire, devises], la propriété ou l'obtention de « services honnêtes »).

Les trois premiers éléments sont clairs. On note cependant que l'intention (*intent*) est un élément constitutif nécessaire. En revanche le quatrième élément, et en particulier la définition des « services honnêtes », a donné lieu à diverses interprétations tant dans les tribunaux qu'au Congrès. La « doctrine de la privation de services honnêtes » (*honest services doctrine*) permet de qualifier comme fraude postale toute action qui résulterait en un préjudice pour la victime (le destinataire du service postal) en l'empêchant de jouir normalement d'un service public. Le texte de la loi postale dans sa version de 1988 précise : « *the term scheme or artifice to defraud includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services*<sup>125</sup>. » Afin de clarifier ce point, l'amendement législatif approuvé par le Congrès en 1988 indique que la notion de crime postal s'applique aussi bien à des biens et services intangibles que tangibles. Cette clarification confirme donc le très large champ d'application de la notion de fraude postale.

147. De nos jours encore les inspecteurs postaux fédéraux jouent un rôle essentiel pour dépister et combattre non seulement les fraudes postales, mais celles, nombreuses et variées, commises par internet. De nombreux actes d'accusation dans des affaires de criminalité d'entreprise comprennent des griefs fondés sur les dispositions du *Mail Fraud Act* pour faire condamner les personnes coupables de crimes financiers. Ces charges peuvent s'additionner à celles visées par d'autres statuts ou dispositions légales comme la loi RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*) de 1970. Le crime postal demeure l'un des premiers outils dont les enquêteurs disposent pour faire aboutir les dossiers de corruption. Selon la formule imagée utilisée par le juge fédéral, mais ancien procureur, Jed S. Rakoff, « Pour les procureurs fédéraux qui travaillent sur des dossiers de crimes d'entreprises (*white collar crime*), les dispositions du statut de la fraude postale sont notre Stradivarius, notre Colt 45 [...], notre

---

<sup>125</sup> (Le terme stratagème ou artifice destiné à frauder inclut un stratagème ou artifice qui priverait un autre du droit intangible à recevoir des services honnêtes [juridiquement permis]) *Ibid.*

Cuisinart – et notre véritable amour [...]. Nous flirtons parfois avec d’autres lois [...], mais finalement nous revenons toujours au bercail et aux vertus du *Mail Fraud Act* avec sa simplicité, son adaptabilité et sa confortable familiarité. Il nous comprend et, comme parfois un conjoint insensé, nous aimons à penser que nous le comprenons<sup>126</sup>. »

148. Grâce à la doctrine de la « privation de services honnêtes », le champ d’application du concept de fraude est considérablement élargi. La plupart des cas traités par les tribunaux n’incluent pas nécessairement des déclarations mensongères du prévenu ou une perte tangible (monétaire ou autre) pour la ou les victimes présumées. Les tribunaux considèrent qu’il y a commission d’un crime simplement si le prévenu a l’intention de commettre une fraude ou de priver un autre citoyen de ses droits légitimes et que le prévenu utilise, pour ce faire, les services postaux, télégraphiques, radio ou autres du commerce interétatique ou international. Il n’est donc pas nécessaire pour un procureur utilisant le grief de la fraude postale de démontrer qu’il y a eu préjudice effectif ; il lui faut seulement démontrer l’intention du prévenu et l’utilisation de moyens de communication couverts par la loi. On comprend ainsi les propos du juge Rakoff ; l’accusation de fraude postale est donc devenue une sorte de joker dans l’arsenal des outils que les procureurs ont à leur disposition.

## **B. Le statut des fonctionnaires : « système des dépouilles », mais responsabilité**

149. La première loi fédérale faisant état des obligations de certains fonctionnaires date de 1789. Elle fait spécifiquement référence aux agents des douanes<sup>127</sup>, à l’époque principale source de revenus du gouvernement fédéral. La loi interdisait les pots-de-vin et fausses déclarations. Elle avait toutefois une portée limitée en indiquant que tout pot-de-vin, rémunération ou récompense pour fausse déclaration concernant un navire ou des marchandises transportées constituait un crime. Les peines encourues étaient une amende de 200 à 2 000 dollars et la possible révocation du déclarant. L’administration fédérale, hors l’armée et la marine, ne comptait que quelques centaines d’employés durant le premier demi-siècle de la nouvelle république : en vertu du fédéralisme, la plupart des fonctionnaires avaient un statut local (au niveau de la municipalité, du comté ou de l’État fédéré).

---

<sup>126</sup> “To federal prosecutors of white-collar crime, the mail fraud statute is our Stradivarius, our Colt. 45, our Louisville Slugger, our Cuisinart -- and our true love. We may flirt with other laws and call the conspiracy law ‘darling,’ but we always come home to the virtues of [mail fraud], with its simplicity, adaptability, and comfortable familiarity. It understands us and, like many a foolish spouse, we like to think we understand it”, Rakoff, Jed S., “The Federal Mail Fraud Statute”, *Duquesne Law Review* 771, 1980, part 1, p. 18.

<sup>127</sup> Voir Noonan, John T., *op. cit.*, p. 435.

Avec l'expansion du territoire, de l'économie et de la population, et des responsabilités internationales croissantes, la nécessité d'une administration fédérale s'est davantage fait sentir. Jusqu'en 1828, le gouvernement comme l'administration sont dirigés par une classe éduquée ; une sorte d'« aristocratie naturelle<sup>128</sup> » sans titres. George Washington demandait simplement des candidats à des postes fédéraux qu'ils puissent démontrer leur capacité à servir avec « intégrité et rectitude<sup>129</sup>. » Les hauts fonctionnaires de l'époque restent habituellement en poste, quelle que soit l'administration au pouvoir, certains, en particulier parmi les magistrats, ont de longues et distinguées carrières comme John Marshall qui présida la Cour Suprême de 1801 à 1835.

150. À partir de 1828 et de l'administration populiste d'Andrew Jackson, la fonction publique se politise avec l'institutionnalisation du système des dépouilles (*spoils system*<sup>130</sup>). Dans ce système, un politicien, une fois élu, est libre de nommer et révoquer tous les fonctionnaires qui dépendent de lui. La fidélité politique et le clientélisme priment ainsi sur la compétence. Il en résulte à la fois une chute du niveau de qualification des fonctionnaires et une baisse de prestige. Le système peut facilement engendrer des conflits d'intérêts, de l'extorsion, de la corruption et conduire à des excès dans certaines activités essentielles (chemins de fer, finance, production d'acier, pétrole ou charbon) que savent exploiter les « barons voleurs<sup>131</sup> ».

L'absurdité de ce système atteint un point culminant lorsque le président James Garfield est assassiné en 1881 par un certain Charles Guiteau qui estimait qu'un haut poste administratif lui était dû en raison du rôle qu'il avait eu dans la campagne présidentielle l'année précédente. L'assassinat provoque une vague d'indignation qui conduit à la rédaction du projet de loi portant réforme du statut des fonctionnaires (*Civil Service Reform Act*) présenté au Congrès par le sénateur George Pendleton. La loi qui sera connue sous le nom de *Pendleton Act* est définitivement adoptée le 16 janvier 1883. Elle prévoit un statut de fonctionnaire pour les employés fédéraux et précise que certains emplois fédéraux doivent être attribués sur la base d'examens ouverts au public permettant d'évaluer objectivement les capacités des candidats. Une fois en poste, les fonctionnaires ne peuvent être licenciés ou rétrogradés en raison de leur affiliation politique et les sollicitations politiques sont interdites parmi ces fonctionnaires. La

---

<sup>128</sup> L'expression est utilisée par Raymond Sheehan, *op. cit.*, p. 255.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 253. La doctrine du *spoils system*, inspirée des habitudes de l'ancienne Rome, aurait été énoncée en 1832 par le sénateur de New York, William Learned Macy : « *To the victor belong the spoils of the enemy.* »

<sup>131</sup> Voir glossaire.

mise en place et le fonctionnement de ce système fondé sur le mérite sont contrôlés par une commission mixte.

151. Mais les résultats de l'application du *Pendleton Act* au cours des décennies suivantes sont mitigés, si bien qu'une nouvelle réforme, permettant notamment aux fonctionnaires de se syndiquer, devient nécessaire. Plus d'un siècle après la première réforme de la fonction publique, en pleine période post Watergate, est voté le *Civil Service Reform Act* (CSRA) de 1978. Malgré quelques progrès, quarante ans après l'adoption du nouveau CSRA, nombre d'observateurs<sup>132</sup> considèrent que la garantie d'indépendance des fonctionnaires américains est moindre que celle dont jouissent leurs homologues européens. Il n'y a pas aux États-Unis de recrutement centralisé de la fonction publique comparable à l'École nationale d'administration en France. Chaque ministère ou agence fédérale organise son propre recrutement, mais dans un cadre compatible avec les dispositions du CSRA. Considéré comme normal, le passage au cours d'une carrière entre secteurs public et privé peut de plus engendrer des conflits d'intérêts ou des influences qui risquent de nuire à l'objectivité de certains choix. Le département de la Défense, qui gère les commandes militaires, a la réputation d'être une « porte à tambour » (*revolving door*) entre quelques firmes de haute technologie et des postes gouvernementaux élevés ou à l'état-major des armées<sup>133</sup>. L'exemple récent de Richard ("Dick") Cheney est significatif : l'ancien vice-président des États-Unis a aussi exercé les fonctions de président de la société Halliburton qui a conclu de nombreux contrats avec les différentes branches de l'armée américaine. Le système des dépouilles reste pratiqué de nos jours pour certains postes comme ce d'ambassadeur. Il est ainsi fréquent que dans les « grandes » ambassades comme Paris, Londres, Rome ou Tokyo, le poste d'ambassadeur soit occupé par un ou une « ami(e) du président », souvent en remerciement du financement de la campagne électorale dudit président. Le travail effectif de gestion de l'ambassade est alors confié à un DCM (*Deputy Chief of Mission*) qui est un diplomate de carrière.

La politisation de la haute fonction publique américaine s'est accentuée sous l'administration Trump. Jusqu'alors, la compétence technique était le principal critère pour l'avancement des fonctionnaires, surtout dans des ministères ou des services à haute technicité : santé, enseignement et recherche, magistrature, finance. Selon certains, la poursuite de cette

---

<sup>132</sup> Voir en particulier Teachout, Zephyr, *op. cit.*

<sup>133</sup> Voir, par exemple, l'article de *EU Reporter* du 29 juillet 2020, <https://www.eureporter.co/world/us/2020/07/29/usa-how-the-revolving-door-in-washington-spins-between-government-and-industry/>.



tendance risquerait de conduire à la paralysie de l'administration<sup>134</sup>. Ce danger semble toutefois diminuer sous l'administration Biden qui annonce publiquement fonder sa politique de recrutement sur la compétence des candidats.

### C. Les mesures de contrôle des campagnes électorales

152. Dans toute démocratie, l'organisation et le financement des campagnes électorales sont des vecteurs de corruption. En France, jusqu'en 1988, la lutte contre les atteintes à la déontologie électorale et, en général, à la vie politique repose sur la répression de délits définis par le code pénal et le code de procédure électorale. Les délits qui peuvent être réprimés incluent la concussion, la corruption (active comme passive), la prise illégale d'intérêts ou l'abus de biens sociaux. Les contrôles sur le financement des activités politiques sont devenus plus rigoureux en France au cours des deux dernières décennies, mais nous allons maintenant montrer que la tendance est inverse aux États-Unis.

Aux États-Unis, en raison du fédéralisme, l'organisation et le financement des campagnes électorales ont pendant longtemps été considérés comme relevant des États fédérés. De nos jours encore, il n'existe pas de code électoral unifié et chaque État définit les modalités de son mode de scrutin. Les machines à voter varient d'un État à l'autre et chaque État a son propre code électoral. Le dilemme du législateur et du magistrat américain est que le 1<sup>er</sup> amendement à la Constitution garantit la liberté d'opinion et d'expression, mais que la valeur démocratique des élections est diminuée si des groupes d'influence dominant le processus électoral.

Cependant les excès de l'Âge doré (fin du XIX<sup>e</sup> siècle), durant lequel des intérêts privés soutiennent ouvertement certains candidats ou s'efforcent d'en éliminer d'autres, ont conduit à l'adoption d'une législation fédérale. Le mouvement de réforme est soutenu par l'activisme du président Theodore Roosevelt, au pouvoir de 1901 à 1909, et par certains éléments de la population, y compris les suffragettes. Les lois Tillman, FARA et Taft Hartley marquent des progrès dans le contrôle des financements politiques, mais l'arrêt de la Cour Suprême *Citizens United* est considéré par beaucoup de politologues et juristes comme une régression.

---

<sup>134</sup> Voir par exemple les éditoriaux dans le *Washington Post* et les livres de James Comey, ancien directeur du FBI : *A Higher Loyalty*, (2019) ; *Saving Justice Truth Transparency and Trust* (2021).

## 1. Le Tillman Act

153. Le *Tillman Act* de 1907 est la première loi réglementant le financement des campagnes électorales fédérales. Son objectif premier est d'interdire aux banques et *trusts* (conglomérats financiers) de financer ces campagnes. La loi indique qu'« il est interdit à toute banque ayant une charte nationale ou à toute société établie en conformité avec toute loi établie sous l'autorité du Congrès [des États-Unis], de faire une quelconque contribution monétaire en soutien de quelque élection à quelque poste politique que ce soit. Il est aussi illégal pour une entreprise d'effectuer une quelconque contribution monétaire à toute [campagne électorale] en vue de l'élection du Président, Vice-Président ou membre du Congrès, ou de l'élection d'un sénateur [fédéral] par une législature locale<sup>135</sup> ».

En cas d'infraction, des amendes, élevées pour l'époque, sont prévues. De plus, la responsabilité personnelle des dirigeants ou administrateurs des entités en infraction peut être engagée : ils sont passibles d'amendes et de peines d'emprisonnement jusqu'à un an. Cette première loi ne met toutefois pas en place un mécanisme de contrôle ou une commission électorale. Ceux-ci ne sont institués qu'en 1910, par une nouvelle loi, le *Publicity Act* ou *Federal Corrupt Practice Act* (à ne pas confondre avec le *Foreign Corrupt Practice Act* [FCPA] de 1977). Cette loi, qui institue un plafond pour les dépenses électorales de chaque candidat, exige que les aspirants au Congrès révèlent publiquement le montant des sommes dépensées au cours de la campagne électorale ainsi que l'origine des contributions reçues. L'effet de la législation fut relativement limité, en particulier dans le Sud alors fermement contrôlé par le parti démocrate, mais il n'en dénote pas moins un changement d'attitude, d'autant plus que l'administration de Theodore Roosevelt engage de nombreuses procédures judiciaires.

Plusieurs réformes au cours du XX<sup>e</sup> siècle tentent de limiter l'influence des groupes organisés sur les campagnes électorales et les activités politiques en général.

## 2. Les lois FARA (*Foreign Agents Registration Act*) et Taft Hartley

154. Pour contrôler le *lobbying* et les activités financées de l'étranger, le FARA (*Foreign Agents Registration Act*), loi votée en 1938, impose à toute personne sur le territoire des États-

---

<sup>135</sup> « *It shall be unlawful for any national bank, or any corporation organized by authority of any laws of Congress, to make a money contribution in connection with any election to any political office. It shall also be unlawful for any corporation whatever to make a money contribution in connection with any election at which Presidential and Vice-Presidential electors or a Representative in Congress is to be voted for or any election by any State legislature of a United States Senator.* », voir [https://en.wikipedia.org/wiki/Tillman\\_Act\\_of\\_1907](https://en.wikipedia.org/wiki/Tillman_Act_of_1907).

Unis qui aurait une activité « en tant qu'agent d'un mandant étranger » (*agent of a foreign principal*) de se déclarer en tant que telle. Les personnes visées doivent déclarer périodiquement au DOJ<sup>136</sup> le type de relation qu'elles entretiennent avec leur « *principal* » étranger, qui peut être une personne physique ou morale, une association ou un parti politique, et doivent fournir une comptabilité de leurs activités.

Historiquement, la législation FARA est peu utilisée. Les premières poursuites au titre du FARA ont lieu en 1939 à l'égard d'agents soviétiques ; on note ensuite 19 cas de poursuites pendant la Seconde Guerre mondiale et une douzaine lors de la période de la guerre froide. Depuis la deuxième moitié du xx<sup>e</sup> siècle, les poursuites au titre du FARA sont peu nombreuses : il y en a eu sept de 1966 à 2015 et seules trois ont donné lieu à des condamnations<sup>137</sup>. Au moins huit violations de la législation FARA ont débouché sur des poursuites sous l'administration Trump, l'une d'entre elles (cas de Madame Lum Davis) aboutissant à la restitution (*disgorgement*) d'une commission de trois millions de dollars en 2020<sup>138</sup>. En 2017/2018, lors de son enquête sur l'interférence russe dans les élections de 2016, Robert Mueller, procureur extraordinaire pour le DOJ (*Special Counsel for the United States Department of Justice*), a utilisé la législation FARA pour obtenir des aveux de deux conseillers du Président, Paul Manafort et Rick Gates, qui ont plaidé coupables. Mais, par la suite, ceux-ci ont obtenu un pardon présidentiel.

En mars 2019, John Demers, ministre adjoint de la Justice responsable pour les questions de Sécurité nationale (*Assistant Attorney General for National Security*) annonçait qu'il ferait un usage renforcé de la législation FARA, mais nous n'avons pas trouvé de statistiques pour étayer son affirmation. En principe, toutes les entités couvertes par FARA sont soumises à des déclarations obligatoires d'activités, mais il est arrivé récemment que certains individus<sup>139</sup> « oublient » de se déclarer. Il est donc pratiquement impossible de nos jours de déterminer de manière objective le poids du *lobbying* international dans la vie politique américaine.

---

<sup>136</sup> Plus précisément à un service spécialisé, National Security Division, Counterintelligence and Export Control Section.

<sup>137</sup> Les statistiques sur l'utilisation de FARA proviennent du cabinet juridique Caplin & Drysdale dont le site a été consulté le 25 janvier 2021, Major FARA Cases, [www.FARA.us](http://www.FARA.us).

<sup>138</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 31 août 2020, *Hawaii Businesswoman Pleads Guilty to Facilitating Back-Channel Lobbying Campaign to Drop 1MDB Investigation and Remove a Foreign National to China*, <https://www.justice.gov/opa/pr/hawaii-businesswoman-pleads-guilty-facilitating-back-channel-lobbying-campaign-drop-1mdb>.

<sup>139</sup> Le général Michael Flynn, ancien conseiller du président Trump par exemple.

155. La loi Taft Hartley de 1947 a pour but d'encadrer les activités et le financement des syndicats. Cette loi interdit le financement direct par les syndicats de campagnes électorales, mais est à l'origine de la création des PACs (*Political Action Committees*), qui sont des associations *ad hoc* créées pour promouvoir des causes politiques et qui jouissent de certains avantages fiscaux. Comme les PACs ne sont pas des syndicats, ils sont libres de soutenir des candidatures électorales et/ou des causes spécifiques s'ils le souhaitent.

En application du 1<sup>er</sup> amendement de la constitution qui garantit la liberté d'expression, la réglementation des campagnes électorales, et a fortiori de leur financement, est très limitée aux États-Unis. La jurisprudence a, peu à peu, institué des obligations de transparence et il existe bien des statuts fédéraux interdisant certaines formes de corruption comme la concussion. Mais l'essentiel des activités électorales ou préélectorales est régulé, en application du principe de fédéralisme, par des codes électoraux au niveau de chaque État. Souvent les codes électoraux interdisent les trafics d'influence ou autres types de corruption, mais les définitions, parfois vagues, varient d'État à État. Par exemple en Ohio, une élection est viciée si un candidat ou ses partisans exercent une *improper influence* (« influence impropre ») ; pour annuler une élection en Alabama, il faut pouvoir prouver à un jury une intention de corrompre (*corrupt intent*) ; en Indiana, au Texas et au Massachusetts, l'existence d'un accord explicite (*quid pro quo*), un pot-de-vin pour un service spécifique, est nécessaire pour invalider une candidature ou annuler une élection. De plus, non seulement les réglementations sont disparates, mais les autorités administratives et judiciaires chargées de les appliquer, dont certains membres sont élus localement, sont parfois peu motivées à se montrer sévères.

### 3. L'arrêt *Citizens United vs Federal Election Commission*<sup>140</sup>

156. En 2002, le *Bipartisan Campaign Reform Act*<sup>141</sup>, loi bipartisane pour la réforme des campagnes politiques, impose des limitations tant dans la conduite des campagnes que dans leur financement et donne le rôle de superviseur national à une commission électorale fédérale (*Federal Electoral Commission*, FEC) chargée de veiller à l'application des nouvelles normes. Mais la loi est *de facto* annulée par une décision de 2010 de la Cour Suprême qui, au nom du 1<sup>er</sup> amendement de la Constitution, réaffirme que les personnes individuelles comme morales, donc les individus comme les syndicats ou les sociétés, ont le droit de financer et participer à des campagnes électorales.

---

<sup>140</sup> Voir en particulier l'analyse détaillée de l'arrêt dans le livre précité de la professeure Zephyr Teachout.

<sup>141</sup> La loi est aussi connue sous le nom des deux sénateurs qui l'ont proposée : *McCain-Feingold Act*.

Le jugement controversé de la Cour Suprême du 21 janvier 2010 dans l'affaire *Citizens United vs Federal Electoral Commission*<sup>142</sup> est au cœur de la définition actuelle de la corruption politique aux États-Unis<sup>143</sup>. *Citizens United* était une association privée financée par des intérêts conservateurs qui avait produit et diffusé un film documentaire critiquant Hillary Clinton quand elle était candidate à l'élection présidentielle ; la FEC avait bloqué la promotion et la diffusion du film au prétexte qu'elles violaient les dispositions de la loi de 2002. L'association a alors introduit un recours qui aboutit en dernière instance à la Cour Suprême.

Dans sa conclusion, par cinq voix contre quatre, la Cour affirme que, légalement et constitutionnellement, tant qu'il n'y a pas concertation ou coordination, les dépenses engagées par les personnes morales ou physiques dans le cadre des campagnes électorales ne constituent pas en soi des actes de corruption. Comme la liberté d'expression (*free speech*) est absolue, il ne peut y avoir de limites aux dépenses de communications engagées dans le cadre de campagnes politiques. Se référant à une décision antérieure (*Buckley vs Valeo*, 1976), le juge (*Justice*) Anthony Kennedy, écrivant au nom de la majorité des membres de la Cour, définit la corruption dans un sens étroit comme un pot-de-vin (*bribery*). Or, dans son interprétation<sup>144</sup>, il ne peut y avoir de pot-de-vin que s'il existe un accord d'échange explicite (un *quid pro quo*) entre les parties. Par conséquent, les dépenses non conditionnelles d'une entreprise, d'un individu, ou d'un groupement de ceux-ci dans le cadre d'une campagne électorale sont légitimes : « *Independent expenditures, including those made by corporations, do not give rise to corruption or the appearance of corruption* » (Des dépenses autonomes [dans le cadre d'une campagne électorale], y compris celles effectuées par des entreprises, ne donnent pas lieu à des actes de corruption ou à l'apparence d'actes de corruption). Dans cette logique, le fait que des dirigeants d'entreprise ou autres individus puissent avoir une influence ou un accès privilégié auprès des représentants de l'autorité publique, y compris le président et les membres du Congrès, n'implique pas que ces derniers soient corrompus. Cette interprétation est à nouveau confirmée en 2014 dans une autre décision, *McCutcheon vs Federal Electoral Commission*<sup>145</sup>, rédigée par John Roberts, devenu président (*Chief Justice*) de la Cour Suprême.

---

<sup>142</sup> Le texte complet de la décision ainsi que la discussion de la jurisprudence et les opinions des juges, y compris ceux dans la minorité, sont disponibles sur le site de la Cour Suprême, 08-205 *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 01/21/10, [supremecourt.gov](http://supremecourt.gov).

<sup>143</sup> Voir en particulier Teachout, Zephyr, *Corruption in America*, *op. cit.*, p. 7 *sqq.*

<sup>144</sup> Selon cette interprétation, les critères constituant un acte de corruption sont différents selon qu'il s'agit d'une corruption domestique (entre des parties américaines) ou internationale (lorsqu'une des parties est non américaine).

<sup>145</sup> Voir le portail de la FEC, <https://www.fec.gov/legal-resources/court-cases/mccutcheon-et-al-v-fec/>.

157. Le corollaire de la jurisprudence *Citizens United* est qu'il n'existe pas, en pratique, aux États-Unis de limite à l'appui financier que des candidats à des postes électifs peuvent recevoir d'entités de droit privé, entreprises, syndicats ou associations. La conséquence directe, et presque immédiate, a été une augmentation notable des dépenses engagées lors des campagnes électorales. La préoccupation principale des candidats devient alors de s'assurer qu'ils peuvent avoir accès à des ressources adéquates. Ces fonds sont alors utilisés pour payer des campagnes publicitaires de plus en plus coûteuses, notamment à la télévision, ou pour recruter des professionnels de la politique et des médias chargés de faire connaître le candidat sous un jour favorable auprès des électeurs. Alors que certains, en particulier dans les milieux conservateurs et républicains, voient en *Citizens United* un triomphe de la liberté d'expression, d'autres déplorent le rôle excessif des financements privés dans le processus électoral. Selon une étude<sup>146</sup>, de 2010 à 2018, les *Super PAC*<sup>147</sup> ont dépensé près de trois milliards de dollars pour financer des campagnes fédérales. Ces fonds proviennent principalement d'un nombre limité de gros donateurs, une centaine d'entre eux contribuant pour 78 % des sommes dépensées. Ainsi un petit groupe de milliardaires bénéficie d'un accès privilégié aux détenteurs des pouvoirs exécutif et législatif. « Le résultat le plus troublant de *Citizens United* est un sentiment croissant en Amérique, à une époque d'inégalité des revenus sans précédent, que le système politique sert principalement les intérêts des plus fortunés et que la participation démocratique de la vaste majorité des citoyens n'a que peu de valeur<sup>148</sup>. »

158. Ainsi il y a actuellement peu de limites à l'organisation et au financement des campagnes électorales aux États-Unis. Cette situation contraste avec l'évolution récente en France. Alors que, jusqu'en 1990, la lutte contre les atteintes à la déontologie de la vie politique reposait essentiellement sur la répression pénale de délits définis par le code pénal (concussion, corruption, prise illégale d'intérêts ou abus de biens sociaux), un nouveau cadre se met en place d'abord avec la loi Rocard de 1990 qui amnistie les conséquences juridiques de financements illégaux récents (affaires Luchaire et Urba), mais crée des plafonnements aux financements des partis et des campagnes et institue une Commission nationale des comptes de campagne et des

<sup>146</sup> Étude publiée le 12 décembre 2019 par Tim Lau du Brennan Center for Justice, think tank de juristes : *Citizens United Explained*, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/citizens-united-explained>.

<sup>147</sup> Successeurs des PAC créés à la suite de la loi Taft Hartley de 1947, les *super PAC* sont des groupements d'intérêts privés jouissant de certains avantages fiscaux, créés dans le but de financer des campagnes électorales ; ils sont principalement financés par de grandes entreprises.

<sup>148</sup> D'après Daniel I. Wiener, auteur du rapport du Brennan Center for Justice, « [...] the decision has helped reinforce the growing sense that our democracy primarily serves the interests of the wealthy few, and that democratic participation for the vast majority of citizens is of relatively little value. » Voir Wiener, Daniel I : *Citizens United Five Years Later*, publié le 15 janvier 2015 : <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/citizens-united-five-years-later>.

financements politiques dont le rôle peut être comparé à celui de la *Federal Electoral Commission* aux États-Unis. Cependant, sous la pression de l'opinion, préoccupée de l'influence des intérêts privés après la démission de trois ministres (Alain Carignon, Michel Roussin et Gérard Longuet) mis en cause dans des affaires politico-financières, l'Assemblée nationale a adopté deux nouvelles lois en 1993 et 1995 dont celle « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » connue sous le nom de son promoteur : « Sapin 1 ». Au début des années 2000, plusieurs dispositions législatives ont pour objectif de mieux contrôler les dépenses électorales, mais n'empêchent pas de nouveaux scandales, dont l'affaire Woerth-Bettancourt. Mais, c'est surtout l'affaire Jérôme Cahuzac, en 2013, qui va accélérer la mise en place des procédures de transparence lorsqu'une nouvelle Haute Autorité succédant à la Commission pour la transparence financière de la vie politique est mise en place et de nouvelles lois visant à développer la transparence sont promulguées la même année. Les ministres et parlementaires comme le président de la République et, depuis 2016, certains hauts fonctionnaires sont tenus de soumettre des déclarations de patrimoine qui peuvent être consultées par les journalistes. La *loi Sapin 2* de décembre 2016 instaure un répertoire numérique assurant l'information des citoyens sur les relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics. Il est tenu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Malgré toutes ces dispositions visant à contrôler et limiter les financements politiques, les scandales politico-financiers continuent d'être dénoncés en France (affaires Fillon, Bygmalion).

On note toutefois en France l'émergence de tout un corpus législatif ayant pour objectif d'assainir la vie politique, alors qu'aux États-Unis le législateur, sans doute moins motivé après *Citizens United*, le Congrès, souvent paralysé, et l'exécutif, préoccupé par d'autres urgences, semblent s'être désintéressés de cette problématique.

Le financement des activités politiques est donc plus opaque aux États-Unis qu'en France. L'administration Trump, soupçonnée de nombreux conflits d'intérêts, a évité le sujet autant que possible. Face sans doute face à des problèmes plus urgents pour l'administration Biden, la lutte contre la corruption politique ne paraît pas être une priorité urgente.

## **Section 2. La responsabilité pénale des sociétés personnes morales**

159. Le concept de responsabilité pénale des sociétés personnes morales est plus que centenaire aux États-Unis, mais beaucoup plus récent en France et en Europe. Lors de la

création des deux républiques de part et d'autre de l'Atlantique, vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le principe même de personne morale (*corporation* en anglais, société ou compagnie en français) semble antinomique avec la notion de vertu, qualité individuelle, qui doit être le principe cardinal de la nouvelle organisation sociale. Il est vrai que des faillites spectaculaires avaient ruiné les investisseurs et, négativement et durablement, frappé l'opinion publique après 1720 à la suite des banqueroutes de la *South Sea Bubble* en Angleterre et de la Compagnie perpétuelle des Indes (système de Law) en France. L'humoriste américain Ambrose Bierce définissait la *corporation* comme un moyen ingénieux de permettre le profit individuel en évitant la responsabilité individuelle<sup>149</sup>. Mais les conceptions ont évolué plus rapidement en Amérique qu'en Europe.

### A. Le concept de *corporation*

160. Aux États-Unis, les sociétés (*corporations*) sont d'abord juridiquement considérées comme des associations de citoyens : la Cour Suprême en 1809 dans son arrêt *Bank of the United States vs Deveaux*<sup>150</sup> reconnaît la personnalité juridique aux sociétés (*corporates*). Dans son jugement, inspiré par la *common law* anglaise, le président de la Cour Suprême, John Marshall, indique que les personnes morales ont les mêmes droits que les personnes physiques<sup>151</sup>.

Mais la jurisprudence évolue progressivement. En vertu du fédéralisme, chaque État fédéré a ses propres lois et règles définissant les statuts, les obligations, les interdictions et les règles d'imposition des sociétés établies sur son territoire. Les sièges sociaux des sociétés américaines sont naturellement établis dans les États où la régulation, en particulier la fiscalité, est considérée la plus favorable. Ainsi, aujourd'hui environ un tiers des 500 sociétés américaines les plus capitalisées<sup>152</sup> a son siège dans l'État du Delaware où la taxation et les règles d'enregistrement sont moins strictes que dans d'autres régions.

---

<sup>149</sup> « An ingenious device for securing individual profit without individual responsibility », *Devil's Dictionary*, 1911. Cité par Samuel W. Buell en exergue de *Capital Offenses*, *op. cit.*

<sup>150</sup> *Bank U.S. v. Deveaux*, 9 U.S. (5 Cranch) 61, 1809. Texte complet sur le site de la Bibliothèque du Congrès.

<sup>151</sup> *Ibid.* « As our ideas of a corporation, its privileges, and its disabilities, are derived entirely from the English books, we resort to them for aid in ascertaining its character. It is defined as a mere creature of the law, invisible, intangible, and incorporeal. Yet when we examine the subject further we find that corporations have been included within terms of description appropriated to real persons » (Nos idées quant à une société, ses privilèges, ses incapacités dérivent entièrement des livres anglais. Nous nous fondons donc entièrement sur ceux-ci pour déterminer son caractère. Elle est définie comme une simple créature de la loi, invisible, intangible et sans corps physique. Cependant lorsque nous examinons le sujet davantage nous découvrons que les sociétés ont été incluses parmi les termes utilisés pour décrire des personnes réelles.)

<sup>152</sup> Ce qu'on nomme communément les « Fortune 500 ».



La *corporation* sous diverses variantes est, comme en Europe, la forme juridique habituelle des entités qui sont à la base du capitalisme et du développement économique américains. Beaucoup de ces entités ont une activité à l'échelle nationale, comme le permet la législation sur le commerce interétatique et il se forme ainsi, au fil des années et des décisions des tribunaux, une régulation et une jurisprudence proprement américaines du droit des sociétés.

Au début du <sup>xx</sup>e siècle, le président Theodore Roosevelt a une politique active de lutte contre les activités monopolistiques des *trusts*. Cette politique a un aspect préventif avec la promulgation de nouvelles lois, mais aussi répressif avec le déclenchement d'un grand nombre de poursuites judiciaires. Or si l'on désire pouvoir poursuivre criminellement de manière efficace les sociétés, cela implique de leur reconnaître une responsabilité pénale.

## **B. La loi Elkins (*Elkins Act*) de 1903**

161. La loi Elkins (*Elkins Act*) de 1903 est la première manifestation légale de l'activisme du président Theodore Roosevelt. Il encourage son ami, le sénateur de Virginie-Occidentale, Stephen B. Elkins à proposer une législation permettant aux autorités fédérales d'intervenir dans la tarification des services des sociétés de chemin de fer. Toutes ces sociétés sont privées et opèrent dans un système capitaliste ; elles sont donc juridiquement libres de fixer leurs tarifs sans considération de service public. Dans la pratique, les sociétés de chemin de fer, pas toujours bien capitalisées, sont à la merci de quelques conglomérats industriels ou *trusts* qui représentent une large part du volume transporté (mais pas des passagers) et exigent d'importants rabais sur les tarifs publiés. Les trusts eux-mêmes sont organisés en branches d'industrie et souvent contrôlés par des individus peu scrupuleux, les barons voleurs (*Robber Barons*)<sup>153</sup>. Pour compenser les rabais forcés qui leur sont imposés par les trusts, les sociétés de chemin de fer sont obligées d'augmenter le tarif pour les autres usagers, en particulier les voyageurs. Le résultat est que, en fait, le trafic des passagers subventionne le trafic des marchandises qui profite aux trusts qui renforcent ainsi leur position dominante.

Afin d'éviter, ou au moins d'atténuer, ces distorsions de traitement selon l'utilisateur, la loi Elkins oblige les sociétés de chemin de fer à publier auprès d'un organisme public, l'*Interstate Trade Commission*, leurs tarifs officiels par rapport auxquels il ne peut être consenti de rabais. En cas de manquement, les autorités fédérales peuvent poursuivre pénalement, pour « discrimination tarifaire » (*rate discrimination*), les sociétés de chemin de fer comme les

---

<sup>153</sup> Voir plus bas : la lutte contre les monopoles et la réglementation « antitrust ».

usagers contrevenants, et imposer de lourdes amendes, calculées en fonction des montants impliqués. Du coup, la loi entérine la notion de responsabilité pénale des sociétés (en tout cas celles de chemin de fer), car celles-ci, comme leurs administrateurs et principaux dirigeants, deviennent passibles de poursuites criminelles au niveau fédéral.

Contribuant à la popularité du président Roosevelt, la loi Elkins est une première étape dans son programme de *Square Deal* (« la donne carrée », c'est-à-dire équitable) qui inclut aussi la législation contre les monopoles, comme nous le verrons un peu plus loin. La notion de responsabilité pénale des sociétés est, quelques années plus tard, à nouveau clairement affirmée par la Cour Suprême.

### C. L'arrêt *New York Central Railroad* de 1909

162. Dans sa décision de 1909 *New York Central & Hudson River Railroad Co. vs United States*<sup>154</sup>, la Cour Suprême reconnaît la possibilité de la responsabilité non seulement civile, mais aussi pénale des sociétés : « *It is true that there are some crimes which, in their nature, cannot be committed by corporations. But there is a large class of offenses... wherein the crime consists in purposely doing the things prohibited by statute. In that class of crimes, we see no good reason why corporations may not be held responsible for and charged with the knowledge and purposes of their agents, acting within the authority conferred upon them. If it were not so, many offenses might go unpunished and acts be committed in violation of law where, as in the present case, the statute requires all persons, corporate or private, to refrain from certain practices, forbidden in the interest of public policy*<sup>155</sup>. »

163. En pratique, la jurisprudence détermine les conditions de la mise en accusation pénale de la société. En général trois conditions doivent être remplies :

a) l'acte criminel résulte de l'action d'un responsable, employé ou agent de la société ;

---

<sup>154</sup> Voir <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>.

<sup>155</sup> « Il est vrai que certains crimes, de par leur nature, ne peuvent pas être commis par des sociétés. Mais il y a un large groupe de délits [...] où le crime consiste à intentionnellement accomplir des tâches interdites par une loi en vigueur. Pour cette classe de crimes, nous ne voyons pas de bonne raison pour laquelle la société ne serait pas tenue pour responsable et inculpée pour les actes commis en connaissance de cause et avec des objectifs reconnus par leurs agents agissant grâce à l'autorité dont ils sont investis par ladite société. Dans le cas contraire, de nombreuses transgressions risqueraient de ne pas être punies et des actes commis en violation de la loi ou, comme dans le cas présent, le code en vigueur, requiert spécifiquement toute personne, morale ou physique, de s'abstenir de certaines pratiques interdites afin de préserver l'intérêt public. » *Ibid.* Voir aussi « Corporate Criminal Liability. An Overview of Federal Law », *Congressional Research Service*, October 20, 2013.

- b) l'action criminelle est commise dans le cadre de l'activité professionnelle ;
- c) l'acte criminel est entrepris dans le but d'apporter un bénéfice ou avantage, même partiel, à la société.

Ces conditions se trouvent résumées dans une décision de 2008 : « *a corporation accused is liable for the criminal acts of its employees and agents acting within the scope of their employment for the benefit of the corporation and such liability arises if the employee or agent acted for his own benefit as well as that of his employer*<sup>156</sup>. » Pour qu'un tribunal admette la responsabilité criminelle d'une société, il convient de démontrer la connaissance et l'intention (« *knowledge and intent* ») de ses employés ou agents<sup>157</sup>. Le procureur a une certaine latitude pour inculper criminellement ou non une société et utiliser un ou plusieurs chefs d'accusation, mais il se doit de suivre les lignes directrices (*US Sentencing Guidelines*) qui sont régulièrement revues par une commission spéciale comprenant des membres du Congrès. De ce fait, la mise en accusation criminelle et/ou civile et les diverses formes que cette déclaration peut prendre, deviennent souvent l'objet de négociation entre le procureur et l'équipe juridique de la société mise en cause. La notion de règlement négocié (*negotiated settlement*) prend ainsi sa signification moderne<sup>158</sup>.

164. Comme, dans la conception américaine, le crime est défini par un acte législatif, toute personne, morale ou physique, qui enfreint la loi commet un crime. Si la condamnation permet, par exemple en imposant une forte amende, le redressement d'un tort à la société, la condamnation de l'entreprise se trouve pleinement justifiée. Selon la professeure Arlen<sup>159</sup>, la responsabilité pénale de la société permet aussi de peser sur le comportement des personnes physiques et morales qui sont les principaux agents de la vie économique. Les crimes de société diffèrent de ceux des individus, car ils impliquent un acteur supplémentaire, la société, qui a un rôle pour décourager (ou encourager) la fraude *ex ante* comme *ex post*. Les firmes peuvent adopter des mesures qui soit diminuent les attentes en termes d'avantages, soit augmentent les coûts pour l'employé qui se rendrait coupable. Elles ont ainsi un contrôle direct sur les

---

<sup>156</sup> *United States v. Singh*, 518 F.3d 236, 249-50, 4th Cir. 2008, « Une entreprise mise en examen est considérée responsable pour les actes criminels de ses employés et agents lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur emploi au bénéfice de l'entreprise et cette responsabilité naît que l'employé ou l'agent agisse pour son propre bénéfice comme pour celui de son employeur. »

<sup>157</sup> Jurisprudence Philip Morris : *United States v. Philip Morris USA, Inc.*, 566 F. 3d 1095, 1118, D. C., Cir. 2009, faisant référence à *N. Y. Central & Hudson River R. R. Co. v. United States*, 212 U. S. 481, 495, 1909, et *United States v. A & P Trucking Co.*, 358 U. S. 121, 125, 1958.

<sup>158</sup> Voir Titre II-II- « Des moyens de poursuite efficaces : la "justice négociée" ».

<sup>159</sup> Voir Arlen, Jennifer, *Corporate criminal liability. Theory and evidence*, NYU Center for Law, Economics and Organization; New York University School of Law, mai 2012.

avantages présumés de la fraude, un niveau de contrôle que même la puissance publique ne possède pas, car, généralement, les fraudeurs escomptent tirer profit de leur crime. Cet avantage est parfois indirect ou décalé dans le temps, comme une promotion ou l'augmentation des profits de la société qui assure un emploi et une rémunération. Pour éviter d'encourager la fraude, les firmes doivent structurer leurs systèmes de contrôle et rémunération de façon à rendre le crime plus risqué ou moins payant pour le fraudeur éventuel.

165. Par contraste, la notion de responsabilité criminelle des personnes morales est beaucoup plus récente en France. Ce n'est que le nouveau code pénal, entré en vigueur en 1994, qui consacre la responsabilité pénale des personnes morales<sup>160</sup>. En fait, l'objectif de la réforme proposée en 1992<sup>161</sup> était plutôt de protéger les dirigeants qui devaient assumer seuls et sous leur responsabilité personnelle des actes qui étaient engagés plus au bénéfice de la société qu'au leur. Comme aux États-Unis 90 ans plus tôt, il est apparu au législateur français que la personne morale serait mieux à même d'assumer certaines responsabilités prises en son nom. La société, sous certaines conditions, peut ainsi être tenue pénalement responsable d'infractions d'ordre environnemental ou social (accidents du travail) et être – à ce titre – condamnée à des pénalités ou amendes. Le nouvel article 121-2 du code pénal<sup>162</sup> précise : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7<sup>163</sup>, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants... La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3<sup>164</sup>. »

La définition française de la criminalité pénale des personnes morales apparaît plus restrictive que l'américaine, car elle implique une action menée sur instruction des dirigeants ou d'un représentant légal dans le cadre de leurs activités. La définition française ne couvre pas spécifiquement les infractions transnationales, mais ne les exclut pas non plus. Et, surtout, la jurisprudence est bien moins étoffée qu'aux États-Unis. Il est toutefois clair que la législation

---

<sup>160</sup> Selon Carbonnier, Jean, dans *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Champs, Essais, Flammarion, 1996, p. 141.

<sup>161</sup> Nous nous fondons ici sur l'analyse présentée au colloque international de Bale du 21 au 23 mars 2017 : « *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law. Jurisdictional Issues* », annales publiées par la *Revue internationale de droit international*. L'analyse du cas français était présentée par la professeure Juliette Lelieur de l'université de Strasbourg et membre du groupe de travail OCDE contre la corruption, p. 179 *sqq.*

<sup>162</sup> Consulté sur le site Légifrance le 26 janvier 2021, article 121-2-Code pénal-Légifrance (legifrance.gouv.fr).

<sup>163</sup> Les articles 121-4 à 7 définissent la notion de complicité.

<sup>164</sup> L'article 121-3 précise notamment « [qu']il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. »

française s'est mise, notamment après la promulgation de la loi Sapin 2 en décembre 2016, à l'aune des meilleures pratiques internationales en la matière et que la conclusion d'une bonne douzaine de CJIP (conventions judiciaires d'intérêt public) rapproche dans leur application les législations française et américaine<sup>165</sup>.

Comme le droit américain reconnaît le cumul des responsabilités et des peines, la poursuite de la personne morale n'implique pas la non-poursuite des personnes physiques responsables de l'infraction. En fait, la politique du DOJ est généralement de poursuivre non seulement la société (qui dispose habituellement d'actifs importants lui permettant de s'acquitter de lourdes amendes), mais aussi les dirigeants responsables, passibles de peines d'amende et d'emprisonnement<sup>166</sup>. On voit bien là le pragmatisme et le souci d'efficacité du droit américain.

### **Section 3. La régulation financière moderne et la criminalisation de pratiques connexes de la corruption**

166. Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, souvent en réaction aux guerres, aux crises et autres turbulences, se met progressivement en place, aux États-Unis comme dans le reste du monde, la régulation économique et financière moderne. Les États-Unis, à cause de leur prééminence, y jouent un rôle moteur, la législation et les pratiques américaines servant de précurseur et de modèle à d'autres juridictions, dont la France, en particulier dans la lutte contre la corruption.

Le point marquant aux États-Unis est la fédéralisation de la régulation. Alors que les États fédérés conservent une large autonomie en droit privé, l'État fédéral s'affirme dans ses prérogatives économiques et financières. Ce phénomène se traduit par un rôle croissant, voire exclusif, en matière de droit pénal des affaires. Cette tendance centralisatrice se manifeste d'abord dans la régulation contre les monopoles, puis prend un tour novateur dans la création et la gestion de l'impôt sur le revenu et, par conséquent, la lutte contre la fraude fiscale. Une autre étape importante est la régulation des marchés financiers pour mettre fin à la spéculation effrénée des Années folles (les années 1920). Enfin, plus récemment (à partir de 1970), avec la mondialisation grandissante de l'économie mondiale et l'accélération du recyclage des capitaux

---

<sup>165</sup> Voir l'analyse détaillée en seconde partie de cette thèse.

<sup>166</sup> Pour une illustration récente de ce principe, voir en particulier le mémorandum publié par Sally Yates, ministre adjointe de la Justice. Nous reviendrons sur ce point dans notre section dédiée à l'*enforcement*.

(en particulier les « pétrodollars<sup>167</sup> »), la préoccupation dominante devient la lutte contre le blanchiment. Création de monopoles, évasion fiscale, trucages financiers et blanchiment sont souvent les marques et les véhicules de la corruption, aussi bien domestique qu'internationale. C'est en s'attaquant à ces maux et en définissant les crimes correspondants que les autorités américaines ont formé le noyau de la lutte contre la corruption.

#### **A. La lutte contre les monopoles et la réglementation *antitrust***

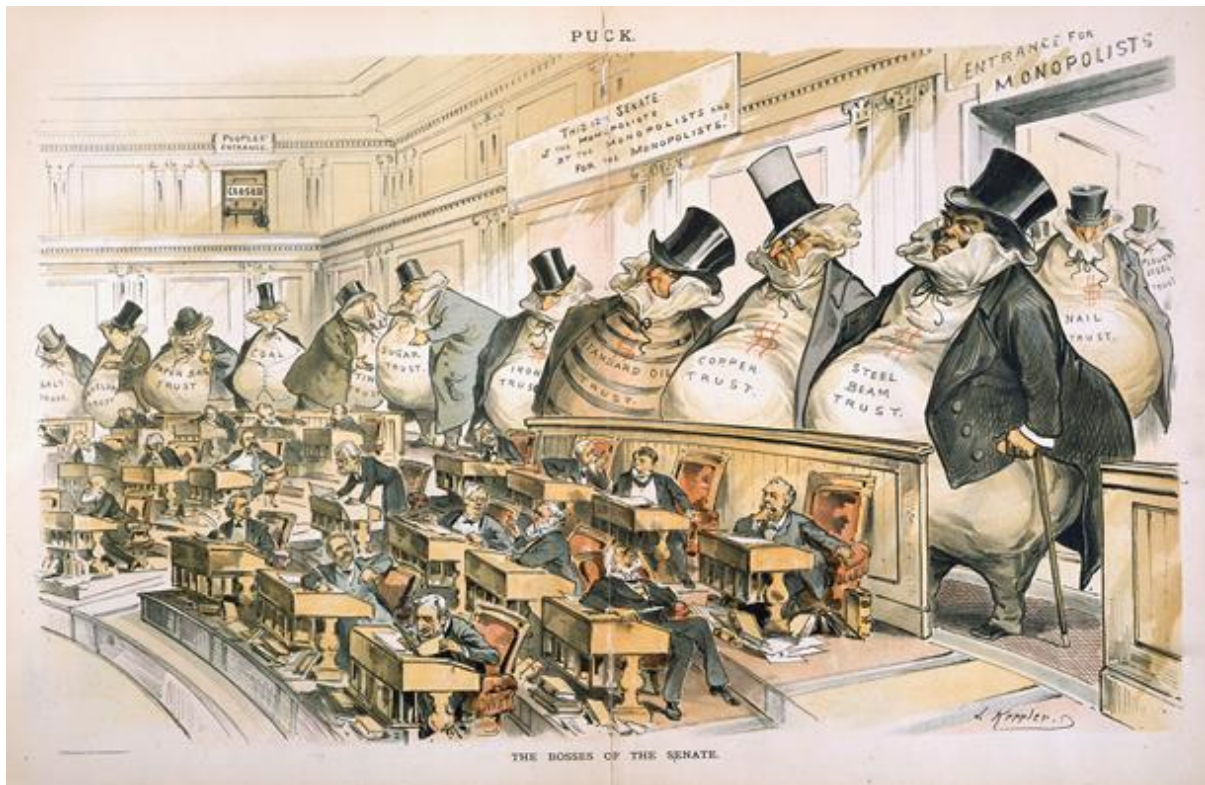
167. Le droit américain a eu un rôle précurseur pour légiférer et réglementer la concurrence, ou plus exactement les entraves qui peuvent y être apportées. En effet, toute une branche du droit, connue sous le nom de *Antitrust Law*, s'est créée et considérablement développée depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Aujourd'hui, les ministères de la Justice (DOJ) comme celui du Trésor (DOT) ont des divisions spécialisées qui s'y consacrent. Dans les principaux cabinets juridiques américains, les dossiers *antitrust* sont souvent ceux qui génèrent les revenus les plus importants tant les intérêts en jeu sont considérables.

Le besoin de contrôler la concurrence s'explique par le pouvoir immense accumulé par les monopoles des barons voleurs de l'Âge doré et ses excès. C'est l'époque où la corruption de nombreux hommes politiques et parlementaires est dénoncée par une presse et une opinion publique (donc des électeurs) qui s'expriment ouvertement. Publié par le journal *Puck* en 1899, un dessin (*cartoon*) intitulé les « Patrons du Sénat », montre que, derrière les sénateurs élus, ce sont en fait les magnats des trusts qui contrôlent les principales activités économiques et surveillent les débats.

---

<sup>167</sup> Dollars non domiciliés aux États-Unis, produit des exportations de pétrole dont le prix sur le marché mondial augmente fortement en 1973/1974.

Figure 6  
Les véritables patrons du Sénat d'après Puck (1899) <sup>168</sup>



Certains<sup>169</sup> expliquent ce besoin de réguler la concurrence non seulement par des impératifs moraux et sociaux, mais aussi par l'absence historique aux États-Unis d'autres modèles d'organisation sociétale qui sont inspirés en Europe par des idéaux religieux, aristocratiques ou militaires. Pendant son premier siècle d'existence, l'assise doctrinale de l'organisation économique et sociale de la jeune république provient d'un individualisme capitaliste prôné par les Pères fondateurs<sup>170</sup>. Ce système convient à une économie principalement agraire avec de nombreux petits propriétaires dans l'industrie et le commerce. Mais à partir du dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle, les distorsions économiques et sociales du capitalisme deviennent évidentes.

168. La mise en place d'un corpus de lois, règlements et jurisprudence est progressive. Elle comprend à la fois des lois dont les votes ont reçu une grande couverture médiatique comme la loi *Sherman* de 1890, une jurisprudence, qui est encore en mutation, et des doctrines qui

<sup>168</sup> On reconnaît sur le dessin de Joseph Keppler, le « Daumier » américain, les magnats de l'acier, du cuivre, du fer, du pétrole, du sucre et du charbon ; ils semblent venir d'une antichambre sur le linteau de laquelle on lit « monopoles ». Source : [https://en.wikipedia.org/wiki/United\\_States\\_antitrust\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_antitrust_law).

<sup>169</sup> Voir en particulier « What Happened to the Antitrust Movement », étude de Richard Hofstadter publiée dans Sullivan, E. Thomas, *Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, Oxford University Press, 1991.

<sup>170</sup> En particulier par Alexandre Hamilton dans ses articles publiés dans le *Federalist*.

paraissent parfois antinomiques. En effet, dans l'idéologie américaine, pour être fidèle aux principes fondateurs il convient à la fois de garantir la liberté d'entreprendre (autrement dit le capitalisme) et d'assurer, au moins pour le plus grand nombre, la « poursuite du bonheur<sup>171</sup> » (autrement dit des conditions de vie décentes). En Amérique la libre concurrence<sup>172</sup> est plus qu'une théorie, c'est un mode de vie et un dogme. La croissance des entreprises ne peut donc être condamnable en soi. La position doctrinale des réformateurs est ainsi souvent ambiguë ; elle peut se résumer par une formule employée par le président Woodrow Wilson en 1912 : « *I am for big business but I am against the trusts* » (Je suis favorable à la grande entreprise, mais je suis contre les trusts<sup>173</sup>). Synonyme de cartel ou monopole, le terme *trust* prend ainsi une signification négative pour la majorité des Américains<sup>174</sup>. L'évolution de la doctrine (ou des doctrines) *antitrust* se poursuit de nos jours.

169. La réglementation antitrust est complexe. Elle résulte d'un long processus législatif qui commence avec la loi *Sherman* de 1890 et se poursuit avec les lois *Clayton* et celle instituant la *Federal Trade Commission* (FTC) en 1914. Celles-ci définissent les principes et les mécanismes d'une libre concurrence qui protège les intérêts des consommateurs ; elles constituent les bases de la législation antitrust. Ce corpus est ensuite complété par les lois *Robinson-Patman* de 1936 et *Celler Kefauver* de 1950 ainsi que par des réglementations portant sur des secteurs d'activité. La loi *Hart Scott Rodino* de 1976 précise les fonctions de la FTC et du DOJ. En pratique, les avocats, les procureurs et les juristes sont surtout guidés par une jurisprudence particulièrement subtile et évolutive. On distingue ainsi les « bonnes » concentrations d'entreprises permettant des économies d'échelle et des prix plus bas, des « mauvaises » créant des monopoles et lésant les intérêts des consommateurs. Nous n'examinerons ici que les grandes lignes du système américain de protection de la libre concurrence en mettant en valeur les dispositions visant à limiter la corruption.

La législation américaine définit des pratiques qui sont en soi (*per se*) contraires à la libre concurrence : fixation des prix par les producteurs ou distributeurs ; limitation de la production par accords entre entreprises ; ententes sur la distribution organisant les marchés par types de consommateurs ou en territoires géographiques ; boycotts visant à exclure fournisseurs

---

<sup>171</sup> Droits inaliénables garantis par la Déclaration d'Indépendance, la Constitution et le Bill of Rights.

<sup>172</sup> « *In America competition was more than a theory: it was away of life and a creed.* » D'après Richard Hofstadter « What Happened to the Antitrust Movement », in Sullivan, E. Thomas, *Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, Oxford University Press, 1991, p. 20.

<sup>173</sup> Cité par R. Hofstadter, *ibid.*, p. 27.

<sup>174</sup> L'évolution linguistique du terme est notable, car *trust* au sens littéral est traduit en français par « confiance ». En droit anglais le *trust* est un mécanisme juridique proche de la fiducie.



ou distributeurs ; ventes liées obligeant un acheteur à acquérir un ensemble de produits. D'autres pratiques sont par contre acceptables si elles protègent les intérêts des consommateurs : accords de distribution exclusive ; accords de réciprocité ; *joint-ventures*<sup>175</sup> ; associations dans le but de développer la recherche ou des intérêts communs à plusieurs entreprises. La distinction entre pratiques interdites et autorisées est parfois floue ; l'administration ou les tribunaux sont ainsi tenus d'effectuer des tests de « raisonnabilité » créant une abondante jurisprudence. De plus, une agence fédérale, la *Federal Trade Commission* (FTC), établie en 1915, a pour mission de protéger les consommateurs et promouvoir la libre concurrence<sup>176</sup>.

170. À l'origine, l'objectif principal est de casser les monopoles qui corrompent le système démocratique et pénalisent la population en manipulant les prix. Selon le sénateur John Sherman, auteur de la loi qui porte son nom, allié du président Theodore Roosevelt : « Si nous ne pouvons supporter un roi qui détient le pouvoir politique, nous ne devrions pas supporter un roi qui règne sur la production, le transport et la distribution des biens nécessaires à la vie [de nos concitoyens]<sup>177</sup>. » La loi *Sherman*, votée à l'unanimité par la Chambre des représentants le 20 juin 1890, enjoint au DOJ de recourir aux tribunaux fédéraux pour bloquer toute action contraire à la loi, sauvegarder la libre concurrence et imposer des amendes ou tout autre remède permettant de s'opposer à toute « restriction au commerce » (*restraint of trade*).

La *Standard Oil Company*, créée par John D. Rockefeller, est l'un des trusts les plus puissants de l'époque. Détenant un quasi-monopole dans la production de produits pétroliers, elle n'hésite pas à intimider ses concurrents et négocier des conditions secrètes avec les transporteurs et distributeurs. Les poursuites contre la Standard Oil vont de procès en appel et durent plus de deux décennies. Finalement, en 1911, la Cour Suprême établit les violations de la loi par Standard Oil et ordonne le démantèlement de la compagnie en 34 entreprises différentes afin de préserver la libre concurrence. Le jugement et les opinions divergentes reconnaissent toutefois la nécessité de mieux définir le terme de « restriction au commerce » qui qualifie l'infraction dans la loi Sherman.

---

<sup>175</sup> Par exemple un accord, entre deux ou plusieurs entreprises, pour créer une entité de production ou de distribution commune.

<sup>176</sup> Voir le site officiel de la FTC, <https://www.ftc.gov/about-ftc/our-history>.

<sup>177</sup> « *If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation and sale of any of the necessities of life* », cité dans « United States antitrust law », Wikipedia, [https://en.wikipedia.org/wiki/United\\_States\\_antitrust\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_antitrust_law).

171. Ainsi la loi *Clayton* de 1914 précise que l'infraction est constituée en cas de discrimination de prix ; elle rend illégales les fusions et acquisitions quand celles-ci sont contraires aux intérêts des consommateurs et précise les amendes et les peines d'emprisonnement dont sont passibles les contrevenants. Elle est suivie quelques mois plus tard par la loi instituant la *Federal Trade Commission*, qui a la double mission de protéger les consommateurs et de promouvoir la libre concurrence. L'agence est supervisée par cinq commissaires, nommés par le Président mais approuvés par le Sénat pour des mandats de sept ans renouvelables. Elle dispose de moyens adéquats : plus d'un millier d'agents<sup>178</sup>, le pouvoir d'imposer des amendes administratives, d'ordonner des remboursements aux consommateurs lésés, de lancer des enquêtes et des poursuites administratives. Elle est habilitée à recevoir des plaintes du public, y compris des entreprises qui estiment être victimes de pratiques illicites par leurs concurrents. La FTC a développé des lignes directrices clarifiant les règles gouvernant les fusions et acquisitions. Elle doit être avisée par les acheteurs ou les vendeurs de certains projets d'acquisition, cession ou fusion<sup>179</sup> sur lesquels elle diligente des enquêtes et peut bloquer ceux-ci ou exiger des modifications, en particulier interdire des acquisitions qui pourraient porter atteinte à la libre concurrence. En liaison avec le DOJ, l'agence peut lancer des poursuites criminelles à l'encontre des contrevenants.

172. Il est difficile d'établir un bilan objectif des résultats de la lutte antitrust menée par les autorités américaines pendant plus d'un siècle tant les opinions des juristes, historiens et économistes varient<sup>180</sup>. Dans la phase initiale, à peu près jusqu'à la fin de la Première Guerre mondiale, la politique d'application des lois antitrust est clairement de protéger les consommateurs et utilisateurs finaux en cassant les cartels, parfois de façon spectaculaire, retenant ainsi l'attention des médias. Les administrations des présidents Theodore Roosevelt et William Howard Taft, se prévalant des dispositions de la loi *Sherman*, ont poursuivi 135 cas de « pratiques non concurrentielles ». Mais certains secteurs d'activité semblent autorisés à ne pas appliquer la nouvelle réglementation : en 1920, United States Steel, conglomérat de l'acier, gagne son appel à la Cour Suprême et s'entend avec le gouvernement pour réorganiser l'industrie ; de même International Harvester qui tient le haut du pavé du secteur des machines

<sup>178</sup> Mille cent un en 2019, d'après un rapport officiel, <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/office-executive-director/financial-management-office/ftc-appropriation>.

<sup>179</sup> En général, ceux qui mettent en jeu des actifs au-delà d'un seuil plancher, de l'ordre de \$200 millions. En 2019, la FTC a préapprouvé 2 023 projets d'acquisition ou fusion.

Voir : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program>.

<sup>180</sup> Voir par exemple l'ouvrage de Sullivan, E. Thomas, *The political economy of the Sherman Act: the first one hundred years*, Oxford University Press, 1991.

agricoles, conserve son quasi-monopole ; Ford qui domine l'industrie automobile naissante n'a jamais été inquiété. L'application des lois antitrust devient alors beaucoup plus technique, les tribunaux faisant le tri entre les « bons » et « mauvais » trusts et la FTC jouant un rôle d'arbitre, signant avec les entreprises des accords de *cease and desist* (« cessation et désistement ») qui réorganisent des pans entiers de l'économie. L'efficience de l'économie, la position compétitive des États-Unis et, plus tard, la protection de l'environnement deviennent pour les tribunaux des facteurs aussi importants que la protection des consommateurs lorsqu'ils effectuent leurs « tests de raisonabilité. »

On observe ainsi des cycles dans l'application de la réglementation antitrust.<sup>181</sup> Après la phase initiale, la législation est pratiquement ignorée jusqu'à l'époque du *New Deal* (à partir de 1932) puis devient la base juridictionnelle et idéologique permettant de promouvoir un système de libre entreprise qui s'oppose au dirigisme étatique fasciste ou communiste. En 1969, le DOJ intente une action contre IBM qui domine alors le secteur des ordinateurs, mais après plus d'une décennie de procès et d'appels, les poursuites sont abandonnées en 1982 par l'administration Reagan. Cette même année toutefois, à la conclusion d'une longue procédure, le monopole d'ATT sur les services téléphoniques est brisé. Avec l'accord de la Cour Suprême, sont créées sept entreprises régionales (les « Baby Bell ») plus une, à vocation internationale. À partir des années 1980, la doctrine antitrust officielle est dominée idéologiquement par l'école libérale de l'université de Chicago<sup>182</sup>. Les théories avancées par Robert Bork<sup>183</sup> soutiennent que le maintien de la compétitivité des entreprises américaines doit être le principal facteur dans l'application de la réglementation antitrust. La protection des consommateurs et donc la lutte contre la corruption deviennent des préoccupations secondaires. Des poursuites contre Microsoft, commencées en 1999 et coordonnées avec 19 États fédérés, aboutissent à un accord avec la compagnie qui abandonne finalement certaines pratiques. En 2018, après plus de deux ans de négociations impliquant le DOJ, l'acquisition de Time Warner (télévision par câble) par ATT est finalement conclue. Plusieurs entreprises géantes ayant des modèles de vente fondés sur l'internet sont susceptibles d'être poursuivies dans le cadre de la législation antitrust,

---

<sup>181</sup> Voir en particulier l'étude de Stucke, Maurice E. et Ezrachi, Ariel, « *The rise, fall and rebirth of the US antitrust movement* », in *Harvard Business Review*, 15 décembre 2017.

<sup>182</sup> Dont l'économiste Milton Friedman, prix Nobel d'économie en 1976, est l'un des représentants les plus connus.

<sup>183</sup> Robert Bork, ancien juge et professeur à l'école de droit de l'université de Yale publie *The Antitrust Paradox* en 1978. Nommé par le président Reagan en 1982 pour devenir juge à la Cour Suprême, il ne sera pas confirmé dans cette fonction.

Amazon, Google, Apple et Facebook en particulier. Certains<sup>184</sup> pensent qu'avec le développement exponentiel de l'économie numérique, il serait temps de « réinventer » une législation antitrust moderne. En septembre 2020, la FTC a organisé des consultations et débats à ce sujet, mais il revient à l'administration Biden d'établir ou non une nouvelle doctrine.

La réglementation antitrust américaine ne s'attaque pas directement à la corruption, mais peut l'influencer. Elle a ainsi contribué de façon marquée à la diminution des pouvoirs des « barons voleurs » et de leurs trusts au début du xx<sup>e</sup> siècle mais, depuis, ses priorités ont évolué. Historiens et économistes<sup>185</sup> reconnaissent que le niveau de corruption dans la société américaine a diminué grâce à la législation antitrust. Près de sept décennies après l'entrée en vigueur de la loi *Sherman*, l'Europe s'inspirera de ses principes pour combattre cartels et ententes, défendre les consommateurs et développer une législation de la libre concurrence au sein de l'Union Européenne.

## **B. La lutte contre l'évasion fiscale**

173. Depuis les premières décennies de la république américaine, les accusations d'évasion fiscale ont été un moyen pour les autorités de s'attaquer à leurs ennemis, de tenter de réduire l'influence des corrupteurs et de briser la carrière des corrompus.

### 1. Le civisme fiscal aux États-Unis

Le paiement de l'impôt est une obligation civique, c'est pourquoi il est inscrit en France dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789<sup>186</sup>. Aux États-Unis, on retrouve la même idée dans la *Taxing and Spending Clause* (« Clause sur l'imposition et les dépenses ») de la constitution entrée en vigueur la même année<sup>187</sup>. L'impôt fédéral aux États-Unis revêt un élément symbolique fondamental qui explique, comme nous l'avons vu, la forte réaction des

---

<sup>184</sup> Voir par exemple les positions de l'école doctrinale « New Brandeis » qui suscite de nombreux débats parmi les juristes, <https://www.pbwt.com/antitrust-update-blog/a-brief-overview-of-the-new-brandeis-school-of-antitrust-law>.

<sup>185</sup> Dont Joseph E. Stiglitz, *The Price of Inequality*, op. cit..

<sup>186</sup> Article 13 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés », <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.

<sup>187</sup> Article 1, Section 8 : « *The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States* », <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>.

autorités fédérales au moment de la « Rébellion du Whiskey » en 1791<sup>188</sup>. Dans l'optique américaine, le non-paiement de l'impôt est une atteinte grave à la souveraineté de l'État, équivalente à la sédition ; elle est donc sévèrement sanctionnée. En cas d'infraction, la peine est le symbole conventionnel de la réprobation publique<sup>189</sup>. Les peines pour évasion fiscale sont donc pour l'État fédéral l'occasion de manifester à la fois sa souveraineté et sa force. « L'impôt n'est pas seulement un outil financier, c'est aussi et peut-être avant tout un instrument politique par lequel se définit un territoire et qui incarne une communauté d'intérêts et de contraintes en son sein. Renoncer à cette prérogative [reviendrait à un abandon de souveraineté]. L'impunité fiscale est une incitation à la fraude, non parce que les contribuables feraient le calcul qu'ils ne risquent rien, mais parce qu'elle entérine la contestation du pouvoir de l'État<sup>190</sup>. »

En France, la fraude fiscale, parfois dénoncée avec virulence, a longtemps été tolérée ou, du moins, mollement combattue. On peut y trouver des raisons historiques et sociologiques. Selon Alexis Spire et Katia Weidenfeld, la tolérance à la fraude fiscale est ancrée dans l'histoire : « il y a toujours eu un écart conséquent entre la fermeté des condamnations de principe contre ceux qui se soustraient à l'impôt et la rareté des sanctions prononcées à leur égard.<sup>191</sup> » Cet écart est encore plus patent si l'on considère l'application effective des peines. Sous l'Ancien Régime, l'impôt frappe plus ceux qui ne peuvent s'y soustraire (le tiers état) que ceux qui auraient les moyens de contribuer (le clergé et la noblesse). De plus, même parmi le tiers état, les disparités et les discriminations sont criantes. Les paysans et le petit peuple payent la plus grande part des impôts. Mais, comme l'écrivait Alexis de Tocqueville : « On se plaint avec beaucoup de justice du privilège des nobles [et des ecclésiastiques, dans les décennies qui ont précédé la Révolution] en matière d'impôts ; mais que dire de ceux des bourgeois ? On compte par milliers les offices qui les exemptent de tout ou partie des charges publiques : celui-ci de la milice, cet autre de la corvée, ce dernier de la taille. Quelle est la paroisse, dit-on dans un écrit du temps, qui ne compte dans son sein, indépendamment des gentilshommes et des ecclésiastiques, plusieurs habitants qui se sont procuré, à l'aide de charges ou de commission, quelque exemption d'impôt<sup>192</sup> ? » La collecte de l'impôt est pour bonne partie confiée à des tiers, les fermiers, qui exercent un monopole sur leurs territoires, ce qui crée des cas d'inégalité, d'injustice, de concussion et de corruption. Dans l'imagerie populaire, la « résistance à

---

<sup>188</sup> Voir ci-dessus, chapitre 1.

<sup>189</sup> Cette idée est exprimée par exemple par Michel Foucault dans son ouvrage *Surveiller et punir*.

<sup>190</sup> Spire, Alexis et Weidenfeld, Katia, *L'Impunité fiscale. Quand l'État brade sa souveraineté*, La Découverte, Paris, 2015, p. 165.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p.18.

<sup>192</sup> Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856, Coll. Idées, Gallimard, 1952, Paris, p. 106.

l'impôt » est légitime. Elle est parfois présentée comme une action civique contre les fermiers généraux et pas nécessairement contre le pouvoir central. On note l'intransigeance du pouvoir central contre l'opposition frontale, surtout si elle est armée, comme l'illustre par exemple le supplice de Louis Mandrin en 1755. Mais on remarque aussi, en pratique, une grande tolérance à l'égard de ceux qui, légalement ou discrètement, ne payent que peu ou pas d'impôts. Même après la Révolution, il faut attendre presque un siècle et demi pour que la fraude aux impôts directs soit passible de sanctions pénales. Et encore, leur application reste très limitée, elle ne concerne en réalité que ceux qui se refusent à tout dialogue avec le fisc<sup>193</sup>.

174. Aux États-Unis, dès l'Indépendance, le paiement de l'impôt est lié au patriotisme. Lorsqu'ils réclament leur détachement de la couronne britannique, le slogan des insurgés américains est *No taxation without representation* (« pas d'impôt sans représentation politique »). Le texte même de la déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 indique, parmi les motifs, l'absence de consentement des colons à l'impôt<sup>194</sup>, mais il ne conteste pas le principe d'un impôt qui servirait à financer le *Commonwealth*, le bien-être de la communauté.

Durant le XIX<sup>e</sup> siècle, âge d'or de la bourgeoisie en France et du développement économique aux États-Unis, la fiscalité s'efforce de ne pas heurter les libertés individuelles. Elle est aussi discrète et non intrusive que possible, fondée sur les douanes, les impôts sur les produits et sur ce que l'on appelle, en France, les signes extérieurs du revenu. En 1791, les anciens impôts indirects français sont supprimés et pendant plus d'un siècle les principaux impôts nationaux sont les « Quatre Vieilles » : la contribution foncière, la contribution mobilière, la patente et l'impôt sur les portes et fenêtres. Durant la même période, le budget fédéral américain est limité, au moins jusqu'à la guerre de Sécession, et est principalement financé par les droits de douane et la taxation de quelques produits.

175. Mais la création de l'impôt sur le revenu moderne bouleverse les rapports entre le citoyen-contribuable et l'État. Son but original est le financement de l'effort de guerre puis de reconstruction. Il apparaît d'abord aux États-Unis en 1862<sup>195</sup> pendant la guerre de Sécession sous forme d'un impôt plafonné à un taux de 5 %, mais cesse d'être collecté à partir de 1872. En 1894, le principe de l'impôt sur le revenu sous sa forme initiale est déclaré inconstitutionnel par la Cour Suprême car celle-ci estime que la création d'un impôt national constitue un empiétement du pouvoir fédéral sur les prérogatives des États fédérés. Cependant le XVI<sup>e</sup>

---

<sup>193</sup> Voir Spire, Alexis et Weidenfeld, Katia, *L'Impunité fiscale*, op. cit., p. 19 sqq.

<sup>194</sup> « *For imposing Taxes on us without our Consent* ». Voir le texte complet de la Déclaration d'Indépendance sur le site des archives nationales américaines, <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>.

<sup>195</sup> Voir Terrell, Ellen, *History of the US Income Tax*, Library of Congress, Business Reference Services.

amendement à la constitution, ratifié en 1913, renforce les pouvoirs financiers de l'État fédéral et rend ainsi caduques les objections exprimées par la Cour Suprême. La même année, le Congrès vote la première loi établissant l'impôt sur le revenu moderne. Pour mémoire, l'impôt sur le revenu en France n'est établi qu'en 1915.

Aux États-Unis, comme en France, chaque année une loi de finances (*Revenue Act*) établit l'assiette et les modalités de calcul et recouvrement de l'impôt. Celui-ci peut être plus ou moins progressif ; le taux marginal maximum est variable selon les années et les périodes : 7 % en 1913, 77 % en 1918, plus de 80 % de 1941 à 1961, il n'excède pas 40 % depuis 1983. Ainsi, depuis au moins quatre décennies, l'impôt sur le revenu américain a des taux inférieurs à ceux que l'on connaît en France. Mais ce qui distingue surtout les deux systèmes est l'efficacité du recouvrement aux États-Unis.

## 2. L'efficacité de l'IRS (*Internal Revenue Service*)

176. Dès la création de l'impôt sur le revenu moderne, le DOT crée un nouveau service spécialisé et doté de moyens humains et techniques innovants, le *Bureau of Internal Revenue Personal Income Tax Division and Correspondence Unit*<sup>196</sup> qui lance plusieurs campagnes de communication pour convaincre le public de la nécessité et du devoir patriotique de payer honnêtement ses impôts. Un système automatisé de retenue à la source pour les salariés, qui constituent la majorité des contribuables individuels, est mis en place en 1935<sup>197</sup>, réduisant encore les possibilités de fraude et corruption. Une réforme des services fiscaux aboutit, en 1953, à la création de l'*Internal Revenue Service* (IRS, successeur du *Bureau*), l'un des premiers utilisateurs à grande échelle de services informatisés par ordinateurs et pionnier du *data processing*. En plus d'ingénieurs informaticiens, l'IRS qui emploie de nombreux experts-comptables et avocats hautement spécialisés, est considéré comme un corps administratif d'élite.

Phénomène remarquable, voire exceptionnel, le civisme fiscal américain est demeuré une constante, même à l'époque récente malgré plusieurs révélations embarrassantes concernant certains dirigeants, y compris le président Trump. Dans un article de *The Atlantic*

---

<sup>196</sup> Ce service invente notamment la *Form 1040*, le formulaire de déclaration des revenus, en quatre pages seulement, qui est toujours en vigueur. Voir : *Historical Highlights of the IRS | Internal Revenue Service*  
<https://www.irs.gov/newsroom/historical-highlights-of-the-irs>

<sup>197</sup> Le système de retenue à la source ne sera institué en France qu'en 2019.

publié en avril 2019<sup>198</sup>, l’auteur, citant comme source une étude de l’IRS, note que – bien que seul 0,6 % des déclarations fiscales soient auditées – l’immense majorité des Américains (88 % des répondants) continue de penser qu’il est inacceptable de ne pas payer ses impôts<sup>199</sup>. Il est difficile de comparer les taux d’évasion fiscale dans différentes juridictions. Cependant deux chercheurs européens, Andrea Buehn et Friedrich Schneider<sup>200</sup>, ont développé un modèle scientifique et évalué le montant et l’évolution de l’évasion fiscale pour 38 pays membres de l’OCDE. Leur indice calcule en pourcentage du produit national brut le montant de l’évasion fiscale sur la période de 1999 à 2010. Les trois derniers de leur classement sont la Bulgarie (3,9 %), le Mexique (3,8 %) et Malte (3,2 %)<sup>201</sup>. La France, l’Allemagne et le Royaume Uni ont un indice de 1,1 %. Particulièrement intéressant pour notre étude, les pays où l’évasion fiscale est la moins répandue sont la Nouvelle-Zélande (0,9 %), l’Autriche, le Canada et la Suisse (0,8 %), mais, de façon constante, le pays où l’évasion fiscale est la plus faible (0,1 %) est les États-Unis. Cette « médaille d’or » américaine s’explique en partie par l’utilisation du PNB comme dénominateur du coefficient choisi. De manière plus anecdotique, l’ensemble des fiscalistes et experts-comptables consultés par l’auteur<sup>202</sup> en Europe comme en Amérique admettent sans difficulté que les contribuables américains ont en général une attitude plus coopérative avec le fisc que ce qu’ils notent en Europe. Les ressources budgétaires de l’IRS sont en diminution depuis une dizaine d’années (moins 16,4 % de 2011 à 2018) et certains universitaires suggèrent de nouveaux investissements dans ce domaine<sup>203</sup>, mais le taux d’évasion fiscale des Américains semble demeurer inférieur à celui des Européens. Le faible indice de fraude fiscale s’explique en partie par un esprit civique au regard de l’impôt, enseigné dès l’école primaire, mais aussi par une administration des impôts efficace et des pénalités sévères et exemplaires faisant l’objet d’une large publicité dans les médias.

<sup>198</sup> *The Atlantic* est une revue littéraire et politique mensuelle créée à Boston en 1857. Parmi les premiers auteurs publiés figurent Ralph Waldo Emerson, Herman Melville, Harriet Beecher Stowe et Nathaniel Hawthorne.

<sup>199</sup> Chun, Bene, « *It is not at all acceptable to cheat on taxes; this etical attitude is not changing over time* », article consulté le 29 septembre 2020, [https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2019/04/why-americans-dont-cheat-on-their-taxes/583222/?gclid=Cj0KCQjwtsv7BRCmARIsANu-CQfg2CSRfxspN2S5gIMXvkpuasGWkdGgm2A4jIMMNNrOMnk5VHGWVAQaArA7EALw\\_wcB](https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2019/04/why-americans-dont-cheat-on-their-taxes/583222/?gclid=Cj0KCQjwtsv7BRCmARIsANu-CQfg2CSRfxspN2S5gIMXvkpuasGWkdGgm2A4jIMMNNrOMnk5VHGWVAQaArA7EALw_wcB).

<sup>200</sup> Buehn, Andreas & Schneider, Friedrich G.; « *Size and Development of Tax Evasion in 38 OECD Countries: What Do We (Not) Know?* », *CESifo Working Paper Series*, n° 4004, November 27, 2012, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=2181359>.

<sup>201</sup> Le Brésil, la Chine, l’Inde ou le Japon ne sont pas parmi les juridictions étudiées.

<sup>202</sup> Une demi-douzaine d’experts consultés à titre amical en 2020 et 2021.

<sup>203</sup> Voir en particulier le rapport de Sarin, Natasha et de Summers, Lawrence H., *Understanding the Revenue Potential of Tax Compliance Investment*, publié par le NBER (National Bureau of Economic Research) en juillet 2020.



177. Une spécificité américaine est l'utilisation de la législation fiscale pour réprimer la corruption ou d'autres crimes parfois difficiles à prouver devant un jury. La pratique du *name and shame* (« nommer et rendre honteux ») est utilisée par les services fiscaux fédéraux comme par d'autres administrations américaines. Elle constitue un facteur légal de dissuasion qui fait partie des mœurs américaines. La liberté de parole, qui inclut la possibilité de porter des accusations contre autrui, est garantie par le 1<sup>er</sup> amendement de la Constitution, la personne mise en cause ayant toujours la possibilité de porter plainte contre l'accusateur en le dénonçant pour diffamation et en réclamant des dommages et intérêts. Ainsi l'IRS publie régulièrement sur son portail<sup>204</sup> une centaine de communiqués de presse par mois qui nomment les personnes poursuivies, indiquent leurs délits et leurs peines. La presse n'en reprend qu'un petit nombre, mais la publicité des condamnations peut ruiner la réputation des personnes nommées.

Dans son rapport public annuel<sup>205</sup>, la division criminelle de l'IRS (IRS CI) présente une typologie des infractions poursuivies, des moyens mis en œuvre et de leur efficacité. Dans le rapport pour l'année 2020, l'IRS CI indique que 1 598 enquêtes sont en cours et que 593 condamnations ont été prononcées au cours de l'année. Les moyens humains (2 858 agents) et technologiques (laboratoires spécialisés et systèmes informatiques utilisant l'intelligence artificielle) sont performants et l'IRS mène régulièrement des investigations en liaison ou pour le compte d'administrations fédérales et parfois étrangères. En 2020, plus du quart des ressources humaines de la division IRS CI était consacré à des enquêtes sur des affaires de blanchiment, de trafic de stupéfiants et autres types de fraudes. L'IRS est aussi l'une des premières administrations publiques à s'intéresser à la cybercriminalité et à y consacrer des ressources significatives : dès mars 2015 des équipes de l'IRS<sup>206</sup> rencontrent les ingénieurs des firmes privées spécialisées en informatique et créent un partenariat sous forme d'un groupe de liaison, le *Security Summit Group*, qui est à l'origine de nombreuses directives en matière de cybersécurité. En 2016, l'IRS reçoit du Congrès une allocation spéciale de \$290 millions pour renforcer les mesures de cybersécurité. Une unité spéciale, la *Cyber Crime Unit* (CCU) est alors formée. Elle a vocation à intervenir, généralement en complément d'autres services, dans toute affaire liée à une activité sur internet. Les ressources de l'unité sont essentiellement consacrées à des enquêtes multijuridictionnelles sur des cas « qui représentent des menaces significatives

---

<sup>204</sup> <https://www.irs.gov/compliance/criminal-investigation/criminal-investigation-press-releases>.

<sup>205</sup> *IRS CI 2020 Annual Report*, Publication 3583. Voir <https://www.irs.gov/pub/irs-prior/p3583--2020.pdf>.

<sup>206</sup> Voir la déclaration écrite du 22 avril 2016 du commissaire de l'IRS Koskinen au sous-comité du Sénat américain chargé de la cybersécurité et de la protection des contribuables, <https://www.irs.gov/newsroom/written-testimony-of-commissioner-koskinen-before-the-senate-finance-committee-on-cybersecurity-and-protecting-taxpayer-information>.

pour le système fiscal et financier américains. Ces crimes ont souvent pour origine l'utilisation de crypto-monnaies dans le but d'assurer l'anonymat des auteurs ou bénéficiaires<sup>207</sup> ». La cybersécurité est aussi un axe prioritaire de l'accord de coopération devenu effectif en 2018 entre l'IRS et les services fiscaux britannique, néerlandais, canadien et australien. Cet accord, surnommé le « J5<sup>208</sup> », permet aux services de poursuites fiscales (*tax enforcement*) des cinq pays concernés de communiquer directement entre eux, d'échanger des renseignements confidentiels et ainsi d'accélérer et de rendre plus efficaces la découverte et la répression des délits fiscaux.

178. L'utilisation des lois fiscales et des agents du fisc pour combattre toutes sortes d'infractions est courante aux États-Unis. Ainsi lorsque la Prohibition (interdiction de fabriquer, distribuer ou vendre des boissons alcoolisées) est proclamée en 1919, c'est le *Bureau of Internal Revenue*, ancêtre de l'IRS actuel, qui est chargé des enquêtes et de la répression. Il recrute et forme à cet effet des centaines d'agents. Le Bureau crée alors des unités spécialisées : celle responsable du renseignement (*intelligence*) peut par exemple, sous certaines conditions, établir des écoutes téléphoniques. C'est l'époque de la guerre des gangs à Chicago dont l'un des chefs les plus connus est Al (Alphonse) Capone. Il est inculpé en 1929, soupçonné de meurtres, distribution et vente d'alcool, proxénétisme, organisation illicite de jeux d'argent, racket, intimidation de témoins et autres crimes, mais aucune charge ne peut être juridiquement retenue contre lui, faute de preuves. Finalement, il comparaît devant un tribunal fédéral en 1931 et, après plusieurs épisodes rocambolesques<sup>209</sup>, reconnu coupable par le jury de six chefs d'accusation pour évasion fiscale et pour ne pas avoir soumis de déclaration de revenus depuis au moins 1922 alors qu'il mène grand train. Le juge fédéral, James H. Wilkerson, prononce sa sentence le 24 novembre 1931 : onze ans de prison, une amende de \$50 000 plus \$30 000 de frais judiciaires et le paiement d'arriérés d'impôts de \$215 000 plus intérêts. Le condamné est immédiatement incarcéré. Ses pourvois échouent, il passe près de huit ans dans des pénitenciers fédéraux, dont celui d'Alcatraz et est libéré le 16 novembre 1939 pour raison de santé, après avoir payé entièrement amendes et pénalités. Il se retire alors dans sa maison de Floride et y décède en 1947. Pour la légende populaire, façonnée par Hollywood et de nombreux romans, le mérite de l'arrestation d'Al Capone est souvent attribué à Elliott Ness qui dirige une équipe d'agents spéciaux du Bureau à Chicago, les *Untouchables*, traduit en français par « les

---

<sup>207</sup> D'après le rapport annuel d'activités IRS CI pour 2020, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p3583.pdf>.

<sup>208</sup> Pour *Joint Chiefs of Global Tax Enforcement*. Voir <https://www.irs.gov/compliance/joint-chiefs-of-global-tax-enforcement>.

<sup>209</sup> Voir par exemple Kobler, John, *The life and world of Al Capone*, Da Capo Press, 1971.

Incorruptibles ». Mais la condamnation n'aurait pu être effective sans le courage du juge Wilkerson ni surtout le travail méticuleux de Frank Wilson, l'expert-comptable de la section financière du Bureau. Avec son équipe, il a reconstruit méthodiquement la comptabilité cachée pendant des années de Capone et de ses complices<sup>210</sup>.

L'IRS a permis d'élucider de nombreux crimes pour lesquels il est difficile de soumettre des preuves convaincantes à un jury. Ainsi en 1932, Frank Wilson et ses agents prêtent main-forte aux enquêteurs de la police fédérale et du DOJ chargés de l'enquête sur l'enlèvement de l'enfant de Charles Lindbergh (*The Lindbergh Baby Kidnapping*). Leurs travaux permettent de retrouver et de faire condamner l'assassin présumé en reconstituant le processus de liquidation des valeurs utilisées pour le paiement de la rançon<sup>211</sup>. À partir des années 1970, les limiers de la division criminelle du fisc américain (*IRS Criminal Investigations*) font régulièrement partie des équipes d'enquêteurs chargées de poursuivre les infractions à la nouvelle loi RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*) utilisée dans la répression d'organisations maffieuses.

Cette loi est utilisée pour réprimer les crimes en bande organisée dont beaucoup ont une dimension économique ou financière. Ainsi en 1989, Michael Milken, « inventeur » du marché des *junk bonds*, obligations à risque élevé mais à fort rendement, est inculpé pour violation de RICO. Il négocie sa peine avec le DOJ et la SEC : il accepte de payer \$600 millions en amendes et autres pénalités, renonce à toute activité financière et est incarcéré pendant 22 mois. Plus récemment, l'intervention des spécialistes de l'IRS et de son unité de lutte contre la cybercriminalité a permis le dénouement de plusieurs affaires qui ont eu un grand retentissement médiatique : Crédit Suisse (évasion fiscale) ; FIFA (comptes cachés) ; blanchiment utilisant des bitcoins en provenance du darknet (inculpation de Larry Hartman en février 2020 pour une fraude estimée à plus de \$300 millions) ; saisie d'avoirs en cryptomonnaies contrôlés par ISIS et autres organisations terroristes (plus de 300 comptes bloqués à la suite d'une procédure judiciaire lancée le 13 août 2020)<sup>212</sup> ; scandale financier Goldman Sachs/1MDB (détournement de plus d'un milliard de dollars d'un fonds malaisien)<sup>213</sup>. Avec l'entrée en vigueur en 2021 d'une nouvelle loi AMLA (*Anti Money Laundering Act*) renforçant la lutte contre le blanchiment et la cybercriminalité, il est certain que les spécialistes

---

<sup>210</sup> Frank Wilson a publié ses mémoires en 1965. Wilson, Frank J. & Beth Day, *Special Agent. A Quarter-Century with the Treasury Department and the Secret Service*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1965.

<sup>211</sup> Des bons convertibles en or dont on a pu retracer l'origine.

<sup>212</sup> Rapport annuel d'activités IRS CI pour 2020, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p3583.pdf>.

<sup>213</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 22 octobre 2020. <https://www.justice.gov/opa/pr/goldman-sachs-charged-foreign-bribery-case-and-agrees-pay-over-29-billion>

de l'IRS continuent d'être engagés dans plusieurs dossiers de répression de la corruption transnationale.

### 3. L'impôt global et la loi FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*)

179. Une autre spécificité de la législation fiscale américaine est son caractère global et son application extraterritoriale. L'assiette de l'impôt sur le revenu, pour les personnes morales ou physiques, est calculée sur une base mondiale et non nationale. Comme l'explique un guide sur la fiscalité américaine, « les citoyens américains quel que soit leur lieu de résidence et les personnes physiques résidentes des États-Unis ne possédant pas la nationalité américaine sont redevables de l'impôt sur le revenu aux États-Unis à raison de leurs revenus de source mondiale<sup>214</sup>. » De plus, depuis 1970, les personnes soumises à l'impôt sur le revenu américain sont aussi tenues de déclarer à l'IRS les comptes et autres avoirs détenus en dehors des États-Unis<sup>215</sup> et de payer des impôts américains sur le revenu généré par ceux-ci. La plupart des pays toutefois ont signé une convention fiscale contre la double imposition avec les États-Unis, ce qui permet à leurs ressortissants de recevoir auprès de l'IRS un crédit d'impôt pour le montant d'impôts payés à l'administration fiscale du pays d'origine. L'application de ces accords est complexe car – au regard de l'IRS – toute personne née aux États-Unis ou détentricice d'un titre de séjour est considérée comme américaine sur le plan fiscal, quelle que soit sa nationalité, et est donc sujette à déclaration. Un article publié en 2019<sup>216</sup> estime à neuf millions le nombre de personnes résidant en dehors des États-Unis qui seraient en situation irrégulière vis-à-vis de l'IRS. En effet, toute personne considérée comme américaine au regard de la réglementation états-unienne, quels que soient sa nationalité et son statut, est censée soumettre une déclaration à l'IRS. Cela inclut toute personne physique née sur le territoire américain, même si elle n'y séjourne plus, ainsi que les détenteurs de titres de séjour (les « cartes vertes » en jargon administratif familial), même s'ils résident et/ou payent des impôts dans une autre juridiction.

Jusqu'à la fin du xx<sup>e</sup> siècle, l'IRS applique ces règles avec une certaine souplesse. Cependant à la suite des attentats du 9 septembre 2001, il devient évident qu'il faut contrôler les flux financiers avec l'étranger de façon beaucoup plus stricte. Pour atténuer les inquiétudes

---

<sup>214</sup> Note de l'ambassade de France aux États-Unis, *La fiscalité fédérale des USA*, mise à jour décembre 2015, [https://fr.franceintheus.org/IMG/pdf/fiche\\_fiscalite\\_usa.pdf](https://fr.franceintheus.org/IMG/pdf/fiche_fiscalite_usa.pdf).

<sup>215</sup> En application de la réglementation dite FBAR (Foreign Bank Account Reporting Obligations) qui s'applique dès que l'agrégat des avoirs hors États-Unis dépasse \$10 000. De lourdes pénalités sont prévues pour les contrevenants.

<sup>216</sup> Kluth, Andreas, « *Stop Treating American Expats Like Tax Cheats* », Bloomberg News, 26 novembre 2019.

sécuritaires, la loi USA PATRIOT<sup>217</sup> est adoptée la même année. Elle comprend un volet de mesures destinées à protéger l'ordre public, mais aussi des dispositions visant à contrecarrer le financement du terrorisme. La loi, selon l'exposé des motifs, a pour but de « renforcer les mesures de prévention, détection et répression du blanchiment international et du financement du terrorisme ; de soumettre à la surveillance des autorités américaines des juridictions étrangères, les institutions financières étrangères et certains types d'opérations financières internationales qui pourraient abriter des transactions criminelles ; de solliciter des établissements financiers des comptes rendus qui permettent d'identifier de possibles opérations de blanchiment, et d'interdire l'utilisation du système financier américain par des personnes étrangères corrompues et de faciliter l'identification et le rapatriement de biens mal acquis<sup>218</sup>. » La loi accroît ainsi les pouvoirs d'investigation des autorités américaines. Nous verrons que certains des mécanismes qu'elle met en place (obligations d'identification, de vigilance, déclarations de soupçon) seront repris par les conventions internationales promues par le GAFI et l'OCDE<sup>219</sup>. C'est donc dans un climat de surveillance accrue qu'est discutée, puis votée en 2010, une loi plus spécifique sur la fiscalité.

180. Avec la loi FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), les autorités cherchent à faire d'une pierre deux coups : répertorier et contrôler les avoirs (*assets*) américains à l'étranger tout en réduisant drastiquement l'évasion fiscale. La lutte contre le terrorisme international et son financement demeurent une priorité aux États-Unis comme en Europe lorsqu'en 2008 deux scandales d'évasion fiscale reçoivent une forte couverture médiatique<sup>220</sup>. Le premier attire l'attention des régulateurs et du public sur le Lichtenstein et, par extension, sur les paradis fiscaux. Plusieurs journaux, européens mais aussi américains<sup>221</sup>, révèlent que LGT Bank Lichtenstein abrite des comptes numérotés de contribuables, allemands ou d'autres pays européens, ainsi en infraction avec la législation de leur pays d'origine. Le second scandale atteint plus directement les intérêts américains, car il expose que la banque suisse UBS démarche méthodiquement et pratiquement ouvertement les riches contribuables (*high net worth individuals*) américains depuis plusieurs décennies en leur offrant des services bancaires

---

<sup>217</sup> Plus connue sous son acronyme, le nom complet de la loi est *Act for Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*.

<sup>218</sup> Résumé et traduction libre de l'exposé des motifs de la loi USA PATRIOT, publié sur le site officiel du département du Trésor, FINCEN, <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/usa-patriot-act>.

<sup>219</sup> Voir ci-dessous « le nouveau cadre international de lutte contre la corruption ».

<sup>220</sup> Voir Grinberg, Itai, *Beyond FATCA. An Evolutionary Moment for the International Tax System*, Georgetown Law, The Scholarly Commons, 2012.

<sup>221</sup> Notamment le *New York Times* qui publie le 15 août 2018 un article de Lynnley Browning, « *Banking Scandal Unfolds Like a Thriller* », Aug. 15, 2008, at C8.

à l'étranger non déclarés aux autorités fiscales américaines. Une enquête de l'IRS et du DOJ découvre l'ampleur des fraudes : environ 17 000 clients en situation irrégulière, contrôlant un patrimoine estimé à 20 milliards de dollars<sup>222</sup>. En juin puis en novembre, deux représentants d'UBS sont formellement inculpés devant des tribunaux fédéraux<sup>223</sup> puis, en février 2009, UBS est contrainte de reconnaître les faits, de signer un accord de résolution (*Deferred Prosecution Agreement*) avec le DOJ<sup>224</sup>, de payer \$780 millions en pénalités, de mettre en place un système de gouvernance et vigilance (*compliance*) renforcée et de renoncer à toutes ses pratiques de démarchage illégal. L'accord de résolution, tacitement avalisé par les autorités helvétiques, comporte des clauses qui contraignent l'établissement à fournir certains renseignements à l'IRS sur les comptes d'Américains gérés par la banque, même si la granularité de l'information n'est pas aussi détaillée que ce que désire le fisc américain. La Suisse, comme d'autres pays considérés comme refuges de capitaux, reconnaît qu'il y a un problème d'évasion fiscale au niveau mondial, mais, dans un premier temps, désire protéger le principe du secret bancaire. Ainsi la formule prônée par les autorités helvétiques vers 2008/2009 consiste à lever une sorte de taxe forfaitaire (dont le quotient peut varier) sur les revenus et sur les sommes déposées par des résidents étrangers et de reverser le produit de cette taxe aux autorités fiscales des pays d'origine de ces non-résidents à condition que les pays en question aient signé un accord avec la Confédération helvétique. Le reversement toutefois se fait de manière anonyme : les autorités helvétiques indiquent à leurs homologues le nombre de comptes concernés et leur solde agrégé, mais ne révèlent pas l'identité des détenteurs des comptes en Suisse. En août 2011, le pays signe avec l'Allemagne et le Royaume Uni des accords basés sur le principe du reversement tout en préservant le secret bancaire.

181. Ainsi vers la fin de la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle, les régulateurs américains et européens, sous la pression de l'opinion publique, déclarent qu'il est temps de mettre en place un mécanisme de lutte contre les paradis fiscaux et l'évasion fiscale. Le sujet est à l'ordre du jour des rencontres internationales des dirigeants du G20<sup>225</sup> et de réunions de travail sous l'égide des Nations unies et de l'OCDE. En avril 2009, au sommet du G20 à Londres, les dirigeants mondiaux déclarent que l'ère du secret bancaire est terminée<sup>226</sup>. La plupart des pays membres

---

<sup>222</sup> UBS Deferred Prosecution Agreement, Exhibit B, p. 2.

<sup>223</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 18 février 2009, <https://www.justice.gov/opa/pr/ubs-enters-deferred-prosecution-agreement>.

<sup>224</sup> Voir le texte complet sur le site du DOJ, [https://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2009/02/19/UBS\\_Signed\\_Deferred\\_Prosecution\\_Agreement.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2009/02/19/UBS_Signed_Deferred_Prosecution_Agreement.pdf).

<sup>225</sup> Voir le communiqué de presse, <http://www.g20.utoronto.ca/2009/2009communiqu0925.html>.

<sup>226</sup> « *The era of banking secrecy is over* » précise la déclaration des dirigeants au G20 du 2 avril 2009 :

souhaitent un dispositif commun de contrôle global qui comporterait un système automatique d'échanges d'informations entre les autorités fiscales des différents États. Le projet toutefois n'aboutit pas en raison de l'opposition des représentants de certains pays (Autriche, Belgique, Luxembourg et Suisse<sup>227</sup>) attachés au principe du secret bancaire qui allèguent qu'ils ne peuvent constitutionnellement ou légalement transmettre hors de leurs frontières des informations concernant les titulaires de comptes sous leur juridiction.

C'est en réaction à cette impasse qu'est promulguée par le président Obama, le 18 mars 2010, la loi *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA)<sup>228</sup>. L'option « nucléaire », qui avait été évoquée lors des discussions au Congrès, aurait été de retirer sa licence à toute institution « non coopérative » avec les exigences de l'IRS. Cela reviendrait à l'exclure de toute activité *aux* et *avec* les États-Unis. La loi ainsi promulguée est donc le résultat d'une approche pragmatique, mais unilatérale du côté américain comme le prouve son application extraterritoriale. Le mécanisme qu'elle met en place exige que toutes les institutions financières internationales (FFI pour *Foreign Financial Institutions* dans le jargon administratif américain) s'enregistrent auprès de l'IRS. Il leur est d'abord demandé de vérifier leurs livres pour identifier tout client, personne physique ou morale, ayant des attributs d'américanité (lieu de naissance/enregistrement, nationalité, résidence passée ou permis de séjour américain, contrôle par des entités américaines, etc.) qui, aux yeux de l'IRS, en ferait une « personne américaine ». La FFI est ensuite chargée de recueillir, soit parmi les informations qu'elle possède déjà sur sa clientèle, soit auprès des clients considérés comme américains<sup>229</sup> eux-mêmes, les informations que l'IRS demande habituellement aux contribuables, y compris leur numéro de contribuable américain (TIN pour *Tax Identification Number*), la liste des comptes et leurs soldes. Les FFI qui ne coopéreraient pas risquent de fortes pénalités, y compris des amendes, des retenues de 30 % sur tout flux financier provenant des États-Unis ou d'une entité américaine et jusqu'à la suspension/suppression de leurs licences américaines ou leur mise à l'index dans le cadre des dispositions prévues dans le *Bank Secrecy Act* et le *USA PATRIOT Act*. Les présumés

---

[https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20\\_040209.pdf](https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20_040209.pdf).

<sup>227</sup> Voir Grinberg, Itai, *Beyond FATCA. An Evolutionary Moment for the International Tax System*, Georgetown Law, The Scholarly Commons, 2012, p. 7.

<sup>228</sup> La loi est connue par son acronyme. On pourrait en traduire le titre en français par « Loi pour la mise en conformité des comptes à l'étranger ».

<sup>229</sup> En suivant les critères énoncés par l'IRS.

contribuables américains résidant hors des États-Unis sont eux-mêmes censés faire annuellement une déclaration de leurs revenus globaux à l'IRS<sup>230</sup>.

182. La mise en place du système s'avère très lourde. Pour atténuer l'aspect extraterritorial et potentiellement illégal dans certaines juridictions, les États-Unis en viennent à signer le 26 juillet 2012 des accords intergouvernementaux (IGA pour *InterGovernmental Agreement*) de réciprocité sur l'échange d'informations fiscales avec la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Royaume Uni. À partir de novembre 2012, les pays partenaires peuvent opter entre des accords de type IGA1 ou IGA2<sup>231</sup> et au 28 février 2021, 113 juridictions ont un accord IGA en vigueur avec l'IRS<sup>232</sup>. En substance, la mise en œuvre du FATCA fait des institutions financières internationales et des administrations fiscales étrangères les agents du fisc américain<sup>233</sup>.

Le système génère des revenus importants pour l'IRS. Le comité du Congrès spécialisé dans les questions fiscales (*United States Congress Joint Committee on Taxation*) estime que sur une période de onze ans le FATCA devrait rapporter au Trésor américain 11,7 milliards de dollars<sup>234</sup>. En 2012, les accords IGA étaient considérés comme un exemple de coopération transnationale de lutte commune contre l'évasion fiscale<sup>235</sup>, mais leur mise en œuvre crée des situations parfois ubuesques et les clauses de réciprocité ne sont pas respectées. De plus, point crucial concernant notre étude, la légalité du FATCA est mise en doute.

L'application des IGA entraîne d'énormes charges administratives en raison des comptes rendus qu'elle exige et des opérations de recouvrement qu'elle impose à des entités non américaines. Les obligations de vigilance devenant particulièrement lourdes, la rentabilité de plusieurs catégories de comptes est affectée. Les institutions financières, pour maintenir leur

---

<sup>230</sup> À moins que leur revenu global soit inférieur à \$50 000. Ils ont cependant droit à un crédit d'impôt pour les sommes versées au fisc de leur pays de résidence si ce pays a un accord de non bitribution en place avec les États-Unis.

<sup>231</sup> Dans les accords de type IGA1 l'administration fiscale du pays signataire reçoit les informations des FFI sous sa juridiction et les transmet à l'IRS qui s'engage à fournir des informations réciproques. Dans les accords de type IGA2, le pays signataire autorise les FFI sous sa juridiction à communiquer directement les informations à l'IRS.

<sup>232</sup> Voir la liste complète sur le portail du département du Trésor, <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>.

<sup>233</sup> C'est la thèse présentée par Itai Grinberg, *Beyond FATCA*, *op. cit.*

<sup>234</sup> Cité dans Wikipédia, consulté le 3 mars 2021. Certaines études estiment que le revenu global sur la même période serait en fait plus proche de \$2,5 milliards, [https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign\\_Account\\_Tax\\_Compliance\\_Act#cite\\_note-59](https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_Account_Tax_Compliance_Act#cite_note-59).

<sup>235</sup> Un communiqué conjoint publié par les États-Unis, la France, l'Allemagne, l'Italie et le Royaume Uni y voyait « une étape importante d'une approche commune pour combattre l'évasion fiscale par l'échange d'informations [...] tout en minimisant les charges administratives. » Voir <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/joint%20communiqu%C3%A9.pdf>.



rentabilité, sont contraintes de réviser les conditions offertes à la clientèle ou de fermer les comptes qui pourraient les mettre en litige avec l'IRS. Les activités de relations entre banques correspondantes (*correspondant banking*) diminuent drastiquement<sup>236</sup>. Ceux qui en souffrent le plus sont les banques de certains pays en voie de développement et les entreprises et leurs clients. De plus, le système FATCA cible des personnes nées « par accident » aux États-Unis de parents étrangers, et qui sont des nationaux et résidents fiscaux d'autres États. Selon Régis Bismuth « [ils se trouvent] subitement confrontés à des situations kafkaïennes, certaines institutions financières refusant des clients présentant des indices d'américanité, d'autres exigeant que ces personnes se mettent en conformité avec leurs obligations réglementaires et fiscales au regard du droit américain ou prouvent qu'elles ne sont pas américaines<sup>237</sup>. » Il y aurait ainsi 300 000 « Américains accidentels » résidant dans l'Union Européenne<sup>238</sup>, dont au moins 40 000 en France métropolitaine selon l'association de droit français créée en avril 2017 pour défendre leurs intérêts<sup>239</sup>.

183.L'application du FATCA soulève aussi de nombreuses interrogations juridiques dont la plupart sont toujours en suspens<sup>240</sup>. Nous nous limitons ici à un survol de trois de celles-ci dans la mesure où elles entrent dans le cadre de notre étude.

– Un premier problème survient sur la constitutionnalité ou non du FATCA. En effet selon deux parlementaires américains<sup>241</sup>, la loi impose des obligations discriminatoires de déclaration à l'égard des Américains vivant hors des États-Unis, ce qui est contraire au XIV<sup>e</sup> amendement de la Constitution (*Equal Protection clause*). Leur imposer des pénalités excessives, contraires au principe de proportionnalité, porte atteinte à leur vie privée en violation du IV<sup>e</sup> amendement (*unreasonable searches and seizures*). Des plaintes ont été déposées en ce sens par des citoyens américains, mais, pour le moment, leur interprétation est contestée par l'IRS. Il est probable que ce point contentieux ne pourra être résolu que si le processus judiciaire aboutit à une décision de la Cour Suprême, ce qui peut prendre des années.

---

<sup>236</sup> Voir par exemple l'étude du FMI, *The Withdrawal of Correspondent Banking Relationships. A Case for Policy Action*, Washington DC, 30 juin 2016.

<sup>237</sup> Bismuth, Régis, « L'extraterritorialité du FATCA et le problème des "Américains accidentels" », LexisNexis SA, octobre-novembre 2017.

<sup>238</sup> Estimation publiée dans *Le Monde*, le 22 février 2021, « La Situation fiscale kafkaïenne des quelque 300 000 "Américains accidentels" de l'Union Européennepéenne », lemonde.fr.

<sup>239</sup> Association des Américains accidentels : « L'association a pour objet de défendre et représenter les intérêts des "Américains accidentels", c'est-à-dire des personnes physiques de nationalité franco-américaine résidant à titre permanent hors des États-Unis et n'ayant jamais ou très peu vécu dans ce pays », <https://www.americains-accidentels.fr/infos/legal-notice>.

<sup>240</sup> Les problèmes juridiques soulevés par le FATCA sont analysés dans l'article Bismuth, Régis, *ibid.*, p. 1223 *sqq.*

<sup>241</sup> Paul Rand et Mark Meadows dans une lettre du 3 avril 2017, cités par Régis Bismuth, *op. cit.*

– Un autre problème de droit constitutionnel américain est que les IGA (*InterGovernmental Agreement*) sont en fait des traités internationaux qui n'ont jamais été ratifiés par le Sénat américain, ce qui compromet leur validité. Sur le plan du droit international public, le mode de calcul de l'impôt sur le revenu employé par l'IRS a pour assiette le revenu mondial et non le revenu national, comme c'est le cas de la très grande majorité des autres juridictions<sup>242</sup>. Or c'est le principe de territorialité qui s'applique en droit international en matière de recouvrement d'impôt<sup>243</sup>. En faisant des banques et des administrations fiscales non américaines ses agents dans le recouvrement d'un impôt contraire aux principes internationaux et à ceux préconisés par l'OCDE, l'IRS est lui-même en violation avec les obligations internationales des États-Unis.

– Enfin, une autre lacune du système FATCA/IGA est l'absence de réciprocité de la part de l'IRS. Le communiqué conjoint<sup>244</sup> du 26 juillet 2012 approuvé par les représentants des premiers signataires d'accords IGA (États-Unis, France, Italie, Allemagne, Espagne, Royaume Uni) précise bien que la coopération entre les signataires a pour but « l'échange [automatique] d'informations de niveau équivalent<sup>245</sup> ». Or il semble que cette promesse de réciprocité se trouvait, dès l'origine<sup>246</sup>, en contradiction avec les obligations juridiques de l'IRS. En effet, une application symétrique d'un accord du type IGA 1 impliquerait que les comptes détenus dans les institutions financières américaines par des ressortissants des États signataires soient l'objet d'informations et de prélèvements au profit des pays de rattachement des détenteurs de compte. Or l'administration américaine, en particulier l'IRS, refuse l'application de telles mesures et ne fournit que des informations partielles aux autres États. Cette asymétrie est d'ailleurs reconnue en 2016 par le secrétaire du Trésor Jacob Lew<sup>247</sup>. Selon lui, la réciprocité exigerait un changement de statuts de l'IRS, donc une loi que le Congrès refuse de voter. En somme en

---

<sup>242</sup> La seule autre juridiction utilisant un tel système serait l'Érythrée selon Régis Bismuth, *op. cit.*

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 1225.

<sup>244</sup> « Joint communiqué by France, Germany, Italy, Spain the United Kingdom and the United States on the occasion of the publication of the model intergovernmental agreement to improve tax compliance and implement FATCA », voir : <https://www.treasury.gov/press-center/press>.

<sup>245</sup> *Pursuing equivalent levels of reciprocal information exchange*.

<sup>246</sup> Ce point est explicité dans Régis Bismuth, *ibid.*, p. 1230.

<sup>247</sup> Dans une lettre du 5 mai 2016 citée par le *Wall Street Journal* et reprise dans l'article précité de Régis Bismuth, *op. cit.*, p. 1232, le secrétaire au Trésor écrivait : « *While the United States led the world by enacting FATCA, currently the United States does not provide its FATCA partners with the same information about US financial institutions that foreign financial institutions must provide the IRS. This is because legislation is needed to require US financial institutions to provide this additional level of detail. Reciprocity with other jurisdictions is a key component of any successful strategy for combating international tax evasion and ensuring future collaboration with our partners overseas. The President has proposed providing full reciprocity under FATCA in his last three budgets. Congress should enact this proposal as soon as possible.* »

signant des accords du type IGA 1, l'IRS a pris des engagements qu'il ne peut juridiquement tenir.

184.Plus d'une décennie après la promulgation de la loi FATCA, son application pratique continue de poser problème : l'IRS a accordé à de nombreuses juridictions des délais de mise en place ; les Américains accidentels qui s'estiment discriminés ont lancé des procédures visant à l'annulation des mesures les concernant tant dans leur pays de résidence fiscale qu'aux États-Unis ; l'Union Européenne<sup>248</sup> a officiellement demandé de nouvelles négociations afin d'assurer la réciprocité des accords IGA et la nouvelle administration américaine elle-même reconnaît le bien-fondé d'une nouvelle négociation<sup>249</sup>. Si la loi FATCA a permis au Trésor américain d'augmenter ses recettes, la mise en place des dispositions pratiques peine et ne sert pas la réputation d'efficacité et d'impartialité de l'IRS.

Les mécanismes d'imposition internationale, d'échange d'informations et de limitation des avantages offerts par les paradis fiscaux, prônés par l'OCDE<sup>250</sup> apparaissent aujourd'hui, comme nous l'analyserons plus loin, la meilleure option pour créer un système de lutte effective au niveau mondial contre l'évasion fiscale et la corruption transnationale.

### **C. La réglementation des marchés financiers**

185.Les marchés financiers, qui sont au centre du système capitaliste américain, sont à la fois un moyen pour commettre des actes de corruption et un vecteur pour recycler les produits illicites de diverses fraudes. Si le civisme fiscal est inculqué aux jeunes Américains dès l'école primaire, on leur enseigne aussi très tôt à se méfier des spéculateurs et escrocs financiers qui ont exercé leurs méfaits avant même l'indépendance du pays. Nous examinerons successivement :

- Les origines et caractéristiques du système financier américain ;
- La crise de 1929 et la création de nouvelles autorités.

---

<sup>248</sup> Le Parlement européen a exprimé le souhait d'une renégociation des juillet 2018. Le 8 décembre 2020, le secrétariat général du Conseil européen adressait une nouvelle lettre au directeur de l'IRS exprimant la nécessité de nouvelles discussions, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13977-2020-INIT/>

<sup>249</sup> Selon une information publiée par l'Association des Américains accidentels, l'IRS aurait, le 3 mars 2021 accepté le principe d'une réunion préparatoire avec une délégation de l'UE, <https://www.facebook.com/Association.Americains.Accidentels/posts/1900683106749753>.

<sup>250</sup> Voir en particulier les travaux du Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes <https://www.oecd.org/tax/transparency/>.

## 1. Les origines et caractéristiques du système financier américain

186. L'individualisme, comme nous l'avons vu, est à l'origine du système social américain. Il se traduit, sur le plan économique, par le développement du capitalisme qui favorise l'initiative privée, mais aussi la spéculation. Pour les Pères fondateurs, le droit à la propriété privée a préséance sur les droits du gouvernement<sup>251</sup>.

Avec le développement du capitalisme et d'un modèle social de type libéral des deux côtés de l'Atlantique, la liberté d'entreprendre devient le corollaire du droit de propriété. Pour les juristes américains, y compris ceux qui faisaient partie des Pères fondateurs<sup>252</sup>, et les juges de la Cour Suprême, le droit de créer des sociétés sous diverses formes dans un but économique découle logiquement de ceux de propriété et d'entreprise.

187. Les bourses, lieux de rencontre et d'échanges entre vendeurs et acheteurs de titres divers peuvent être le théâtre de toutes sortes de spéculations et fraudes dont beaucoup s'encadrent dans la définition, relativement large aux États-Unis, de la corruption et de ses crimes connexes. La première bourse véritablement américaine est celle de Philadelphie, établie en 1790 sous le nom de *Board of Brokers of Philadelphia* (Conseil des courtiers de Philadelphie). La seconde est celle de New York, en 1792. Selon la tradition, 24 courtiers et marchands se retrouvent régulièrement à l'ombre d'un platane situé à l'orée de la ville d'alors, 68 Wall Street. Le 17 mai, ils signent un accord<sup>253</sup> définissant les conditions dans lesquelles les titres peuvent être négociés ainsi que les conditions de livraison et règlement. Leur organisation est officiellement enregistrée et reconnue en 1817 sous le nom de *New York Stock & Exchange Board* ; en 1863, le nom est raccourci en *New York Stock Exchange* (NYSE) qui deviendra le plus grand marché financier du monde en termes de valeurs et de montants négociés.

Les sociétés dont les titres ou les créances se négocient sont des regroupements d'individus libres qui mettent en commun certaines ressources dont ils sont propriétaires dans un but lucratif. De plus, comme le rappelle Tocqueville, cette pratique de mise en commun des

---

<sup>251</sup> Voir par exemple l'article de Gary Pecquet, « *Private Property and the Government Under the US Constitution* », *Foundation for Economic Education*, janvier 1995 : « *The Founding Fathers upheld the economic view of property. They believed that private property ownership, as defined under common law, pre-existed government. The state and federal governments were the mere contractual agents of the people, not sovereign lords over them. All rights, not specifically delegated to the government, remained with the people – including the common-law provisions of private property. Consequently, the constitutional rights regarding free speech, freedom of religion, the right of assembly, and private property rights are all claims that individuals may hold and exercise against the government itself. In brief, private property refers to the rights of owners to use their possessions which are enforceable against all nonowners – even the government.* »

<sup>252</sup> Sur les 55 signataires de la Déclaration d'Indépendance de 1776, 35 avaient une formation d'avocat d'après Wiki Answers, [https://www.answers.com/Q/How\\_many\\_of\\_the\\_founding\\_fathers\\_were\\_lawyers](https://www.answers.com/Q/How_many_of_the_founding_fathers_were_lawyers)).

<sup>253</sup> Le *Buttonwood Agreement* ou « accord du platane ».

ressources correspond bien au tempérament américain : « Les Américains de tous les âges, de tous les esprits s'unissent sans cesse. Non seulement ils ont des associations commerciales et industrielles auxquelles tous prennent part, mais ils en ont encore mille autres espèces [...] J'ai rencontré en Amérique des sortes d'associations dont je confesse que je n'avais pas même l'idée, et j'ai souvent admiré l'art infini avec lequel les habitants des États-Unis parvenaient à fixer un but aux communaux efforts d'un grand nombre d'hommes et à les y faire marcher librement<sup>254</sup>. »

Le nombre de bourses aux États-Unis croît exponentiellement avec le développement économique du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle. Généralement régulées au niveau de l'État fédéré (et non fédéral), les bourses (*exchanges*) acquièrent progressivement une spécialité régionale (les titres d'une société sont cotés à la bourse géographiquement la plus proche de son siège social), par type de produits (les contrats de change de devises sous leurs diverses formes sont davantage négociés dans les bourses situées dans des villes qui sont des ports internationaux comme New York ou San Francisco). Les périodes d'expansion rapide encouragent la création de nouvelles bourses : par exemple durant la période de la ruée vers l'or (*Gold Rush*) en Californie et en Oregon, de 1848 à 1855, trois nouvelles bourses sont établies dans la région. La taille des bourses américaines, que ce soit en nombre de courtiers accrédités ou par la quantité et le volume de titres ou contrats négociés, est très variable. Certaines ne sont qu'un type de marché formé à l'intérieur d'une bourse déjà existante<sup>255</sup> ; d'autres, nées de la volonté de quelques magnats locaux pour accompagner un boom économique dans une région ou sur un type de produits, ne subsistent que quelques années<sup>256</sup> ; la plupart enfin fusionnent ou sont reprises par d'autres bourses. Selon une étude de trois chercheurs des universités du Colorado et du Wisconsin<sup>257</sup>, il y aurait eu aux États-Unis de 1850 à 2010 la création de 331 bourses différentes. Ces mêmes chercheurs estiment qu'il y avait une cinquantaine de bourses vers 1870, mais que le nombre a augmenté à plus de deux cent en 1930, juste avant la réorganisation du marché financier américain<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> *De la démocratie en Amérique*, op. cit., tome II, chapitre V, « De l'usage que font les Américains de l'association dans la vie civile », p. 200.

<sup>255</sup> Par exemple les différentes bourses de marchandises au sein du Chicago Mercantile Exchange.

<sup>256</sup> Par exemple le Boulder Mining Stock Exchange (1896 à 1899), le Butte Mining Stock Exchange (1890 à 1910), le Buffalo Stock Exchange (1929 à 1936), le California Oil Exchange San Francisco (1899 à 1910) ou le Milwaukee Grain & Stock Exchange (1929 à 1938).

<sup>257</sup> Jorgensen, Bjorn & Kavajecz, Kenneth & Swisher IV, Scott, *The Historical Evolution of Financial Exchanges*, 2011, SSRN Electronic Journal, 10. 2139/ssrn. 1922250.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 24.

La principale fonction de ces bourses est de collecter l'épargne privée pour financer une économie en pleine expansion. Le développement du pays demande des investissements importants en infrastructure pour construire des canaux, des chemins de fer et des usines. Aux États-Unis, le développement économique se fait essentiellement par initiatives privées et comme il y a peu de contrôles, les bénéfices, mais aussi les risques, peuvent être substantiels. Beaucoup d'escrocs (*swindlers*) opèrent sur un marché peu régulé et un vaste territoire. Les bourses ont ainsi une deuxième fonction, celle d'assurer la régularité des opérations, de donner en quelque sorte une caution au moins morale aux échanges négociés sous leur supervision. Elles s'assurent par exemple de l'honnêteté (du « caractère » pour reprendre l'expression américaine) des courtiers, vérifient la remise de documents officiels attestant la validité des opérations conclues. Enfin, les bourses assurent, au moins jusqu'à un certain point, la liquidité du, ou plus exactement des, marché(s). En période normale, elles arrivent à assumer ce rôle, mais leur nombre même et leur diversité font qu'elles sont mal équipées pour endiguer des phénomènes de panique à l'échelle nationale et n'ont pas la surface financière pour assurer, sans appui de l'État fédéral, une liquidité globale.

188. L'épargnant américain, à l'opposé du rentier français, fait peu confiance à l'État, que ce soit comme régulateur ou comme obligataire, au moins jusqu'aux années 1930. Dans un pays à structure fédérale où les régions sont largement autonomes, l'organisation des finances fédérales reste chaotique, au moins jusque vers 1836 avec les réformes administratives entreprises sous la présidence d'Andrew Jackson : les premiers fonctionnaires ne sont rémunérés qu'avec retard<sup>259</sup>. Pendant la guerre d'Indépendance, les fournisseurs de l'État fédéral, en particulier de l'armée, sont payés en « dollars continentaux<sup>260</sup> » dont la valeur se déprécie. Beaucoup de personnages politiques, par exemple les Pères fondateurs Alexander Hamilton et Gouverneur Morris, sont mêlés à divers scandales<sup>261</sup> et la notion de conflit d'intérêts leur est étrangère. La croissance économique est dynamique, mais irrégulière. Les périodes d'inflation et de déflation se succèdent, parfois accompagnées de paniques bancaires jusqu'à la création de la *Federal Reserve* en 1913, comme le montre le graphique ci-dessous :

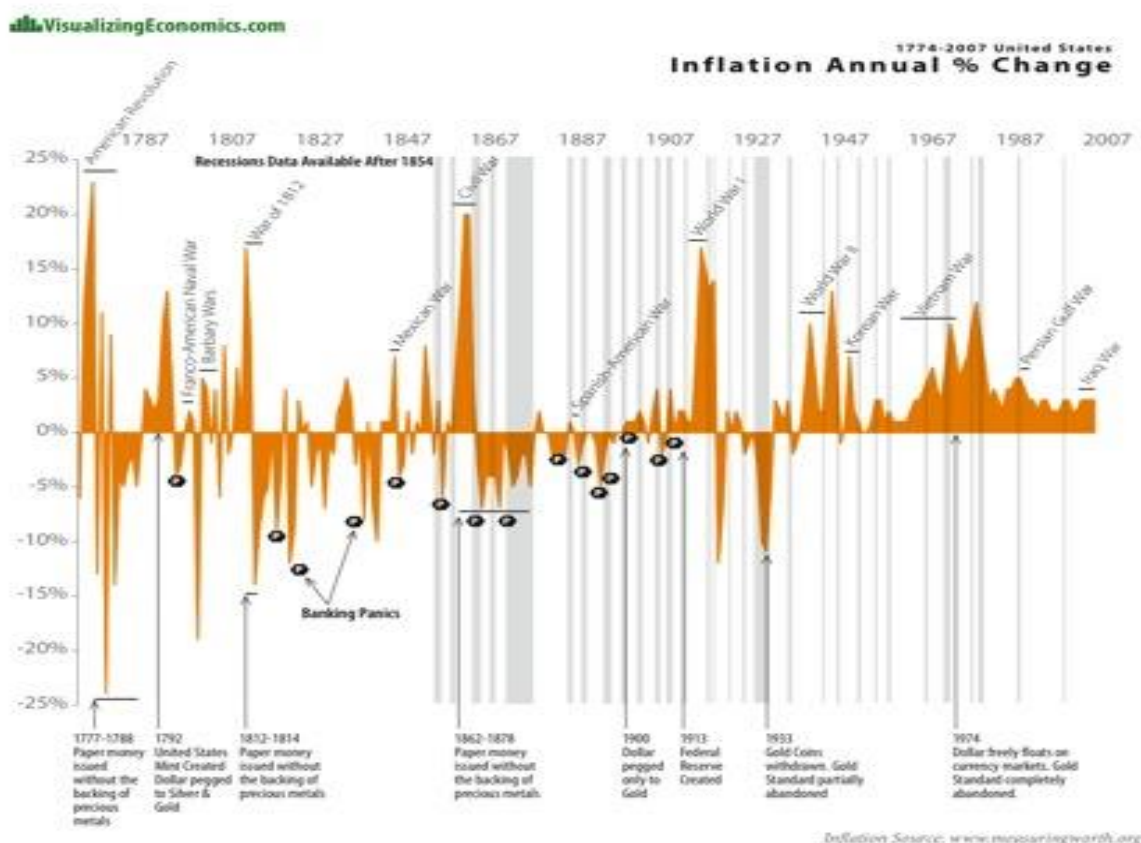
---

<sup>259</sup> Benjamin Franklin, ambassadeur à la cour de Louis XVI en est réduit à démonter la boîte à priser sertie de diamants qu'il a reçue en « cadeau pour congé » du roi et fait vendre les diamants en sous-main pour couvrir les frais de l'ambassade et ses émoluments, voir Teachout, Zephyr, *Corruption in America*, op. cit.

<sup>260</sup> Leur émission est autorisée par le Congrès, mais sans possibilité de conversion en or ou argent suivant des procédures comparables aux assignats français sous la Révolution. C'est l'origine de l'expression populaire américaine *not worth a continental* qu'on peut traduire par « qui ne vaut pas un sou », voir Galbraith, John K. *The Great Crash, 1929*, op. cit., p. xiii.

<sup>261</sup> Voir Teachout, Zephyr, *Corruption in America*, op. cit.

Figure 7 - Inflation, déflation et crises économiques aux États-Unis de 1774 à 2007<sup>262</sup>



L'investisseur américain, de surcroît, au moins jusqu'à la Première Guerre mondiale, se sent plus proche de l'État fédéré où il réside que de l'État fédéral. À l'issue de la guerre de Sécession, la dette confédérée a perdu toute sa valeur et la gestion des finances de l'Union n'est pas toujours rigoureuse. Tous ces éléments conduisent l'épargnant américain à éviter de prêter à l'État, sauf s'il y est contraint. Il investit plutôt dans le foncier ou l'immobilier ou dans des entreprises d'infrastructure (canaux, voies ferrées puis électrification et communications) qui sont des entités de droit privé aux États-Unis, ou dans l'industrie et le commerce qui ont justement un grand besoin de capitaux. Ces placements, si tout va bien, offrent à l'investisseur une protection contre la dévaluation, une appréciation du capital et des dividendes.

189. Certes il y a des risques pour tout investisseur. Les contrefaçons de documents sont longtemps restées un problème sérieux. Jusqu'à la guerre de Sécession, les banques de chaque État pouvaient émettre leur propre monnaie ; il n'y a pas de modèle uniforme pour les billets de banque dont certains sont relativement faciles à contrefaire. À partir de 1862, le trésor de

<sup>262</sup> Mulbrandon, Catherine, VisualizingEconomics.com, <https://www.streetwisereports.com/article/2011/10/07/not-worth-a-continental.html>.

l'Union émet des billets de banque, les *banknotes*, parfois nommés *greenbacks* car leur verso est imprimé avec une encre verte spéciale difficile à imiter. Ces billets ont alors une valeur libératoire sur tout le territoire des États-Unis et leur contrefaçon devient un crime fédéral passible de lourdes peines.

Les escrocs sont souvent astucieux et inventent toutes sortes de systèmes pour s'enrichir au détriment des épargnants, parfois en connivence avec des politiciens peu scrupuleux. Les bulles spéculatives sont fréquentes : investissements fonciers, principalement jusqu'au milieu de XIX<sup>e</sup> siècle<sup>263</sup>, puis chemins de fer, matières premières et nouveaux produits industriels<sup>264</sup>. L'investisseur américain sait qu'il court des risques qu'il est prêt à accepter et il tolère la volatilité, il obtient en moyenne un meilleur rendement que le rentier européen mais il s'indigne de la corruption et des fraudes et exprime ses sentiments lors des élections. C'est ainsi que se développe un capitalisme populaire qui va être profondément ébranlé par la crise de 1929, le New Deal et la création de nouvelles autorités<sup>265</sup>.

## 2. La crise de 1929, le *New Deal* et la création de nouvelles autorités

190. Le système économique et social en place, même si la corruption y est endémique et les inégalités sociales criantes, est globalement bien accepté. Son dynamisme aux yeux de la grande majorité de la population est une source d'espoir et cache, au moins en partie, ses imperfections.

Après la Première Guerre mondiale viennent les Années Folles, the *Roaring Twenties*. Beaucoup d'Américains, surtout dans les grandes villes, boursicotent : plus d'un million et demi d'entre eux possèdent des comptes de valeurs mobilières<sup>266</sup>. Le capitalisme américain s'emballe<sup>267</sup> : la puissance des États-Unis est reconnue partout dans le monde et les capitaux étrangers affluent. Mais les marchés financiers sont peu réglementés, la surveillance y est laxiste et l'éthique en est largement absente. Des spéculateurs ou escrocs<sup>268</sup> amassent, parfois de façon éphémère, des fortunes considérables. Ils utilisent des techniques qui aujourd'hui

---

<sup>263</sup> Il y eut aussi des bulles spéculatives sur l'immobilier en Californie (*Gold Rush*) et en Floride (1920-1925).

<sup>264</sup> Voir Galbraith, John K. *The Great Crash, 1929*, op. cit., chap. 1, « Vision and boundless hope and optimism ».

<sup>265</sup> De très nombreuses études ont été écrites sur la crise de 1929 et ses conséquences. Nous avons retenu principalement les travaux de Bernanke, Ben, *Essays on the Great Depression*, 2000 et John K. Galbraith, *The Great Crash 1929*, réédité en 1997.

<sup>266</sup> Selon Galbraith, J. K., op. cit., p. 78, 1 548 707 dont 1 371 920 ont leur compte auprès du NYSE en 1929 pour une population encore en majorité rurale, de l'ordre de 120 millions soit 30 millions de foyers.

<sup>267</sup> L'ambiance de cette époque est décrite dans la nouvelle de F Scott Fitzgerald, *The Great Gatsby* (« Gatsby le magnifique ») et ses adaptations cinématographiques.

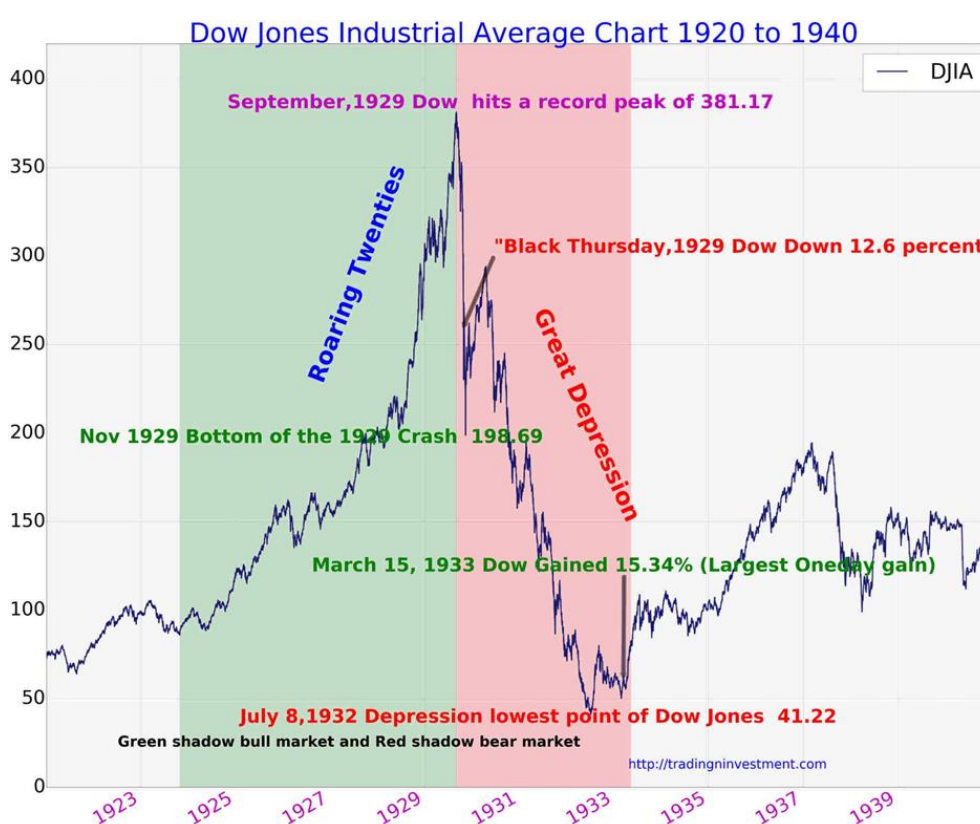
<sup>268</sup> Un des plus célèbres est Charles Ponzi qui en 1919/1920 recueille les fonds de plus de 40 000 épargnants en leur promettant des taux de retour sur investissement de l'ordre de 50% mais rémunérait ses investisseurs en utilisant les fonds issus de nouvelles souscriptions.



seraient considérées comme des fraudes, des manipulations de marché ou des délits d'initiés mais qui n'étaient alors pas illicites.

191. Les causes et la chronologie de la crise de 1929 sont l'objet de nombreuses discussions académiques<sup>269</sup>. Pour la plupart des historiens, le krach boursier débute le 24 octobre 1929, « jeudi noir » (*Black Thursday*), jour où l'indice boursier Dow Jones chute de plus de 12 %. Le mouvement de baisse se prolonge les jours, mois et années suivants. Il faudra attendre 1955 pour que l'indice revienne à son niveau de l'été 1929, c'est dire l'ampleur de la crise, connue aux États-Unis comme la Grande Dépression (*Great Depression*).

Figure 8 - Évolution de l'indice Dow Jones de 1920 à 1940<sup>270</sup>



192. La crise, qui s'accompagne d'une vague de chômage de longue durée sans précédent,<sup>271</sup> conduit à de profondes réformes. Le *New Deal*<sup>272</sup>, du président Franklin D. Roosevelt a pour objectif de construire un nouveau type de société garantissant des droits sociaux aux Américains mais où ils seraient également à l'abri de fléaux sociaux comme la corruption. De nouvelles institutions sont alors créées pour réglementer et surveiller le secteur financier, en particulier la

<sup>269</sup> Voir par ex. Bernanke, Ben : *Essays on the Great Depression*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

<sup>270</sup> D'après un graphique publié par *Trading Ninvestment* : <https://tradingninvestment.com/100-years-dow-jones-industrial-average-djia-events-history-chart/dow-jones-history-1920-to-1940-r43/>

<sup>271</sup> D'après le *National Bureau of Economic Research (NBER)* le taux de chômage en 1932 dépasse 25%.

<sup>272</sup> Littéralement la « nouvelle donne »

FDIC (*Federal Deposit Insurance Corporation*), assurance des dépôts bancaires et la SEC (*Securities and Exchange Commission*)<sup>273</sup>, le « gendarme » des marchés boursiers.

Dans le domaine bancaire, le *Banking Act* de 1933, aussi connu comme loi *Glass Steagall* 2, établit des statuts différents pour les banques commerciales et celles d'investissement.<sup>274</sup> En effet, l'idée de base est de « séparer Main Street de Wall Street » afin que les banques commerciales, qui ont pour mission de servir le grand public et les besoins quotidiens du commerce et de l'industrie, soient isolées des activités et des risques des banques d'affaires : intermédiation, financement à long terme (lancement et syndication d'emprunts), émission de titres et négoce de ceux-ci (activités de *trading*). De leur côté, les banques d'affaires et les courtiers (*brokers*), qui sont, de par leurs activités, plus exposés à des risques de corruption, ne peuvent recevoir des dépôts du public. Afin de protéger épargnants, petits industriels et commerçants, un système fédéral d'assurance est établi et rendu obligatoire pour les banques commerciales et les caisses d'épargne : le *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) qui a un pouvoir de supervision et d'inspection sur ses adhérents. Établi en 1933 comme agence gouvernementale temporaire garantissant les dépôts individuels dans les institutions agréées à hauteur de \$2 500 par compte<sup>275</sup>, financé au départ par le Trésor américain, le FDIC devient en 1935<sup>276</sup> un établissement permanent qui se finance principalement à travers les primes payées par ses adhérents à qui sont imposées des règles générales de gestion, de capitalisation et des limites sur les activités, y compris la tarification des services. L'ouverture de nouvelles agences de banques commerciales est aussi très restreinte, car le FDIC peut refuser d'étendre sa garantie à de nouvelles implantations. Ce système, monté au départ pour garantir la solvabilité des banques, permet une surveillance effective au niveau fédéral des activités bancaires et a aussi l'avantage de limiter les possibilités de fraudes.

193. Les réformes du système financier ont plusieurs objectifs : calmer le marché et faire revenir la confiance ; moraliser les activités de courtage, en érigeant en délits les conflits d'intérêts et détournement (ou « mélange » [*comingling*]) de fonds ; rendre le système plus transparent et efficace en exigeant des informations standardisées des émetteurs ; assurer la solvabilité des intermédiaires (courtiers) et la protection des petits épargnants.

---

<sup>273</sup> Voir dans l'Introduction, comment la SEC a servi de modèle pour la création de la Commission des Opérations de Bourse puis de l'Autorité des Marchés Financiers en France

<sup>274</sup> De 1929 à 1933, plus de 4 000 banques ont été contraintes de fermer, ruinant souvent les déposants. Source : Glass Steagall Act par History.com, <https://www.history.com/topics/great-depression/glass-steagall-act>.

<sup>275</sup> Une personne qui aurait plusieurs comptes dans des établissements différents est couverte à hauteur de \$2 500 par compte.

<sup>276</sup> En 1935, le FDIC rembourse au Trésor avec intérêts les prêts qui lui avaient été consentis.

Il est également nécessaire d'établir un mécanisme qui permette de surveiller l'application des réformes au marché financier. C'est ainsi qu'est créé, par la loi de 1934, un nouvel organisme, la *Securities and Exchange Commission* (SEC), qui a pour mission de chapeauter l'ensemble des opérations ainsi que les acteurs du marché. La gouvernance de la SEC est assurée par un comité de cinq commissaires nommés pour cinq ans<sup>277</sup> mais les décisions stratégiques sont prises collégialement. Pour s'assurer la juste représentation des deux grands partis politiques enregistrés aux États-Unis, le nombre des commissaires affiliés au même parti est limité à trois.

Avant les réformes de 1933/1934, les activités boursières étaient régulées au niveau de chaque État ; les exigences concernant l'émission de titres (*listing standards*) et la compétence professionnelle et solvabilité des courtiers variaient d'une place à l'autre. Comme chaque bourse souhaitait promouvoir ses activités, il se créait une concurrence par le bas, les courtiers n'hésitant pas à démarcher des clients résidant dans un État autre que le leur. La première mission de la SEC est donc de créer et réguler un marché national. Pour l'essentiel, la SEC adopte les règles déjà mises en place par le NYSE et les rend obligatoires sur l'ensemble du territoire américain<sup>278</sup>.

194. Ainsi la crise de 1929, la Grande Dépression, le *New Deal* et les réformes créant notamment le FDIC et la SEC, organes fédéraux dotés de pouvoirs d'enquête (*investigation*) et de répression (*enforcement*), sont à l'origine du système bancaire et financier américain actuel. L'émergence d'un nouveau paradigme entraîne aussi des changements dans la lutte contre la fraude et la corruption. Les deux agences, dont le siège est à Washington, reçoivent des dotations budgétaires qui leur permettent de mettre en place une bureaucratie efficace et de recruter un personnel suffisant et souvent hautement qualifié.

La SEC attire les jeunes diplômés en droit, économie et comptabilité des meilleures universités et des avocats réputés ; parmi les premiers directeurs, plusieurs sont des professeurs de droit engagés<sup>279</sup>. Au 30 septembre 1935, la SEC compte 696 employés<sup>280</sup>. De leur côté, les

---

<sup>277</sup> Chaque année, le 5 juin, le mandat d'un commissaire arrive à terme. Comme les mandats sont échelonnés et peuvent être reconduits individuellement à titre temporaire pour 18 mois, un quorum de commissaires est toujours en fonction.

<sup>278</sup> Voir Avedian, Arevik, Cronqvist, Henrik & Weidenmier, Marc D., « Corporate Governance and the Creation of the SEC », *Swedish House of Finance Research Paper*, n° 15-03, March 2, 2015, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2498007> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2498007>.

<sup>279</sup> Abe Fortas et surtout William Douglas, pionnier de la doctrine de la *vicarious liability* et de la protection et information dus aux investisseurs. Douglas et Fortas sont par la suite nommés juges à la Cour Suprême. Voir « William O. Douglas and the Growing Power of the SEC », site de la SEC Historical Society consulté le 20 mars 2021 <http://www.sechistorical.org/museum/galleries/douglas/protectiveCommittee.php>

<sup>280</sup> SEC Annual Report for 1935, p. 38.

agents du FDIC qui sont au nombre de plus de 3,400 en 1934<sup>281</sup>, en grande majorité des inspecteurs, édictent de nouvelles règles en coopération avec leurs collègues du *Fed* et inspectent avec zèle les institutions affiliées à leur réseau. SEC et FDIC ont le statut d'organismes indépendants, ce qui les autorise à lever des redevances ou droits. Ils peuvent aussi conserver au moins une partie des amendes et pénalités administratives perçues en cas de manquement et disposent ainsi d'une certaine autonomie budgétaire qui renforce encore leurs pouvoirs. Dans les deux cas, la suppression de la fraude et de la corruption est en quelque sorte une étape nécessaire pour atteindre un but économique.

Le premier commissaire et président (*Chairman*) de la SEC est Joseph P. Kennedy. Il a une réputation sulfureuse<sup>282</sup> à Wall Street qu'il connaît bien. Mais c'est un administrateur efficace qui s'entoure d'experts compétents, dont Ferdinand Pecora. Le *Securities Act* de 1933 et le *Securities Exchange Act* de 1934 établissent de nouvelles normes. Les textes sont rédigés de manière très ample. Il devient illégal de transmettre des informations trompeuses (*to deceive*) au public<sup>283</sup>. La SEC<sup>284</sup> est chargée de la mise en place de la réglementation et de veiller à son application et, quand nécessaire, de sanctionner les contrevenants. Elle a ainsi à la fois une fonction de régulation (*administrative power*) et une fonction de surveillance et répression (*enforcement power*) et n'hésite pas à faire usage de ses pouvoirs<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> L'effectif exact était 3 476, d'après le site de la FDIC consulté le 20 mars 2021, <https://www.fdic.gov/about/history/timeline/1930s.html>.

<sup>282</sup> Il participait activement à des pools d'investisseurs dans les années 1920. Le président Roosevelt aurait dit de lui : « il nous faut un brigand pour arrêter les brigands ». Voir Davis, Kenneth S., *FDR. The New Deal Years, 1933-1937*, 1979, cité par Poser, Norman S., *Brooklyn Law School Legal Studies*, Research Paper n° 132. Son fils John F. Kennedy sera le 35<sup>e</sup> président des États-Unis.

<sup>283</sup> SEC Annual Report 1935, p. 2 : « *It shall be unlawful for any person in the sale of any securities by the use of any means or instruments of transportation or communication in interstate commerce or by the use of the mails, directly or indirectly- (1) To employ any device, scheme, or artifice to defraud, or (2) To obtain money or property by means of any untrue statement of a material fact or any omission to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or (3) To engage in any transaction, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon the purchaser. The Act further provides that it shall be unlawful for any person, by the use of any means or instruments of transportation or communication in interstate commerce or by the use of the mails, to publish, give publicity to, or circulate any notice, circular, advertisement, newspaper, article, letter, investment service, or communication which, though not purporting to offer a security for sale, describes such security for a consideration received or to be received, directly or indirectly, from an issuer, underwriter, or dealer, without fully disclosing the receipt, whether past or prospective, of such consideration and the amount thereof.* »

<sup>284</sup> On trouvera de nombreux dossiers et documents consacrés à l'histoire de la SEC sur le site de la Securities and Exchange Commission Historical Society, <http://www.sechistorical.org/>.

<sup>285</sup> La poursuite pénale la plus spectaculaire de cette époque est celle de Richard Whitney, président du New York Stock Exchange de 1930 à 1935. Condamné, en 1938, à 5 ans de prison pour détournement de fonds (*embezzlement*), il est incarcéré à la prison de Sing Sing, mais libéré en 1941 pour bonne conduite. Voir à ce sujet l'article publié par *Fortune* le 16 décembre 2018 comparant les méfaits de Bernie Madoff à ceux de Richard Whitney: « *70 years before Madoff, there was Whitney* ».

195. Malgré les changements de réglementation des marchés financiers depuis sa création, la SEC continue de jouer un rôle primordial dans la poursuite de crimes financiers liés à la corruption, même si on lui reproche parfois de ne pas agir assez rapidement. Ainsi en décembre 2008, le public découvre la fraude gigantesque de Bernard Madoff<sup>286</sup>, ancien président du NASDAQ, qui est accusé d'avoir détourné en une vingtaine d'années plus de \$50 milliards reçus de ses investisseurs. Arrêté, il plaide coupable pour violation des lois sur les valeurs mobilières (*securities fraud*) et blanchiment d'argent (*money laundering*). Il est condamné à 150 ans d'emprisonnement et à « restituer » \$170 milliards.

La dématérialisation et l'internationalisation des produits financiers créent de nouveaux défis. Depuis la généralisation de l'internet, des titres (*securities*) peuvent être générés et négociés pratiquement simultanément sur plusieurs marchés dans des juridictions différentes. Des escrocs peuvent, s'ils possèdent des moyens techniques, principalement électroniques, suffisants contrefaire des titres ou créer de fausses transactions à partir de pays où les régulateurs américains n'ont pas ou peu d'accès. Leurs actions peuvent ainsi déclencher des spéculations frauduleuses. La SEC et les organisations professionnelles (SRO, *self regulating organizations*) peinent parfois à s'adapter aux systèmes de négociation électronique à haute fréquence (*high frequency trading*). Ainsi le 2 mai 2010 le système électronique du NYSE est saturé à cause d'une marée d'ordres basés sur des instructions automatiques lancées par une firme de gestion d'actifs de taille moyenne de Chicago, Waddell & Reed, inquiétée par des émeutes en Grèce. Les *flash crash* (baisses soudaines provoquées par des ventes programmées) et la cybersécurité deviennent la hantise des agences de régulation.<sup>287</sup>

Pourtant la SEC s'adapte constamment au changement technique. En 2018, à la suite de la loi *Dodd Frank* sur la réorganisation des marchés financiers, elle assume conjointement avec la CFTC (*Commodity Futures Trading Commission*, établie en 1975) la supervision des marchés de *commodities*<sup>288</sup>. Elle a par exemple créé en 2017 un groupe spécialisé, la *Cyber Unit*, charge d'animer des groupes de liaison et de promouvoir la coopération et les enquêtes parallèles avec les autres autorités compétentes aux États-Unis et à l'étranger. Malgré un ralentissement de ses activités de répression dû à la pandémie de la Covid, elle a au cours de l'année fiscale 2020 poursuivi 405 cas de fraude donnant lieu à des pénalités financières pour

---

<sup>286</sup> Une enquête montrera qu'il était sous surveillance depuis au moins 1999 et ses activités avaient fait l'objet d'au moins 29 alertes (*red flags*) au sein de la SEC, mais aucune mesure à son encontre n'a été décidée jusqu'à ce qu'il soit dénoncé par ses deux fils.

<sup>287</sup> Nations, Scott : *A History of the United States in Five Crashes*, Harpers Collins Publishers, 2017, p.245 sqq

<sup>288</sup> Les *commodities* incluent non seulement les marchandises traditionnelles (blé, café, métaux, etc.) mais aussi les devises et les « produits dérivés (*derivatives*) comme les swaps, futures ou options.

un total de \$4,68 milliards<sup>289</sup>. Comme nous le verrons en détail dans le chapitre suivant elle est à l'origine de nombreuses enquêtes, poursuites et condamnations pour infractions à la principale loi américaine anticorruption, le FCPA.

196. Au cours des décennies suivant leur création le rôle des régulateurs fédéraux dans les poursuites des crimes financiers continue de s'affirmer. Ainsi, à la suite de la récession de 1981/82, le FDIC « intervient » auprès de plus de 200 institutions ; en 1984, il intervient auprès de Continental Illinois Bank à Chicago et de 79 autres institutions ; en 1985, 120 autres interventions sont nécessaires, 138 en 1986, 184 en 1987 et plus de 200 en 1988<sup>290</sup>. Le FDIC devient ainsi *de facto* l'administrateur d'un grand nombre d'institutions. La « débâcle des *Savings and Loans* » révèle le contrôle opaque de certaines institutions qui tirent avantage de connexions politiques et le manque de communications entre régulateurs nationaux et internationaux<sup>291</sup>. Par la suite les pouvoirs administratifs et de supervision du FDIC sont confirmés et renforcés par les lois FIRREA (*Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act*) qui réorganisent et recapitalise tout le système de garantie des dépôts des banques en 1989 et est complété en 1991 par le FDICIA (*Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act*), puis en 1999 par la loi *Gramm-Leach-Bailey* qui criminalise certaines pratiques comme la rétention d'informations par des intermédiaires bancaires ou financiers.

197. Plus récemment à la suite de la crise des *subprimes*<sup>292</sup> en 2008, bien que les entités qui ont consenti les prêts à l'origine des défauts, ne fissent pas partie du réseau FDIC, certaines de ces institutions, comme Washington Mutual, sont, à la demande du DOT placées sous son administration provisoire. Par la suite le DOT « encourage » des banques commerciales à racheter les prêteurs hypothécaires en faillite<sup>293</sup> ce qui permet de placer ces portefeuilles sous

---

<sup>289</sup> SEC Division of Enforcement 2020 Annual Report, <https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2020.pdf>.

<sup>290</sup> Les statistiques proviennent du site du FDIC, sous la rubrique Timeline. Les interventions auprès de S & L s'effectuent généralement à travers le fonds spécifique qui leur est destiné, FSLIC (*Federal Savings and Loans Insurance Corporation*), entité sœur du FDIC.  
<https://www.fdic.gov/about/history/timeline/1980s.html>.

<sup>291</sup> Le cas le plus symptomatique est celui d'un ami personnel et directeur du Budget du président Carter, Bert Lance : il avait présidé la Calhoun First National Bank of Georgia, impliquée dans des affaires de corruption, et reçu plusieurs financements de la BCCI (Bank of Credit and Commerce International). Il fut poursuivi et contraint de se retirer mais non condamné. Voir l'analyse du cas BCCI dans la deuxième partie.

<sup>292</sup> Le terme désigne un prêt de qualité inférieure (*below prime*). La crise a pour origine les prêts hypothécaires généreusement consentis par des banques spécialisées (*mortgage associations*) qui ont tendance à être laxistes, car elles ont la possibilité d'escompter ces prêts auprès d'organismes gouvernementaux (« *Fannie Mae* » et « *Freddie Mac* ») ou, ce qui est plus profitable, de les revendre à des banques d'investissement, à des banques ou investisseurs étrangers ou à des fonds spéculatifs (*hedge funds*).

<sup>293</sup> C'est ainsi que Washington Mutual, CountryWide ou Merrill Lynch sont « repris » par JP Morgan Chase et Bank of America.

la surveillance effective du FDIC qui apparaît ainsi comme un « sauveur » du système financier américain. D’après son rapport annuel pour 2020, le FDIC a supervisé plus de 3,200 banques, a lancé 169 enquêtes et aide à la liquidation (*voluntary termination*) de 10 institutions.<sup>294</sup> Ainsi depuis sa création, Le FDIC n’a pas empêché les fraudes mais les mécanismes qu’il a mis en place et les actions de ses enquêteurs ont permis de minimiser les conséquences négatives.

198. La principale mission de la SEC et de la FDIC, agences fédérales créées il y a huit décennies à la suite de la plus grave crise économique des États-Unis, reste d’assurer la stabilité financière et d’inspirer la confiance aux épargnants et investisseurs. Afin de maintenir leur efficacité, leurs moyens évoluent en fonction des changements technologiques et de la codification des délits. Dans leurs enquêtes, elles sont tenues de veiller à l’application de l’ensemble de la réglementation financière et bancaire et des lois sur la fraude et la corruption. Elles sont, particulièrement dans le cas de la SEC, à l’origine de poursuites contre les contrevenants aux dispositions du FCPA. Depuis au moins la dernière décennie, elles travaillent régulièrement en coopération avec les autorités anticorruption étrangères. Même si la lutte contre la corruption n’est pas *stricto sensu* inscrite dans leurs chartes, elles y contribuent de manière significative.

#### **D. La lutte contre le blanchiment : le *Bank Secrecy Act* et les débuts de la *Compliance***

199. Le législateur américain, on l’a vu, établit dès le XIX<sup>e</sup> siècle un corpus juridique qui est progressivement complété par une jurisprudence abondante pour limiter l’évasion fiscale, l’emprise des trusts et, à partir du New Deal, la fraude dans les activités bancaires et financières. Une nouvelle préoccupation devient prépondérante dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle : le blanchiment d’argent.

À la fin des années 1960, le système du *Gold Exchange Standard* qui garantit la convertibilité en or du dollar à une parité fixe est encore en vigueur<sup>295</sup>, mais les flux financiers internationaux augmentent en volume et en complexité. L’Union Soviétique et les pays arabes ou d’Amérique latine exportent gaz et pétrole. La décolonisation a conduit à l’indépendance de nombreux pays qui vendent leurs matières premières sur les marchés internationaux, souvent pour le bénéfice quasi exclusif d’une oligarchie d’individus influents qui cherchent à mettre

---

<sup>294</sup> *FDIC Annual Report 2021, Combined Risk and Consumer Enforcement Actions*, p.182 : FDIC 2021 Annual Report - Section 7.

<sup>295</sup> La parité garantie par les États-Unis était de 35 dollars par once Troy (31,1035 grammes). Le *Gold Exchange Standard* a été institué par les accords de Bretton Woods en 1944. Ceux-ci ont aussi créé le Fonds Monétaire International et la Banque Mondiale.

leur nouvelle fortune à l'abri dans des juridictions refuges qui pratiquent le secret bancaire. Le marché des devises est alors agité par de larges mouvements de capitaux, parfois spéculatifs (*hot money*)<sup>296</sup> et des dévaluations. Certaines activités, comme le trafic de stupéfiants, d'armes, voire de personnes, génèrent aussi des flux financiers non comptabilisés et il est notoire que des sociétés et des individus fortunés maintiennent des comptes à l'étranger de manière illicite. La suprématie du dollar est en jeu<sup>297</sup>.

Le Congrès des États-Unis est naturellement préoccupé par cette situation. Une commission parlementaire spécialisée (*House Committee on Banking and Currency*) s'inquiète de l'utilisation très répandue de comptes bancaires à l'étranger pour commettre des crimes financiers. La commission auditionne, en 1968, le procureur (*United States Attorney*) Robert Morgenthau, responsable du district sud de New York dont les équipes enquêtent sur de nombreuses affaires financières. Il expose plusieurs montages utilisés par les fraudeurs et ses déclarations sont largement reprises par les médias. Morgenthau met plus particulièrement en cause les banques suisses qui proposent des comptes numérotés et servent d'intermédiaires. Il précise que « non seulement des opérateurs financiers internationaux, mais aussi des voyous du monde du crime organisé, des escrocs du marché financier, des manipulateurs, des dirigeants d'entreprises qui emploient des informations privilégiées pour créer des profits illégaux et de nombreux spéculateurs sur les marchés financiers utilisent des comptes dans des banques à l'étranger pour se soustraire à leurs obligations fiscales<sup>298</sup> ». Il observe que n'importe quel individu peut faire un dépôt en espèces ou demander un transfert vers l'étranger à une des grandes banques de New York : même si la banque est tenue de faire un rapport au-delà d'un certain montant, l'identité des déposants ou des bénéficiaires n'est pas vérifiée et dans presque tous les cas qui font l'objet d'enquête, les versements sont effectués sous un faux nom<sup>299</sup>. Les travaux du comité, qui durent près de deux ans, aboutissent à un projet de loi qui deviendra le *Bank Secrecy Act*.

---

<sup>296</sup> Le financier George Soros lance son premier *hedge fund* en 1969 ; il prend par la suite des positions sur le marché des devises.

<sup>297</sup> Le 15 août 1971 le président Nixon ordonne la suspension de la convertibilité en or du dollar. La fin de la convertibilité du dollar en or (et des accords de Bretton Woods) est formellement entérinée par une loi votée par le Congrès en 1976.

<sup>298</sup> Legal and Economic Impact of Foreign Banking Procedures on the United States. Hearings before the House Committee on Banking and Currency, 90<sup>th</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session, 1968, cité par White, Daniel Linn, in « The Anti-Money Laundering Complex in the Modern Era », *The Banking Law Journal*, vol. 133, n° 10, 2016, Thomas Jefferson School of Law Research Paper n° 2912458, p. 4-5.

<sup>299</sup> *Ibid.*, « In almost every case a false name was used [...] », p. 5.



## 1. Le Bank Secrecy Act de 1970

200. Le *Bank Secrecy Act* (BSA) de 1970 est à l'origine une mesure législative visant à rendre les flux financiers qui affectent l'économie américaine plus transparents et à identifier leurs auteurs et bénéficiaires. Le moyen pour atteindre l'objectif fixé par la commission parlementaire est d'« amender la loi qui a établi le FDIC pour exiger que les banques tiennent des registres et que le département du Trésor soit avisé de certaines transactions en dollars américains<sup>300</sup> ». Par la suite, le dispositif initial est complété par d'autres lois, des décrets (*executive orders*) et des lignes directrices (*guidelines*) des autorités. Pour bien comprendre la portée des nouvelles procédures mises en place qui marquent les débuts d'obligations exigeantes de *compliance* (vigilance et contrôles), il nous faut préciser le concept de blanchiment d'argent puis analyser les mesures mises en place par le BSA et leurs transformations.

## 2. Le concept de blanchiment : définition et histoire

201. Le blanchiment d'argent est constitué en droit américain<sup>301</sup> par « le transfert de numéraire ou instruments assimilables au numéraire d'origine illicite vers, hors de, ou à travers les États-Unis ou les institutions financières des États-Unis<sup>302</sup> ». L'article 18 U.S. Code § 1956 – *Laundering of monetary instruments* (« blanchiment d'instruments monétaires ») fournit une définition très large : est considéré comme coupable de blanchiment quiconque, sachant que les biens qui sont l'objet d'une transaction financière proviennent d'une forme d'activité illégale, conduit ou s'efforce de conduire une telle transaction qui, de fait, concerne le produit d'une activité illicite<sup>303</sup>.

Le blanchiment présuppose donc l'existence d'un crime antérieur au transfert pour que celui-ci soit illicite. On parle en anglais de *predicated crime* ou de crime sous-jacent en français. L'objectif fondamental qui consiste à criminaliser le produit d'un acte illicite est le même en France et aux États-Unis. Cette similitude provient de ce que les deux juridictions ont transposé

---

<sup>300</sup> *Ibid.*, “To amend the Federal Deposit Insurance Act to require insured banks to maintain certain records, to require that certain transactions in United States currency be reported to the Department of the Treasury”, p. 7.

<sup>301</sup> 31 U. S. Code, § 5340 (2). Le *United States Code* est le registre officiel qui codifie l'ensemble des textes qui forment les lois générales et permanentes des États-Unis, voir <https://uscode.house.gov/>.

<sup>302</sup> « *The movement of illicit cash or cash equivalent proceeds into, out of, or through the United States...[or] United States financial institutions.* »

<sup>303</sup> « *Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity* », voir <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>.

dans leur droit national les définitions de la convention de l'OCDE de 1997. Le terme de blanchiment, dans sa signification moderne, a toutefois une histoire plus ancienne.

202. L'origine de l'expression est attribuée par certains à Al Capone. Selon son biographe, John Kobler, Al Capone et quelques associés maffieux créent en 1928 à Chicago une société, *The Sanitary Cleaning Shops, Inc.*, qui devient propriétaire de plusieurs blanchisseries dans le but de recycler les fonds en numéraire provenant de leurs nombreuses activités illicites. Lorsqu'on l'interrogeait sur sa profession, Capone répondait : « Je travaille dans le blanchissage » (*I am in the laundering business*)<sup>304</sup>. D'autres gangsters américains de l'époque de la prohibition, Lucky Luciano et Meyer Lansky en particulier, comprennent l'utilité de nouveaux procédés de blanchiment et établissent, en 1932, des réseaux de comptes bancaires à l'étranger (*offshore accounts*), en particulier dans des îles des Antilles, comme Cuba, proches des États-Unis, théoriquement politiquement indépendantes, mais dont les autorités locales peuvent être soumises à pression.

Cependant, l'emploi généralisé du terme de *money laundering* en anglais, traduit en français par blanchiment (et non « blanchissage ») d'argent, n'apparaît qu'à partir des années 1970 aux États-Unis, en particulier dans les reportages sur l'affaire Watergate et les narcotrafiquants. La loi BSA (pour *Bank Secrecy Act*) de 1970 ne mentionne pas le terme de blanchiment dans son titre, mais c'est bien cette pratique qui est visée.

### 3. Le BSA, ses dispositions et transformations

203. À l'origine, l'objectif du législateur est simplement d'établir une obligation de déclaration qui permet de retracer des flux financiers en dollars et d'identifier les personnes impliquées. Le titre complet du texte signé, le 26 octobre 1970, par le président Nixon est : « loi modifiant la loi fédérale portant sur la création du FDIC pour astreindre les banques assurées à tenir certains registres et d'exiger que certaines transactions libellées en monnaie des États-Unis fassent l'objet de déclarations au département du Trésor, ainsi que d'autres objectifs<sup>305</sup>. » Le titre I de la loi précise que les obligations de déclaration s'appliquent à l'ensemble des banques, qu'elles soient assurées ou non, et aux établissements financiers (*financial*

---

<sup>304</sup> John Kobler, *The Life and World of Al Capone*, Da Capo Press, 1971, p. 235.

<sup>305</sup> « *An Act to amend the Federal Deposit Insurance Act to require insured banks to maintain certain records, to require that certain transactions in United States currency be reported to the Department of the Treasury, and for other purposes* », voir <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-84/pdf/STATUTE-84-Pg1114-2.pdf>.

*institutions*)<sup>306</sup> opérant aux États-Unis. Les institutions assujetties doivent nommer un *BSA Officer* ou responsable de la conformité. Elles doivent aussi conserver dans leurs archives une documentation qui permette de vérifier « l'identité de toute personne détenant un compte aux États-Unis et de toute personne qui pourrait signer des chèques, effectuer des retraits ou solliciter toute transaction sur ce compte<sup>307</sup> ». La loi indique que les exigences d'identification s'appliquent à toute personne impliquée dans des transferts de fonds ou des opérations de crédit, aux États-Unis ou avec l'étranger (*domestically or internationally*). De même, l'identité de toute partie à une transaction par chèque, par traite ou autre instrument financier doit être vérifiée et consignée. Lorsque le compte est détenu par une personne morale, il incombe à la banque de vérifier et de consigner l'enregistrement juridique de l'entité, l'identité de ses dirigeants et bénéficiaires ultimes, les pouvoirs des signataires et de noter tout changement relatif au contrôle de l'entité. C'est le début de la règle KYC (pour *Know Your Customer*) dont les régulateurs augmentent progressivement les exigences.

Le titre II de la loi, qui précise et codifie les types de rapports à soumettre, autorise le DOT à réclamer toute autre information jugée nécessaire. Les principaux nouveaux comptes rendus obligatoires sont les rapports sur les transactions en numéraire à partir d'un certain montant (\$10 000) et ceux sur les transactions en devises (*Currency Transactions Report* ou CTR) ou avec l'étranger (importations et exportations). Les déclarations de soupçon (*Suspicious Activity Report* ou SAR) y sont ajoutées par la suite. À ce stade, le BSA établit donc des obligations administratives, lourdes certes, mais il n'est pas (encore) question de criminaliser les infractions : en cas de manquement, est prévue une amende de \$1 000 mais ce montant augmente sensiblement en cas de récidive.

204. En pratique, les entités concernées voient d'un mauvais œil cette loi qui crée de nouvelles charges et risque de porter atteinte à la rentabilité de leurs activités. Plusieurs associations professionnelles tentent des recours sous prétexte que les nouvelles dispositions sont inconstitutionnelles car elles représentent une atteinte au droit à la vie privée et à celui d'entreprendre qui sont garantis par les I<sup>er</sup> et IV<sup>e</sup> amendements de la Constitution. Mais les

---

<sup>306</sup> Le terme a une interprétation large : il inclut l'ensemble des activités financières régulées et ceux qui les pratiquent, notamment les courtiers et intermédiaires en valeurs et marchandises, les compagnies d'investissement et de gestion d'actifs, les courtiers en devises, les émetteurs et distributeurs de chèques de voyage, les émetteurs et opérateurs de cartes de crédit, les compagnies et courtiers en assurance.

<sup>307</sup> « The identity of each person having an account in the United States with the bank and of each individual authorized to sign checks, make withdrawals, or otherwise act with respect to any such account » cité par White, Daniel Linn, op. cit., p. 7.

tribunaux puis deux décisions de la Cour Suprême (*California Bankers Association vs Shultz* et *United States vs Miller*), confirment la constitutionnalité du BSA<sup>308</sup>.

En revanche, la mise en place du dispositif est laborieuse et n'aboutit pas immédiatement aux résultats espérés. Comme il n'y a pas d'obligation de confidentialité dans le texte de 1970, les enquêteurs s'aperçoivent que les banques et les intermédiaires préviennent leurs clients, ce qui conduit les moins honnêtes parmi ceux-ci à trouver de nouveaux stratagèmes, comme la création de sociétés écran ou le fractionnement des paiements et des circuits utilisés. Certaines institutions, dont des banques helvétiques, les grands gestionnaires de fortune ou la BCCI<sup>309</sup> offrent quasi ouvertement à leurs clients américains des services qui leur permettent de maintenir des fonds à l'étranger. D'autres ignorent les nouvelles instructions. Dans certains cas, lorsque les régulateurs notent des lacunes systémiques sur plusieurs années, elles sont plus sévèrement pénalisées et, dans les situations les plus sérieuses, poursuivies pénalement. C'est par exemple le cas de *Riggs Bank*. Cette banque, établie à Washington DC depuis 1838, avait pour spécialité les personnes à revenus élevés (*high net worth individuals*) et les ambassades ; elle comptait parmi ses clients de nombreux hommes politiques américains et étrangers (en particulier, les dirigeants du Chili [Augusto Pinochet et sa famille], d'Arabie saoudite et de Guinée équatoriale) et ne soumettait pas ou tardivement les rapports obligatoires. Riggs est plusieurs fois condamnée à des amendes administratives et les régulateurs américains décident de faire un exemple : le 27 janvier 2005, la banque est contrainte de plaider coupable<sup>310</sup> pour violation du *Bank Secrecy Act* et de payer une amende de \$16 millions. Sa réputation ne survit pas à ce scandale : quelques mois plus tard les actifs de la banque sont rachetés par PNC Bank qui désactive la marque Riggs<sup>311</sup>.

205. Afin d'augmenter l'efficacité du dispositif, le BSA est complété par plusieurs lois et directives administratives :

– En 1986, le *Money Laundering Control Act* est la première loi qui utilise dans son titre

---

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>309</sup> Voir plus loin « L'affaire BCCI » dans la seconde partie de cette thèse.

<sup>310</sup> Communiqué du DOJ, <https://www.justice.gov/archive/tax/usaopress/2005/txdv050530.html>.

<sup>311</sup> Un sous-comité du Sénat (*Subcommittee on Investigations*) avait déjà soumis en juillet 2004 un rapport accablant. À titre d'exemple, en voici un paragraphe : « *Riggs also failed to implement an effective procedure for filing the Suspicious Activity Reports (SARs) required by the Bank Secrecy Act (BSA). The FinCEN civil monetary penalty assessment states that Riggs violated the BSA by "failing to file or by delinquent filing approximately 33 SARs" representing "at least \$98 million in suspicious transactions." It states that another 61 SARs were filed more than 60 days after the suspicious activity occurred; some of these SARs referenced suspicious activity that occurred two or three years beforehand... [We found many] specific examples of situations where Riggs failed to file a SAR despite clear evidence of suspicious activity... Riggs' procedures to identify, analyze, and report suspicious activity were either non-existent or not implemented.* » <https://www.hsgac.senate.gov/imo/media/doc/PINOCHETREPORTFINALwcharts0.pdf>.

le terme de blanchiment (*money laundering*). Elle criminalise le blanchiment, précise les dispositions du BSA et institue la responsabilité pénale des personnes ou institutions qui participent en connaissance de cause (*knowingly*) à des activités de blanchiment. De plus, les banques et intermédiaires sont tenus d'établir et de maintenir des procédures adéquates en vue d'assurer la conformité avec les lois et règlements. Cette loi est donc considérée comme étant à l'origine de la *compliance* (obligations de vigilance et de contrôle). Ces mesures, comme nous le verrons, inspirent au plan international les premières recommandations du Groupe d'action financière internationale (GAFI) créé en 1989.

– En 1992, la loi *Annunzio-Wylie Anti Money Laundering Act* puis, en 1994, le *Money Laundering Suppression Act* renforcent encore le dispositif et aggravent les pénalités en cas de violation du BSA.

– En 1996, des directives interdépartementales (DOJ et DOT), en liaison avec les agences fédérales chargées des contrôles, standardisent et codifient les obligations concernant la rédaction et la soumission des déclarations de soupçon (*Suspicious Activity Report* ou SAR) qui doivent désormais être adressées à une agence spécialisée du DOT, *Fincen* (pour *Financial Crimes Enforcement Network*).

– En 1998, le *Money Laundering and Financial Crimes Strategy Act* identifie des zones géographiques à haut risque, les HIFA (pour *High Intensity Financial Crime Activity*), en particulier des grandes villes et zones frontalières, sur lesquelles les activités de surveillance doivent être renforcées. C'est le début de l'approche par les risques (*Risk Based Approach* ou RBA) ou, en français, de la cartographie des risques, qui enjoint aux acteurs de la lutte anti-blanchiment de concentrer leurs ressources sur des zones ou activités en fonction du danger potentiel qu'elles posent.

– En 2001, l'USA PATRIOT ACT (pour *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*), voté à la suite des attaques du 11 septembre, renforce les capacités d'enquête et de surveillance des pouvoirs publics, y compris sur les activités des banques étrangères qui ont un lien avec les États-Unis. Cette loi établit un mécanisme d'exclusion. En effet, le DOT – en application de la procédure dite « Section 311 [de la loi] » – peut désormais déclarer une personne, physique ou morale, un type de transaction ou d'activité, voire une juridiction, comme source « préoccupante » de blanchiment (*Primal Money Laundering Concern*) ce qui crée en pratique un système de liste noire, aucune institution régulée ne souhaitant entretenir de relations avec une entité qui attirerait immédiatement l'attention des autorités de supervision. La loi criminalise de la même

manière le blanchiment et le financement du terrorisme. Elle interdit les transactions avec des entités qui ne seraient que des façades (*shell companies*), précise les niveaux de vigilance (*Due Diligence* et *Enhanced Due Diligence*) en indiquant que certains types de comptes (*Correspondent and Private Banking Accounts*) doivent être placés en niveau élevé de vigilance. Elle établit des mécanismes d'échange d'informations entre les autorités et les entités régulées et définit une nouvelle catégorie d'individus – les « personnes politiquement exposées » (PPE en français et *Politically Exposed Persons* ou PEP<sup>312</sup> en anglais) – soumise à une vigilance renforcée.

– Enfin, les réformes lancées par la loi *Dodd-Frank* en 2010 à la suite de la crise des *subprimes* ainsi que la loi AMLA (pour *Anti Money Laundering Act*) de 2020 affirment et complètent le dispositif mis en place par le BSA.

206. L'ensemble des lois et textes administratifs ainsi que la jurisprudence qui y est associée définissent les exigences de la *Compliance*. Dans « La Compliance en quête de définition<sup>313</sup> », le professeur Antoine Gaudemet écrit : « Littéralement la notion de compliance est étrangère à la culture juridique française [...] construite sur l'idée de légalité, c'est-à-dire sur [le principe] qu'existent des règles qui ordonnent des conduites, dictent des interdits et menacent ceux qui les enfreignent d'une peine prononcée au terme d'un procès [...] par un juge. La légalité organise un face-à-face vertical de chaque individu, de chaque entreprise avec la loi ». Or si la compliance au sens anglo-saxon inclut bien une responsabilité de type hiérarchique, le concept est plus large que celui de la conformité au sens français. Plus spécifiquement, la *compliance* implique une approche holistique et comprend une dimension éthique<sup>314</sup>.

207. Le corpus juridique américain est pratiquement devenu la norme internationale, promue par le GAFI et l'OCDE. On est ainsi en présence d'un modèle de gouvernance qui a commencé par se dégager aux États-Unis, mais que l'on retrouve, peu ou prou, dans l'ensemble des économies développées. Cependant les dispositifs pour lutter contre le blanchiment pour être véritablement efficaces doivent s'accompagner de mesures contre la corruption. L'autre pilier du système américain qui permet cette convergence est, comme nous allons maintenant le montrer, le FCPA.

---

<sup>312</sup> Le texte initial parle de *Senior Foreign Political Figure*, mais la notion est élargie par la suite, en particulier en application des recommandations du GAFI, et le terme employé devient *Politically Exposed Person*.

<sup>313</sup> Titre d'un article paru dans la revue *Défis*, n° 9.

<sup>314</sup> Voir Amouzou, Kossi & Perez, Michel, « L'introduction de la compliance et de la justice négociée en France », *Banque et Droit*, n°s 188 et 189.

# **TITRE DEUXIÈME : LE PARADIGME MODERNE : LE FCPA ET LA MISE EN PLACE DU SYSTÈME ACTUEL DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

*« Lorsqu'en 1977 le Congrès des États-Unis adopte le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), l'événement juridique est considérable : pour la première fois, une législation nationale incrimine la corruption active d'agents publics étrangers. C'est de la part du législateur fédéral une vraie manifestation d'universalisme [...] La construction d'un pan essentiel de la moralisation de la vie des affaires internationales est ainsi engagée non par une convention internationale, mais par une loi nationale.*

Emmanuel Breen<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Breen, Emmanuel, *op. cit.*, p. 12.

208. Le FCPA est surtout connu, et discuté ou critiqué, en France pour son extraterritorialité. Mais il est aussi la pierre angulaire du système juridique moderne de lutte contre la corruption transnationale et est ainsi à l'origine de nombreuses innovations et pratiques judiciaires. Il existait de nombreuses lois, dispositions, doctrines et réglementations américaines destinées à combattre la corruption avant la promulgation du FCPA. Mais celles-ci ne faisaient pas de distinction claire entre la corruption nationale (*domestic*) et internationale. Le paradigme change à la suite du scandale du Watergate, qui éclate en 1972. Les investigations démontrent aux Américains que :

a) Les dispositions existantes sont inefficaces et n'ont pas réussi à prévenir une corruption massive qui gangrène la vie politique et économique,

b) Ce cas de corruption tentaculaire a des vecteurs et des racines hors du pays.

La seule façon de limiter cette corruption endémique est donc de créer une nouvelle législation qui s'applique aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays. Comme le résume le juge et historien du droit John T. Noonan<sup>2</sup> : « Un aspect du FCPA était absolument unique. Ses interdictions s'appliquaient seulement à des paiements dont le but était d'exercer une influence dans un pays autre que les États-Unis. Pour la première fois dans l'histoire, une mesure contre les pots-de-vin était introduite comme une loi à portée universelle concernant ceux à qui s'applique la loi. Pour la première fois, un pays a rendu criminelle la corruption de responsables d'un autre pays. Les ambassadeurs de l'Amérique, c'est-à-dire ses hommes d'affaires, devaient démontrer la pureté américaine à travers le globe. Les exigences séculières n'ont jamais englobé d'aussi près et étendu l'éthique contre la corruption. »

Les conséquences juridiques et économiques sont immenses, comme le souligne Emmanuel Breen<sup>3</sup>. Avec l'adoption de ce texte, les entreprises américaines sont tenues d'appliquer des standards éthiques stricts dans la conduite de leurs activités, que ce soit aux États-Unis ou à l'étranger. Contrairement à ce qui se passe alors dans la majorité des pays, y compris la France, il n'est plus possible de recourir à des pots-de-vin ou autres « faveurs » pour faciliter les

---

<sup>2</sup> Noonan Jr, John T., *op. cit.*, p. 680 : « one aspect of the FCPA was absolutely unique. Its prohibitions applied only to payments intended to influence a country other than the United States. For the first time in the history of the world, a measure for bribery was introduced into law that was universal as far as those subjected to the law were concerned. For the first time a country made it criminal to corrupt the officials of another country. America's ambassadors- that is its businessmen were to show American purity throughout the globe. Secular requirements had never so comprehensively embraced and extended the bribery ethic »

<sup>3</sup> Breen, Emmanuel, *op. cit.*, p. 13.



exportations, même si « c'est comme ça que ça fonctionne » pour gagner des marchés<sup>4</sup>. Par son approche pragmatique, la nouvelle loi fait le constat que les circuits et les mécanismes de la corruption nationale et transnationale sont intrinsèquement liés et qu'il est donc nécessaire de lutter de front contre les deux aspects du phénomène.

L'aspect transnational du FCPA est ainsi à la base d'un nouveau paradigme de lutte contre la corruption, non seulement américain, mais aussi international. Ce paradigme, mondial comme nous le verrons, s'est amplifié avec l'entrée en vigueur, en 1999, de la convention de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) contre la corruption (*Anti-Bribery Convention*<sup>5</sup>) qui est aujourd'hui « l'instrument juridique international de référence en matière de lutte contre la corruption<sup>6</sup> ». Cependant, la mise en œuvre du FCPA – hésitante et progressive, même dans le cadre propre aux États-Unis – n'a été possible qu'avec la mise au point et la généralisation de moyens de poursuite efficaces. Nous examinerons ainsi successivement les transformations du FCPA (chapitre I) puis son extraordinaire impact dû à des moyens innovants d'application à grande échelle (chapitre II).

## CHAPITRE I : LES TRANSFORMATIONS DU FCPA

209. Il existait, avant la promulgation du FCPA, de nombreuses lois, dispositions, doctrines et réglementations américaines, certaines à tendance extraterritoriale, destinées à combattre la corruption. Mais celles-ci ne distinguaient pas clairement entre la corruption nationale (*domestic*) et internationale.

Toutefois, le bouleversement des normes juridiques causé par la nouvelle législation est progressif. Il donne lieu à des hésitations et à des amendements, puis, après deux décennies, aboutit – au début du XXI<sup>e</sup> siècle – au corpus législatif, réglementaire et procédural actuel.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Le texte actualisé complet de la convention se trouve sur le site de l'OCDE <http://www.oecd.org/fr/corruption/conventionsurlaluttecontrelacorrupcionagentspublicsetrangersdanslestransactionscommercialesinternationales.htm>.

<sup>6</sup> Breen, Emmanuel, *op. cit.*, p. 26.

## **Section 1. Genèse du FCPA**

210. La législation du FCPA est, à juste titre, connue pour le caractère extraterritorial de ses dispositions destinées à interdire les pots-de-vin. Toutefois, il convient de rappeler que cette criminalisation des pots-de-vin s'applique au départ à un groupe relativement restreint d'individus, les *foreign officials*, et n'est qu'un élément de la législation mise en place à partir de 1977. Un autre aspect, tout aussi important, est l'obligation de publier des informations comptables fiables. Comme le souligne un auteur américain <sup>7</sup>, le FCPA régule la corruption de deux manières : en interdisant la corruption d'agents étrangers et en requérant des sociétés – dont les titres sont encadrés par le *Securities Exchange Act* de 1934 – de mettre en place des normes et des contrôles comptables stricts. En fait, le FCPA puis sa mise en œuvre principalement par le DOJ (*Department of Justice*) et la SEC (*Securities and Exchange Commission*), sont le résultat d'un processus politico-législatif de plusieurs décennies et de compromis qu'il convient maintenant de retracer en privilégiant la vérité historique plutôt que la légende.

### **A. Le scandale du Watergate et la mission spéciale d'Archibald Cox**

211. Pour bien comprendre les circonstances qui ont abouti le 19 décembre 1977 au vote du FCPA par le Congrès, il convient de retracer brièvement l'environnement qui prévaut en Amérique autour de cette époque et les événements liés au scandale du Watergate. Historiens et juristes y voient souvent une réaction puritaine et éthique de l'administration du président Jimmy Carter, au pouvoir depuis le 21 janvier 1977, voulant créer une rupture après les excès de la présidence de Richard Nixon. Certains ont reproché à celui-ci d'avoir créé une « république impériale<sup>8</sup> » mettant en cause notamment l'autonomie du pouvoir judiciaire. Cette version repose sur des faits historiques, mais nous semble simplificatrice.

Il y a une période de plus de cinq ans entre le cambriolage, le 17 août 1972, de l'immeuble du Watergate à Washington DC (où se trouvaient des documents confidentiels du parti démocrate

---

<sup>7</sup> Giudice, Lauren, « *Regulating Corruption: Analyzing Uncertainty in Current Foreign Corrupt Practices Act Environment* », *Boston University Law Review*, vol. 91. p. 347 sqq.

<sup>8</sup> L'expression de « république impériale » (*Imperial Republic*) se retrouve dans le titre de plusieurs articles ou livres, certains remontant à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Le livre du journaliste Gerald Johnson, *The Imperial Republic. Speculation on the Future*, paru en 1972, connaît un grand retentissement aux États-Unis ; une partie de son analyse se trouve reprise dans l'ouvrage de Raymond Aron, paru en France en 1973, *La République impériale : les États-Unis dans le monde*.

opposé à Nixon) par de faux plombiers, en réalité rémunérés par la campagne électorale du président sortant, et la promulgation du FCPA. Le scandale qui porte le nom du lieu du cambriolage révèle alors au public à quel point le gouvernement est corrompu et l'ampleur de la collusion, tant au niveau national qu'international, entre intérêts privés et publics. Le président Nixon, bien que largement réélu en novembre 1972, est contraint de démissionner le 9 août 1974 face à la menace de révocation (*impeachment*) par le Congrès.

Ses successeurs Gerald Ford puis, à partir de janvier 1977, Jimmy Carter, les membres du Congrès, les milieux économiques et financiers et le public en général sont d'accord sur la nécessité de réformer le système politico-économique pour endiguer sa corruption endémique, mais hésitent entre plusieurs solutions. Il nous semble utile de retracer les diverses approches alors envisagées pour montrer que le FCPA est le résultat de compromis, qui d'ailleurs connaîtront des transformations importantes lors des amendements de 1988 et 1998<sup>9</sup>.

212. Il existait dès le début des années 1970, c'est-à-dire durant l'administration Nixon, un mouvement pour restreindre la corruption en particulier des membres du Congrès. Plusieurs parlementaires furent ainsi poursuivis pour violations du *Mail Fraud Act* : John V. Dowdy, élu démocrate du Texas ; Charles C. Diggs Jr., démocrate du Michigan ; James F. Hastings et J. Irving Whalley, tous deux républicains de Pennsylvanie<sup>10</sup>. Mais les peines sont légères ou annulées en appel. L'administration Nixon réussit toutefois à faire condamner deux autres parlementaires : Frank J. Brasco, représentant démocrate de New York (pour avoir perçu une commission sur un contrat de leasing de camions pour la Poste) et Daniel B. Brewster, sénateur démocrate du Maryland (accusé de solliciter des pots-de-vin). Seul Brasco fut emprisonné pour trois mois alors que Brewster dut simplement s'acquitter d'une amende<sup>11</sup>. Bien que ces poursuites, antérieures au scandale du Watergate, dénotent l'attention nouvelle que le DOJ porte à la corruption des parlementaires<sup>12</sup>, l'absence de peines sérieuses renforce l'idée qu'une nouvelle législation assortie de peines sévères est devenue indispensable.

---

<sup>9</sup> Notre analyse historique repose en bonne partie sur l'étude de Mike Koehler, « *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act* », *Ohio State Law Journal*, 929, 2012 ainsi que sur l'étude de Rachel Brewster, « *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy* », *Virginia Law Review*, December 2017, Vol. 103, n° 8 et les chap. 19 et 20, p. 621 sqq. de *Bribes* de John T. Noonan Jr.

<sup>10</sup> D'après Noonan Jr, John T., *op. cit.*, p. 603.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p 604.

<sup>12</sup> *Ibid.*, selon Noonan, « *compared to the past 180 years, the amount of attention to Congressional bribery in the 1970 was remarkable [...] It antedated Watergate [but] sentences continued to be light.* » (Si on compare avec les

213. Le retentissement du scandale du Watergate provient en bonne partie du rôle des médias<sup>13</sup>, mais aussi de la qualité du travail de l'enquête judiciaire menée par Archibald Cox, « procureur spécial indépendant » (*Independant Special Prosecutor*), ancien professeur de Droit à Harvard, nommé en mai 1973 par le nouveau ministre de la Justice, Elliott Richardson. Cette nomination se fait en accord avec le Congrès, alors dominé par les démocrates. Cox dispose donc d'un large mandat et de l'appui de l'opinion publique et des médias. Il est assisté d'une équipe de 37 avocats de premier plan. Les enquêteurs découvrent et révèlent l'ampleur de la corruption, ainsi que ses mécanismes, y compris les sollicitations de contributions à la campagne de réélection du président. Ils dévoilent en particulier les pressions exercées sur de très nombreuses entreprises, notamment celles qui ont besoin de l'appui du gouvernement pour développer leurs activités à l'étranger. Après quelques mois d'enquête, American Airlines, Braniff Airways, Goodyear Tire, Greyhound, 3 M (Minnesota, Mining and Manufacturing), Phillips Petroleum, Northrop Corporation, Gulf Oil Corporation (contrôlée par la famille Mellon, connue pour ses œuvres de philanthropie, mais descendante d'un « baron voleur »), United Brands (dont le président se suicide en 1975 après la découverte de versements illicites au Honduras), Lockheed et bien d'autres entreprises<sup>14</sup> avouent leurs méfaits. De 1972 à 1977, à l'occasion de nombreuses auditions parlementaires et enquêtes sur ce qu'il était convenu de nommer pudiquement le problème des « paiements d'entreprises à l'étranger » (*foreign corporate payments problem*), ont comparu – généralement publiquement – des centaines de hauts fonctionnaires des ministères des Affaires étrangères (*State Department*), de l'Économie (*Treasury Department*), de la Défense (*Defense Department*), de la Justice (*Justice Department*), du Commerce (*Commerce Department*), d'agences spécialisées comme la SEC et de représentants d'organisations professionnelles (dont celle des avocats, *l'American Bar Association*) ainsi que des cadres (*executives*) dirigeant les plus importantes entreprises, des experts et professeurs juristes et économistes. Ainsi se développe un véritable débat national qui remet en cause le rôle des entreprises et la façon dont est menée la politique nationale et internationale du pays<sup>15</sup>.

---

180 dernières années, l'attention portée à la collusion du Congrès dans les années 1970 a été remarquable [...] Elle antedate le Watergate [mais] les condamnations restent légères.)

<sup>13</sup> On peut ici rappeler le rôle joué par les journalistes « d'investigation » du *Washington Post*, Bob Woodward et Bernstein et le fait que les séances de la commission d'enquête parlementaire étaient régulièrement télévisées.

<sup>14</sup> La liste des entreprises impliquées provient de John Noonan, *op. cit.*, p. 629-630.

<sup>15</sup> Voir l'étude de Mike Koehler, « *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act* », *Ohio State Law Journal*, n° 929, 2012. p. 930 *sqq.*

En parallèle avec l'enquête du procureur spécial Cox, un rapport de la SEC est sollicité (*Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*<sup>16</sup>) et plusieurs commissions d'enquête parlementaires s'intéressent à la question. La plus active est la sous-commission présidée par le sénateur Frank Church (*Subcommittee on Multinational Corporations of the Senate Foreign Relations Committee*) qui enquête en particulier sur les opérations transfrontalières des grandes entreprises américaines, actives notamment dans le secteur des transports et de l'extraction minière et pétrolière.

## **B. L'affaire Gulf Oil**

214.Plus spécifiquement, l'enquête sur Gulf Oil ainsi qu'une investigation interne diligentée par la compagnie, montrent qu'au moins depuis 1959 (donc depuis une quinzaine d'années) des « contributions spéciales » étaient versées à des dizaines de parlementaires et hommes politiques, par l'intermédiaire d'une filiale aux Bahamas, d'autres sociétés écrans ainsi que de divers comptes étrangers. Bien que les sommes ainsi canalisées s'élèvent à des millions de dollars, elles ne sont pas détectables sur les comptes audités et publiés de la compagnie dont les titres sont pourtant cotés à la bourse de New York. De leur côté, les parlementaires et les hommes politiques approchés par les différentes commissions ou les journalistes indiquent que les versements se font habituellement en numéraire et qu'ils ne sont pas susceptibles d'être reconnus coupables puisqu'ils n'ont rien promis au moment de recevoir les donations.

Par ailleurs, Gulf exerce des activités industrielles (raffinage, produits chimiques, distribution d'essence) dans le monde entier, en particulier en Corée et en Italie, pays dont les habitudes politiques diffèrent de celles des États-Unis. En Corée avant des élections de 1970, la filiale locale est approchée par l'homme fort du parti politique au pouvoir, S. K. Kim, qui réclame le versement de \$10 millions comme « contribution » (la commission d'enquête dira « rançon ») afin que l'entreprise puisse continuer ses activités. Mis au courant, le directeur général mondial Bob Dorsey approuve le paiement plus la création d'un « fonds spécial » pour un total de trois millions de dollars, justifié selon lui par la rentabilité des activités coréennes de l'entreprise. Le

---

<sup>16</sup> Le rapport final fut publié le 19 mai 1976.

paiement de la « contribution » est effectué via une filiale de Gulf Oil aux Bahamas en plusieurs versements à travers une banque helvétique<sup>17</sup>.

On découvre aussi qu'en Italie Gulf dispose d'un compte spécial, le « fonds noir » (*il Fondo Nero*<sup>18</sup>). Ce fonds – dont le solde « n'est que » de l'ordre de vingt-trois mille dollars – est principalement utilisé pour des « présents » (*omaggi*) à des fonctionnaires de rang moyen ou subalterne afin de les « encourager » à fournir sans délai les autorisations administratives nécessaires pour certaines activités opérées par la marque, par exemple l'homologation de pompes à essence dans les stations-service. La commission d'enquête diligentée par la SEC et le Congrès adopte une position relativement conciliante à l'égard des pratiques italiennes qu'elle qualifie, dans son rapport, de pourboires destinés à « lubrifier la lente machine bureaucratique de petits fonctionnaires qui est une coutume habituelle qui n'implique pas des sommes significatives<sup>19</sup>. » À la suite de toutes ces révélations, quelques politiciens qui avaient bénéficié des largesses de Gulf Oil retournent discrètement le montant des contributions reçues et ne sont pas inquiétés. Toutefois, voulant faire preuve d'autorité, le conseil d'administration de la firme, contrôlé par les membres de la famille Mellon, contraint le directeur général, Dorsey, et quatre autres dirigeants impliqués dans les transactions occultes à démissionner en perdant une partie de leurs droits à la retraite. La seule personne condamnée à de la prison (pour violation du *Bank Secrecy Act*) est William Viglia, un cadre moyen qui effectuait les paiements au nom de la filiale des Bahamas. Cependant, il bénéficie d'une amnistie partielle pour son témoignage et sa peine se limite à un an de détention. L'affaire génère cependant des commentaires négatifs ou ironiques dans la presse<sup>20</sup> et une perte de réputation, au moins temporaire, pour la compagnie, mais sans menacer son existence. En somme, le public se rend compte que la corruption est très répandue et, en pratique, tolérée. Le cas de Gulf Oil, soigneusement examiné par la commission Cox et de nombreux juristes, laisse toutefois présager certaines futures dispositions du FCPA.

Puisque les mesures en vigueur ne permettent pas de réprimer efficacement la corruption, il importe de mettre en place d'autres moyens pour atteindre ce but sans paralyser les entreprises :

---

<sup>17</sup> D'après Noonan Jr, John T., *op. cit.*, p. 638.

<sup>18</sup> *Ibid*, p. 639.

<sup>19</sup> *To lubricate the sluggish machinery of petty bureaucracy [...] is an accepted way of life which did not involve significant sums.* Cité par Noonan Jr, John T., *op. cit.*, p. 639.

<sup>20</sup> *Gulf cleans its slush* (« Gulf nettoie son lubrifiant »), indiquait un article du *Wall Street Journal*, cité par John T. Noonan, Jr, *op. cit.*, p. 641.

obligation pour les sociétés, sous couvert de protection des investisseurs américains, de produire régulièrement des rapports comptables audités afin de détecter les règlements occultes ; interdiction de rétribuer des agents publics étrangers, y compris dirigeants de partis politiques mais tolérance pour les « paiements de facilitation. »

### C. L'affaire Lockheed

215. Si l'affaire Gulf Oil montre les effets pernicieux de la corruption, le cas Lockheed dévoile l'ampleur du problème. Le scandale éclate en 1975. La compagnie dont le siège se trouve à Burbank en Californie est cotée en bourse. Dans les années 1960, elle est la principale équipementière du département de la Défense. Elle incarne donc à l'étranger le complexe militaro-économique américain. Lorsque sa situation financière devient précaire, elle doit sa survie à une garantie de 250 millions de dollars du gouvernement fédéral. Depuis 1933, ses états financiers sont régulièrement certifiés par Arthur Young, l'un des cinq grands cabinets d'audit de la planète. Cependant en 1975, dans le climat de suspicion déclenché par d'autres enquêtes<sup>21</sup>, les auditeurs refusent de certifier les comptes en l'absence de documents qu'ils avaient exigés des principaux dirigeants. En substance, les auditeurs demandaient que les principaux cadres de l'entreprise déclarent par écrit qu'ils n'avaient connaissance d'aucune transaction illicite. On suspecte alors que des versements non permis par les lois ou réglementations en vigueur étaient routinièrement effectués. Le pot aux roses étant découvert, le trésorier de Lockheed se suicide le 24 août 1975 et la SEC, le sous-comité Church ainsi que le comité des affaires bancaires (*Banking Committee*) du Sénat, présidé par William Proxmire, sénateur démocrate du Wisconsin, diligentent des enquêtes.

Le sénateur Proxmire en particulier accuse Lockheed, le lendemain du suicide du trésorier, d'avoir versé de pots-de-vin à l'étranger et le comité de surveillance des garanties fédérales (*Emergency Loan Guarantee Board* ou *ELGB*) présidé par le ministre de l'Économie (*Secretary of the Treasury*), William Simon, d'avoir manqué à ses obligations. L'ELGB ayant pour mission de veiller à l'utilisation des deniers publics et des garanties fédérales, il y a clairement une carence au détriment des contribuables américains ainsi qu'un manque de transparence à l'égard des actionnaires. Proxmire, enclin aux effets théâtraux, accuse publiquement Lockheed d'utiliser la

---

<sup>21</sup> Dont celle sur Northrop, autre équipementier militaire, qui négocia avec la SEC un accord de plaider coupable pour le règlement de commissions illicites qui n'apparaissaient pas dans les états financiers.

garantie de fonds publics pour « contourner les lois d'autres pays » (*to flout the laws of other countries*<sup>22</sup>). Les jours suivants, Lockheed reconnaît avoir, via des intermédiaires, versé des pots-de-vin pour emporter des marchés en Iran, aux Philippines, en Indonésie et en Arabie Saoudite. Pour ce dernier pays, l'intermédiaire principal est – au moins depuis 1967 – Adnan Khashoggi (également utilisé par Northrop et des exportateurs d'armes français) qui reçoit habituellement ses fonds (de l'ordre de 10 % du contrat) dans une société de consulting au Liechtenstein, Triad Financial, d'où il « arrose » les acheteurs des équipements vendus<sup>23</sup>.

Nouveau rebondissement, le 4 février 1976, lorsque le sous-comité Church rend publique la découverte de commissions payées, via un compte auprès du Crédit suisse, à un « agent confidentiel » au Japon, Yoshi Kodama. Les jours suivants, sont aussi révélés une lettre faisant état de versements destinés à un parti et à des hommes politiques en Italie, ainsi que d'autres transferts de fonds suspects vers l'Allemagne, la Suède et les Pays-Bas<sup>24</sup>. Finalement, de nombreuses personnalités internationales sont publiquement compromises dans le scandale Lockheed et poursuivies dans leurs pays d'origine. Sans être exhaustif, citons le prince Bernhard des Pays Bas (inspecteur général de l'Armée et consort de la reine Juliana), des ministres allemands, divers membres (certains anciens ministres) du parti démocrate-chrétien italien, Kakuki Tanaka (ancien premier ministre du Japon) et Hiro Hayama (ancien président de Marubeni). De son côté, la justice américaine met plusieurs décennies à démêler les nombreuses affaires de corruption dont Lockheed est à l'origine. Ainsi, ce n'est qu'en 1995 que la compagnie est l'objet d'amendes pour un total de près de 25 millions de dollars, record pour l'époque. Ces amendes sont prononcées en application de la loi même que le scandale du Watergate, vingt ans plus tôt, a contribué à mettre en place : le *Foreign Corrupt Practices Act*.

## **Section 2. Hésitations et amendements**

Les différents acteurs économiques, les membres du Congrès, les journalistes, les universitaires et le public en général sont bien conscients de la nécessité de réformes, mais ont des intérêts divergents.

---

<sup>22</sup> D'après Noonan Jr, John T., *op. cit.*, p. 658.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 659.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 661-662.



## A. Vers la création d'un consensus : le FCPA de 1977

216. Dans un premier temps, en 1975, la SEC prend l'initiative. Connue des grandes entreprises avec qui elle entretient des relations depuis sa création en 1934, elle est surprise par l'ampleur des scandales révélés. La réaction très négative et quasi unanime de l'opinion, la pression du Congrès et la nécessité d'évaluer l'étendue du problème, la conduisent à demander aux entreprises qui lui sont assujetties (c'est-à-dire les principales sociétés américaines) de déclarer de leur propre initiative – « comme un pénitent va à confesse »<sup>25</sup> – les versements qui pourraient être considérés comme douteux (*questionnable*). Elle indique ainsi indirectement que si une société a commis une erreur ou un oubli, elle sera traitée avec bienveillance. En revanche, si des malversations étaient découvertes après cette sorte de période de grâce, les sanctions que la SEC serait à même de prendre en application du *Securities and Exchange Act* de 1934 seraient plus sévères. La plupart des sociétés répondent favorablement à cette approche conciliante et la SEC reçoit plus de quatre cents « déclarations volontaires » portant sur des versements de plus de trois cents millions de dollars<sup>26</sup>. Le nombre de déclarations reçues et l'ampleur des montants concernés démontrent cependant la nécessité de mettre en place de nouvelles procédures plus rigoureuses pour stopper cette corruption rampante. L'aveu de 177 firmes parmi les *Fortune 500*<sup>27</sup> d'être impliqués dans des versements douteux à l'étranger indique aussi que, pour être efficace, le nouveau système de contrôle de la corruption devra nécessairement inclure un volet international.

Les membres du Congrès se trouvent en situation délicate, tant parce qu'au moins pour certains, ils ont bénéficié du système, que parce qu'ils n'ont pas nécessairement les connaissances techniques pour légiférer sur des sujets complexes. Il leur faut préserver à la fois les intérêts des contribuables, mais aussi ceux des exportateurs américains. La SEC, en revanche, est un organe technique qui dispose d'un personnel qualifié et impartial et qui a la confiance de la majorité du public ; depuis sa fondation, sa mission est de veiller à l'intégrité des marchés. Elle est donc habilitée à vérifier la véracité des informations comptables et financières qui lui sont soumises par les entreprises qui recourent au marché financier. Elle dispose déjà d'un cadre d'inspecteurs

---

<sup>25</sup> L'image est de Noonan Jr, John T., *op. cit.*, p. 674.

<sup>26</sup> Chiffres indiqués par Giudice, Lauren, « *Regulating Corruption: Analyzing Uncertainty in Current Foreign Corrupt Practices Act Enforcement* », *Boston University Law Review*, vol. 91, 2011, p. 351.

<sup>27</sup> La désignation de *Fortune 500* s'applique aux firmes privées ayant le plus important chiffre d'affaires, classées chaque année par le magazine économique *Fortune*. L'expression couvre les principales multinationales.

expérimentés et compétents, et ses statuts lui confèrent des pouvoirs étendus pour enquêter sur les firmes. De plus, administrativement, la SEC peut prononcer des sanctions<sup>28</sup> ou demander au DOJ d'engager des poursuites pénales en cas d'infractions graves ; elle peut en outre faire des recommandations au législateur comme à l'Administration.

217. Durant son audition devant le Sénat en 1976, le président de la SEC, Roderick Hills, présente une typologie des versements pouvant cacher des actes de corruption, qu'il convient de contrôler :

- bonus payés à des employés « réguliers » qui utilisent ensuite les fonds pour divers versements normalement illégaux pour la compagnie, par exemple contributions politiques tant aux États-Unis qu'à l'étranger ;
- utilisation de filiales à l'étranger (*offshore*) pour masquer des paiements illicites ;
- emploi d'actions au porteur dans certaines juridictions pour contrôler des entités qui servent de caisses noires ou pour domicilier des contrats occultes ;
- paiements à des consultants à l'étranger qui ensuite peuvent librement redistribuer les fonds reçus ;
- versements directs à des « officiels » étrangers sous différents prétextes ;
- transferts de fonds à des fonctionnaires, des contractuels ou des consultants avec une documentation comptable insuffisante ne permettant pas de retracer la destination effective des fonds<sup>29</sup>.

Toutes ces formes de corruption peuvent être camouflées sous différentes écritures comptables légitimes en apparence. Il faut donc instituer de nouvelles procédures. Comme l'indique un rapport du Sénat la même année, il est couramment admis que le paiement de pots-de-vin pour influencer des décisions entrepreneuriales corrode le système de la libre entreprise. « La corruption court-circuite l'économie de marché. Lorsque des pots-de-vin sont payés, les marchés vont non à l'entreprise la plus efficace, mais à la plus offrante. C'est une mauvaise allocation de ressources...<sup>30</sup> ».

---

<sup>28</sup> Même si celles-ci sont administratives ou civiles et non pénales, seul le DOJ pouvant engager des poursuites pénales.

<sup>29</sup> D'après Mike Koehler, « *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act* », *Ohio State Law Journal*, 929, 2012. p. 935.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 947.

218. Une inquiétude souvent exprimée au cours des débats, est que si le paiement de pots-de-vin devenait un acte criminel pour les sociétés américaines, celles-ci se trouveraient désavantagées par rapport à leurs concurrentes, en particulier européennes et asiatiques, qui ne se privent pas d'utiliser des méthodes peu éthiques pour gagner des marchés<sup>31</sup>. L'administration du président Gerald Ford (qui a remplacé Richard Nixon après sa démission en août 1974) essaye de trouver une solution de compromis consistant à obliger les sociétés américaines à déclarer tout paiement qui pourrait passer comme corrupteur. Dans le cas des sociétés cotées, la SEC et les journalistes pourraient diffuser l'information, ce qui conduirait à une sorte d'autocensure mais laisserait le champ libre aux entreprises non cotées. De plus, cette approche *name and shame* (« nommer et rendre honteux ») est considérée par les éléments les plus radicaux du Congrès et par la presse spécialisée comme compliquée à mettre en place et peu efficace.

219. L'administration du président Jimmy Carter arrive au pouvoir en janvier 1977 en promettant de rendre plus éthiques les institutions et les pratiques américaines. Elle considère que le passage d'une nouvelle loi est un impératif non seulement moral, mais aussi de politique étrangère, voire de défense nationale, car, en cette période de guerre froide, les pays communistes ont beau jeu de dénoncer les turpitudes du régime capitaliste.

Le sénateur Proxmire introduit alors une proposition de loi criminalisant les actes de corruption et instaurant de nouvelles procédures comptables qui permettent de détecter toute écriture suspecte. Plusieurs membres du Congrès et juristes font valoir que la loi risque d'être inapplicable en l'absence d'une convention internationale ; elle est cependant importante pour l'administration sur le plan politique. Au cours des mois de négociations avec l'appui des experts techniques de la SEC et dans le souci de minimiser les risques de friction avec les juridictions étrangères, le champ d'application extraterritoriale est restreint. En particulier, la définition du bénéficiaire de l'acte de corruption est limitée aux *foreign officials*, terme vague, mais qui exclut les agents d'une entité étrangère dont « les devoirs sont essentiellement administratifs ou bureaucratiques » (*duties are essentially ministerial or clerical*)<sup>32</sup>. Finalement, le 20 décembre 1977, le président Carter promulgue la nouvelle loi et déclare : « Je crois comme le Congrès que

---

<sup>31</sup> Convoqué à une audition au Congrès, le président de Lockheed, Daniel Haughton, est interrogé sur la pratique internationale des pots-de-vin dans son industrie. Il refuse de citer des noms, mais montre à ses interrogateurs une copie du *Sunday Telegraph* de Londres décrivant le ministère français de la Défense comme « le ministère des pots-de-vin ». D'après Noonan Jr, John T., *op. cit.*, p. 659.

<sup>32</sup> D'après Koehler, Mike, *op. cit.*, p. 1010.

la corruption est éthiquement répugnante et contraire à la libre concurrence. Les actes de corruption entre les entreprises et les représentants de l'autorité officielle à l'étranger sapent l'intégrité et la stabilité des gouvernements et nuisent à nos relations avec les autres pays<sup>33</sup>. »

## **B. La période du « chien endormi » (*sleeping dog*)**

220. Pendant plus de deux décennies peu de poursuites sont engagées au titre du FCPA et les pénalités restent relativement faibles. C'est la période parfois nommée du « chien endormi » (*sleeping dog*)<sup>34</sup> : le FCPA est bien présent dans la boîte à outils dont disposent les enquêteurs de la SEC et du DOJ, mais, si l'on reste discret, il ne mord personne.

Les principaux milieux d'affaires – en particulier la Chambre de commerce qui représente l'ensemble des sociétés américaines –, tout en proclamant vouloir combattre la corruption, manifestent continuellement leur opposition à la nouvelle loi. Ils la considèrent comme pénalisante pour les exportateurs, surtout dans certains secteurs sensibles à la concurrence : projets d'infrastructure, aéronautique, transports, défense, exploitation de ressources naturelles, téléphonie. Le DOJ est lent à s'organiser et ses budgets, soumis à l'approbation du Congrès, accordent peu de moyens à l'organisation de poursuites efficaces.

221. Au moment de la promulgation de la loi FCPA en 1977, la SEC dispose déjà des ressources et des moyens techniques et administratifs pour remplir sa mission. Le DOJ, qui pourtant est seul à pouvoir incriminer pénalement, n'a pas de personnel dédié à cette nouvelle tâche et beaucoup parmi ses cadres ne sont pas convaincus, en l'absence d'accords internationaux, de l'applicabilité pratique et doctrinale d'une loi dont l'aspect extraterritorial est manifeste.

La première procédure de poursuite en application du FCPA est instruite par la SEC à l'encontre de Page Airways Inc. et de six de ses dirigeants, dont le président-directeur général (*Chairman and CEO*) James Wilmot. La compagnie, dont l'origine remonte à 1939, est enregistrée auprès de la SEC et ses titres sont négociés sur le marché gré à gré (OTC, *Over the Counter*) de

---

<sup>33</sup> « I share Congress belief that bribery is ethically repugnant and competitively unnecessary. Corrupt practices between corporations and public officials overseas undermine the integrity and stability of governments and harm our relations with other countries. » Cité par Brewster, Rachel, « Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy », *Virginia Law Review*, December 2017, vol. 103, n° 8, p. 1626.

<sup>34</sup> L'expression provient d'un article de Hotchkyss, Carolyn : « *The Sleeping Dog Stirs: New Signs of Life in Efforts to End Corruption in International Business* », *Journal of Public Policy & Marketing*, Spring, 1998, vol. 17, n° 1.

New York. Distributeur mondial exclusif des avions Gulfstream II, fabriqués par la société Grumman, Page Airways assure aussi la maintenance de ces appareils. La compagnie est soupçonnée d'avoir payé des pots-de-vin à des « agents officiels étrangers » (*foreign officials*) pour un total d'au moins \$2,5 millions à l'occasion de contrats d'un montant global de soixante millions de dollars avec des clients au Gabon, en Malaisie, en Côte d'Ivoire, en Arabie Saoudite, au Maroc et en Ouganda entre 1971 et 1978<sup>35</sup>. Cependant, seules les infractions au Gabon – où les pots-de-vin auraient été versés au président Albert Bongo – sont retenues lors de la procédure d'enquête (les pots-de-vin dans les autres juridictions ayant été négociés avant la promulgation du FCPA). Les poursuites se terminent par un accord (*consent agreement*) entre la SEC et les accusés, signé et enregistré le 8 avril 1978<sup>36</sup>. La société, « sans admettre ou rejeter les accusations » (*without admitting or denying the charges*), s'engage à réformer ses pratiques commerciales et à respecter scrupuleusement ses obligations comptables et, pour ce faire, à engager un « moniteur indépendant » (*independent monitor*). Il n'y a en revanche pas d'amende pécuniaire et les poursuites contre les dirigeants mis en cause sont suspendues. L'accord, rendu public, crée un précédent : il montre la vigilance des autorités, au moins de la SEC, et décourage donc le recours à la corruption, mais permet, lorsque la société en infraction coopère, de régler en quelques mois le dossier sans reconnaissance de culpabilité, sans poursuites des dirigeants et, dans ce premier cas, sans même de pénalité financière.

222. Le premier cas instruit par le DOJ est celui de Kenny International Corporation<sup>37</sup>, une entreprise qui détient un contrat exclusif de distribution aux philatélistes des timbres-poste émis par les îles Cook, petit État de l'océan Pacifique associé à la Nouvelle-Zélande. La société, dans un accord de « plaider coupable » (*guilty plea*) enregistré en août 1979, reconnaît avoir financé illégalement, à hauteur de \$347 110, la campagne électorale de Sir Albert Henry, chef du gouvernement des îles Cook, et son parti, pour leur permettre de gagner frauduleusement les élections locales de 1978. Par la suite, les élections seront annulées et Kenny sera aussi condamné en Nouvelle-Zélande. Dans son accord de plaider coupable avec le DOJ, la compagnie s'engage à

---

<sup>35</sup> *Ibid.* Les archives de la SEC précisent qu'Airways vendait des avions Gulfstream II « en faisant des versements directement aux gouvernements étrangers [...] ainsi que d'autres » (*by directly making payments to foreign governments [officials] [...] and [made] other corrupt, illegal, improper or unaccountable payments*).

<sup>36</sup> Voir <https://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=503>.

<sup>37</sup> Voir <https://fcpaprofessor.com/category> ainsi que le portail du FCPA Clearinghouse, <https://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=435>

changer ses pratiques et à régler une amende pénale \$50 000. Ce cas montre certes que le DOJ est en mesure de faire appliquer le FCPA, mais aussi qu'à cette époque on se limite à poursuivre quelques affaires plus ou moins exotiques alors que les grandes entreprises dont les pratiques avaient été mises à jour par les travaux des commissions Cox et Church ne sont, pour le moment, pas inquiétées.

L'administration du président Carter qui bien vite a d'autres priorités<sup>38</sup> ne souhaite pas s'attirer davantage de critiques. C'est pourquoi lorsqu'il arrive au pouvoir en 1981, le président Ronald Reagan commande aussitôt une étude au *General Accounting Office (GAO)*<sup>39</sup> afin d'évaluer les effets du FCPA sur le commerce extérieur des États-Unis. Plus de 55 % des sociétés interrogées estiment que les rapports et comptes rendus devenus obligatoires en application du FCPA génèrent des coûts supplémentaires, réduisant ainsi leur compétitivité. Plus de 30 % des entreprises consultées estiment avoir perdu des marchés internationaux à cause des nouvelles dispositions<sup>40</sup>. Plutôt que de chercher à annuler le FCPA, ce qui serait politiquement délicat, les administrations Reagan et George H. W. Bush décident simplement de ne pas donner au DOJ les moyens financiers et humains qui seraient nécessaires pour accomplir sa mission.

223. Les quelques enquêtes lancées par le DOJ ou la SEC se règlent habituellement à l'amiable, hors procès, par des amendes modérées d'un montant moyen inférieur à dix millions de dollars par cas. Les peines de prison sont rares, la première n'est prononcée qu'en 1994. De 1977 à 2001, seules 21 personnes morales et 26 personnes physiques sont sanctionnées au titre du FCPA<sup>41</sup>, soit moins de deux cas par an en moyenne. Durant toute cette première phase de son existence, le FCPA est bien « un chien endormi »<sup>42</sup>.

Pourtant la loi continue d'avoir ses défenseurs parmi les parlementaires, les universitaires, les commissaires de la SEC, les fonctionnaires du DOJ, mais aussi les fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères (*State Department*) et celui du Commerce extérieur (*Commerce Department*). Vers la fin des années 1980, certaines grandes sociétés comme General Electric,

---

<sup>38</sup> Notamment la crise avec l'Iran, la hausse du prix de pétrole et une inflation record de 12 % la dernière année de son mandat.

<sup>39</sup> Agence indépendante de l'administration qui prépare des études économiques et financières à la demande des différentes branches du gouvernement. Le GAO peut jouer un rôle comparable à celui de la Cour des comptes en France.

<sup>40</sup> D'après Brewster, Rachel, *op. cit.* p. 2016.

<sup>41</sup> D'après Breen, Emmanuel, *op. cit.*, p. 22.

<sup>42</sup> L'expression est aussi reprise par Brewster, Rachel, *op. cit.*, p. 2017.

Boeing et Merck – qui prônent une concurrence internationale transparente et ouverte plutôt qu’une course aux pots-de-vin – militent activement en faveur d’une sorte de code de conduite des entreprises exportatrices, notamment auprès de la Chambre de Commerce Internationale (*International Chamber of Commerce*). Vers la même époque, les représentants des États-Unis au sein des organisations financières internationales – et en particulier à la Banque Mondiale dont le président est américain –, deviennent de moins en moins tolérants envers ces pratiques, courantes dans certains pays. En 1995, James Wolfensohn<sup>43</sup>, le président de la Banque Mondiale, annonce une tolérance zéro envers les actes de corruption et de nouveaux mécanismes de contrôle pour l’octroi de prêts au développement. Conscients du problème, les parlementaires et les fonctionnaires américains s’efforcent de rendre la législation plus facile à appliquer et à accepter pour les juridictions étrangères. Il est bien sûr souhaitable d’en faire des partenaires à la fois pour pouvoir mener des enquêtes efficaces et pour arriver à un système de concurrence internationale équitable (*a level playing field*). Deux amendements à la loi sont ainsi votés, en 1988 et 1998, et un effort diplomatique à grande échelle est engagé.

### C. Les amendements de 1988 et 1998

224. L’amendement de 1988 est en fait un appendice à la loi-cadre (*omnibus bill*) sur le commerce international et la compétitivité (*Trade and Competitiveness Act*). Il précise certaines dispositions de la loi initiale. Il introduit un critère de connaissance ou d’intentionnalité (*knowing requirement*) : pour être criminel, l’acte de corruption – qui peut n’être qu’une simple proposition – doit être accompli en connaissance de cause, c’est-à-dire de façon intentionnelle, par le corrupteur. L’amendement introduit aussi deux exceptions (*affirmative defenses*) lorsqu’un versement (ou une faveur) est expressément autorisé par une loi du pays du bénéficiaire ou lorsque des paiements couvrent des dépenses légitimes (*bona fide expenses*), par exemple les frais de voyage d’acheteurs potentiels en visite dans une usine américaine. En revanche, la réforme précise aussi les notions de *willful blindness* (aveuglement volontaire) et *conscious avoidance* (évitement intentionnel), termes que l’on retrouve dans la jurisprudence, et qui ne sont donc plus des arguments de défense recevables.

---

<sup>43</sup> Giudice, Lauren, « *Regulating Corruption: Analyzing Uncertainty in Current Foreign Corrupt Practices Act Environment* », *Boston University Law Review*, vol. 91. p. 347 sqq.

225. L'amendement de 1998 consacre la portée internationale de la loi « tout à la fois en posant le principe d'application extraterritorial [pour les nationaux américains (*domestic concerns*) et les émetteurs sur les marchés financiers américains (*issuers*)] et en créant une troisième catégorie [d'assujettis] destinée spécifiquement à saisir les sociétés étrangères <sup>44</sup> ». Il a aussi pour objectif d'aligner le texte du FCPA avec les dispositions de la convention de l'OCDE, signée l'année précédente, à la négociation de laquelle les diplomates américains ont pris une part active. Comme l'indique Emmanuel Breen, en se référant au président du groupe de travail de l'OCDE de 1990 à 2014, Mark Pieth, et à sa collaboratrice Juliette Lalieur : « il aura fallu que la diplomatie américaine mette tout son poids dans la balance pour faire aboutir<sup>45</sup>. » Ainsi les dispositions du FCPA et celles de la convention OCDE sont pratiquement identiques, ce qui crée bien, dans la mesure où la convention est appliquée, un terrain de concurrence internationale équitable, le tant souhaité *level playing field*. C'est cette « résonance internationale<sup>46</sup> » qui, selon Rachel Brewster, donne sa légitimité et sa force au FCPA.

226. Mais les deux décennies « de chien endormi » ont aussi créé pour les entreprises américaines un avantage dont on ne se rendra compte que postérieurement. Cette période leur a permis de se familiariser avec les exigences comptables et autres du FCPA ; elles ont en quelque sorte démarré leur apprentissage avant les autres. Durant toute cette phase, les enquêteurs du DOJ et de la SEC ne se préoccupent que des nationaux et des sociétés américaines ; les entreprises non américaines, même si elles ont des activités aux États-Unis ou lèvent des fonds sur ses marchés, ne sont pas inquiétées, à l'exception de la société italienne Montedison qui règle, sans admettre sa culpabilité, en 2001 une amende de \$300 000 à la SEC<sup>47</sup>.

Ainsi, lorsque les enquêteurs du DOJ et de la SEC deviennent, à partir de 2003<sup>48</sup>, plus sévères avec l'ensemble des sociétés qu'ils contrôlent, les Américaines sont mieux préparées à répondre aux demandes des enquêteurs et moins surprises par l'aspect parfois très inquisitif de leurs exigences. C'est, à notre avis, l'une des raisons pour lesquelles les sociétés européennes, françaises en particulier, ont été contraintes par les régulateurs américains de verser des amendes

---

<sup>44</sup> Breen, Emmanuel, *op. cit.* p. 32.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>46</sup> Le titre du rapport déjà cité de Brewster, Rachel est « *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy* ».

<sup>47</sup> Voir le communiqué de presse de la SEC, <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr16948.htm>.

<sup>48</sup> La première enquête sur une société étrangère pour infraction au FCPA concerne le cas du Norvégien Statoil qui se soldera par un DPA en 2006.



qui peuvent paraître proportionnellement plus élevées que les entreprises américaines. Nous y reviendrons.

On a ainsi vu que le FCPA a subi, depuis sa version initiale en 1977 jusqu'à sa forme actuelle, plusieurs transformations. La version quasiment définitive étant celle qui résulte de l'amendement de 1998, nous en décrivons maintenant les principales caractéristiques.

### **Section 3. Le FCPA : définitions et mode d'emploi**

227. Le FCPA marque à la fois le début d'une nouvelle phase dans la lutte contre la corruption transnationale et sert de modèle à d'autres législations nationales, en particulier dans le cas français, à la loi *Sapin 2* de décembre 2016. Il convient de garder à l'esprit les deux moyens par lesquels le FCPA s'efforce de contrôler la corruption :

a) Sur le plan comptable la nouvelle loi est une extension du *Securities Act* de 1934 : elle exige la mise en place, par les émetteurs, d'un nouveau plan comptable et de mécanismes de contrôle interne destinés à détecter de possibles actes de corruption. C'est la SEC, qui dispose d'un pouvoir administratif et réglementaire, qui est chargée de la mise en place et des poursuites de ce premier volet.

b) Sur le plan juridique, le FCPA criminalise des actes de corruption auprès d'agents publics étrangers (*foreign officials*). C'est le département de la Justice (DOJ), seul habilité à engager des poursuites pénales, qui est chargé de la mise en place et des poursuites de ce second volet.

Plusieurs ouvrages<sup>49</sup> présentent des analyses détaillées du FCPA. La SEC et le DOJ ont aussi publié un guide pratique (*A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*<sup>50</sup>) dont la deuxième édition est parue en juillet 2020. Ce guide, émaillé d'exemples réels et écrit en un

---

<sup>49</sup> En particulier le livre d'Emmanuel Breen, *FCPA, la France face au droit américain de la lutte anticorruption*, qui inclut le texte américain et une traduction en français.

<sup>50</sup> Disponible sur les portails de la SEC ou du DOJ, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1306671/download>.

anglais non juridique, montre bien l'usage que les autorités américaines entendent faire de la loi contre la corruption<sup>51</sup>.

Dans le cadre de notre étude, nous soulignerons quelques aspects qui peuvent paraître curieux au juriste de culture française et examinerons plus particulièrement la définition des infractions, leurs auteurs possibles, les sanctions et la prévention ainsi que les limites d'application.

## A. Différences avec le droit français

228. Une différence primordiale entre le FCPA et les législations équivalentes dans d'autres juridictions est que la loi américaine s'applique aussi bien aux personnes physiques que morales. C'est une différence logique puisque nous avons vu que, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, le droit américain reconnaît la responsabilité pénale des sociétés<sup>52</sup>. Ainsi, sur un même dossier, une ou des personnes morales peuvent être mises en accusation en même temps que des personnes naturelles, généralement les dirigeants des entreprises mises en cause ou les individus (complices) ayant servi d'intermédiaires dans l'accomplissement d'actes frauduleux. Les poursuites peuvent être concomitantes, mais il est fréquent que les individus compromis fassent l'objet de poursuites postérieurement à la résolution du contentieux avec la personne morale ; ils sont dans ce cas l'objet d'une présomption de culpabilité en vertu de la doctrine dite *respondeat superior*. Selon cette doctrine, la firme assume la responsabilité des actes effectués par ses dirigeants, ses employés, agents ou représentants qui restent coresponsables. Par ailleurs, le droit américain admet généralement le cumul des griefs et les personnes physiques ou morales sont souvent, au cours d'une même procédure, mises en examen pour violation de plusieurs lois en plus du FCPA (fraude postale, blanchiment, atteinte à l'intégrité des marchés, etc.)

Le FCPA ne réprime que la corruption active de l'agent public étranger (non américain). Il ne se préoccupe pas de la corruption passive qui réprime la personne qui reçoit (ou sollicite) le pot-de-vin ou autre bénéfice, à la différence du droit français<sup>53</sup>. En droit américain, la corruption est un acte unilatéral qui n'implique pas un marché, même tacite, entre parties. Une personne toutefois qui utilise sa position pour solliciter un quelconque avantage peut être poursuivie, selon

---

<sup>51</sup> Pour une analyse du guide FCPA, voir Perez, Michel & Amouzou, Kossi, « Mode d'emploi : le guide FCPA », *Revue Banque et Droit*, n° 195, janvier-février 2021, p. 11.

<sup>52</sup> Voir ci-dessus, Chapitre 2, la section sur la responsabilité pénale de l'entreprise.

<sup>53</sup> Articles 435-1 et 435-2 du code pénal.

les circonstances, à d'autres titres comme la fraude (*fraud*), le détournement de fonds (*embezzlement*) ou le blanchiment (*money laundering*) à condition qu'elle se trouve sous juridiction américaine.

Un autre aspect distinctif concerne la définition des actes criminels et la charge de la preuve. Le FCPA n'est pas concerné par la corruption passive ou la corruption d'agents du secteur privé, même si ceux-ci pourraient être poursuivis pour d'autres griefs (complicité, utilisation de moyens de communication reliés aux États-Unis, autres types de fraude). Cependant le terme d'« agent public étranger » (*public foreign official*) englobe un groupe de personnes très large et ne se limite pas aux fonctionnaires. Comme nous le préciserons, en droit américain, la définition d'agent du secteur public, affinée par une jurisprudence abondante, est fort étendue<sup>54</sup>.

229. La charge de la preuve est beaucoup moins exigeante qu'en droit européen pour deux raisons : d'abord, le juge américain accorde au représentant du pouvoir exécutif (l'enquêteur ou le procureur) une présomption de compétence ; ensuite parce que, dans le cadre du FCPA, il suffit d'établir l'intention de frauder. Une fois que la connaissance (*knowledge*) du stratagème de fraude par une ou plusieurs personnes est démontrée, l'infraction est établie. Que la fraude ait effectivement eu lieu et que l'agent corrompu ait ou non tiré un bénéfice de l'acte de corruption n'ont pas à être établis. Pour reprendre l'analyse d'Emmanuel Breen : « Le FCPA, par souci d'efficacité répressive, pose un principe de renversement de la charge de la preuve de l'intention frauduleuse dans tous les cas où le contexte indique une “forte probabilité” de destination frauduleuse<sup>55</sup>. » Le droit américain admet la responsabilité pour compte de tiers et rejette les excuses d'ignorance ou d'« aveuglement délibéré » (*willful blindness*) si les faits sont établis. Le cadre d'entreprise américain a l'obligation de s'informer sur le fonctionnement de l'entité où il travaille et sur les tâches accomplies par ses équipes mais aussi par des tiers tels ses fournisseurs et clients. S'il est défaillant ou a tendance à « fermer les yeux », le juge y verra une circonstance aggravante. « En présence d'une forte probabilité de versement illicite par un intermédiaire, le responsable d'entreprise est censé connaître ce fait et la charge de la preuve est renversée : c'est à lui de faire la preuve qu'il ne connaissait pas la destination illicite du paiement<sup>56</sup>. »

---

<sup>54</sup> Voir Breen, Emmanuel, *op. cit.*, p. 65 *sqq.*

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 46.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 59.

230. Pour illustrer ce point, les instructions données au jury par le juge<sup>57</sup> qui présidait, en 1998, le procès *US vs David Mead* sont significatives : « L'élément de la connaissance peut être satisfait par les déductions que vous pourrez faire si vous constatez que le défendeur a délibérément fermé les yeux sur ce qu'il aurait sinon aperçu de manière évidente. Lorsque la connaissance de l'existence d'un fait spécifique est un élément constitutif d'une infraction, cette connaissance peut être établie dès lors qu'une personne est consciente de la forte probabilité de son existence et s'abstient ensuite d'agir pour déterminer si ce fait est avéré ou non. [...] La connaissance d'un fait par un défendeur peut être déduite d'un refus volontaire (*willful blindness*) de prendre connaissance ou de s'informer d'éléments susceptibles d'indiquer qu'il y avait une forte probabilité que la transaction ou le paiement avait quelque chose d'interdit ou d'illégal<sup>58</sup>. »

## **B. La définition des infractions, les « défenses affirmatives » et les exceptions**

231. L'interdiction de corrompre des agents publics étrangers est répétée plusieurs fois dans le texte du FCPA. La corruption y est définie de façon très large. La loi, comme la jurisprudence, indiquent que la contrepartie peut être n'importe quelle « chose de valeur », ce qui permet d'inclure de nombreux éléments. La détermination de l'existence ou non de preuves de corruption laisse ainsi une certaine flexibilité au juge ou au procureur et à leur interprétation de la jurisprudence. L'acte constitutif de l'infraction (« le versement, cadeau, offre [de versement] ou promesse de toute chose de valeur » [*the payment, gift, offer or promise of anything of value*]) est défini de façon extensive. On note toutefois que la connaissance (*knowledge*), l'intention de corrompre de la part du corrupteur est un élément constitutif nécessaire.

La notion d'influence corruptrice est elle aussi très ouverte :

- influencer un agent public étranger pour qu'il effectue ou s'abstienne d'effectuer un acte ou pour qu'il prenne ou non une décision dans l'exercice de ses fonctions ;
- l'inciter à accomplir ou s'abstenir d'accomplir tout acte en violation de ses obligations juridiques ou de bénéficier de tout avantage indu ;

---

<sup>57</sup> D'après le code de procédure fédéral, lors d'un procès, le juge doit rappeler au jury avant qu'il ne délibère les faits discutés durant les audiences et lui donner des instructions sur les critères à utiliser lors de la délibération afin de répondre aux questions posées.

<sup>58</sup> *US vs David H. Mead and Frerik Pluimers*, CR n° 98-240-01, D.N.J. 1988. Cité et traduit en français par Emmanuel Breen, *op. cit.* p. 60.

- inciter ledit agent public à exercer son influence auprès d'une autorité publique ou parapublique étrangère pour affecter ou influencer l'un quelconque des actes ou décisions de ladite autorité<sup>59</sup>.

De plus, les organes cibles ou complices de la corruption ne sont pas seulement les agents publics eux-mêmes, mais les autorités publiques ou parapubliques étrangères ainsi que tout parti politique étranger, tout responsable d'un tel parti ou tout candidat à un poste politique étranger. En incluant les entreprises publiques et parapubliques ainsi que les partis politiques et leurs membres et les candidats à des postes politiques, l'intention du législateur est clairement d'établir un filet très ouvert qui peut attraper toute personne ayant une fonction de responsabilité à l'étranger. La loi et son interprétation laissent ainsi une large marge de manœuvre aux enquêteurs, procureurs et magistrats.

232. La notion de « chose de valeur » en particulier, au fil de la jurisprudence, est devenue un concept très vaste. Le guide FCPA, dans son édition de 2020, indique<sup>60</sup> qu'il serait difficile d'envisager un scénario selon lequel la SEC ou le DOJ conduirait des poursuites uniquement sur la base de paiements pour des « tasses de café, des courses en taxi ou des articles publicitaires de valeur nominale<sup>61</sup> », mais que les autorités se réservent le droit de poursuivre ou non une enquête, non pas en fonction de la valeur monétaire des possibles actes de corruption, mais en fonction des indices de ce qu'elles estiment être l'intention corruptrice (*corrupt intent*) de la personne mise en cause. Autrement dit, l'accumulation de « petits » actes de corruption peut constituer le délit. Le guide précise que les frais de voyage doivent être raisonnables et justifiés : il cite des cas de poursuite à l'encontre de sociétés de télécommunication, américaines ou suédoises, qui invitaient aux États-Unis des cadres chinois à des « séminaires de formation », mais dont les programmes incluaient davantage de visites touristiques que de séances de travail.

233. De même, les donations par des sociétés à des œuvres de charité peuvent constituer une infraction au FCPA si elles créent un « avantage indu ». Le guide FCPA cite le cas d'une grande société pharmaceutique<sup>62</sup> qui dut consentir à une amende de \$500 000 et au changement de ses méthodes de contrôle comptable. Sa filiale, en Autriche, contribuait à un fonds régional pour la

---

<sup>59</sup> Voir la traduction des principales clauses du FCPA dans Breen, Emmanuel, *op. cit.* p. 185 sqq.

<sup>60</sup> *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, p. 14

<sup>61</sup> « *Cups of coffee, taxi fare or company promotional items of nominal value.* »

<sup>62</sup> *SEC vs Schering-Plough Corp, case 04-cv-945* du 9 juin 2004.

renovation de monuments historiques. Or l'enquête avait établi que le président d'honneur du fonds de rénovation était le ministre régional de la Santé et que les contributions pouvaient être considérées comme des pots-de-vin (*bribes*) au sens du FCPA. Le guide recommande ainsi que les sociétés, en plus des obligations de vigilance habituelles, étudient cinq questions avant toute participation charitable :

- Quel est l'objectif (*purpose*) de la contribution ?
- La contribution envisagée cadre-t-elle bien avec les lignes directrices (*internal guideline*) écrites de l'entreprise concernant les donations ?
- La contribution est-elle envisagée à la demande d'un agent public étranger ?
- La contribution est-elle destinée à une organisation charitable à laquelle un agent public étranger est associé ? Le cas échéant, cet agent public peut-il être amené à prendre des décisions qui affectent l'entreprise donatrice ?
- La contribution implique-t-elle réception d'un bénéfice quelconque pour le donateur ?

234. Un autre exemple de l'interprétation étendue de la notion de « chose de valeur » est ce que la presse a appelé le cas des *princelings*<sup>63</sup>. Ce terme désigne les fils et filles de dirigeants chinois à qui étaient offerts des internats ou des emplois prestigieux au-dessus de leurs qualifications à Hong Kong ou aux États-Unis. Les enquêteurs de la SEC et de la DOJ reprochent à au moins six banques d'avoir systématiquement recours à de telles pratiques de recrutement qu'ils considèrent comme une violation du FCPA : JP Morgan Chase, HSBC, Goldman Sachs, Deutsche Bank, Citigroup et Morgan Stanley. Les enquêtes établissent que les *princelings* ont contribué, au moins indirectement, à la conclusion d'opérations commerciales au bénéfice des institutions qui leur ont offert un emploi. Les banques américaines et européennes considérées comme coupables d'infractions au FCPA sont alors contraintes à des accords avec la SEC et le DOJ. Ainsi JP Morgan Chase, aux termes d'un accord avec le DOJ, accepte de changer ses méthodes de recrutement et de se séparer des membres de son personnel impliqués dans les pratiques mises en cause. La banque en outre est contrainte de régler des amendes et pénalités s'élevant à \$ 264 millions (\$130 millions à la SEC, \$72 millions au DOJ et \$61,9 à la Federal Reserve). Leslie Caldwell, ministre adjointe de la Justice, ne laisse aucun doute sur l'interprétation des autorités : « Accorder

---

<sup>63</sup> Voir par exemple l'article de Lynch, David, Hughes, Jennifer & Martin, Arnold, « *JP Morgan to pay 264m penalty for hiring "princelings"* », *Financial Times*, 17 novembre 2016.

des emplois prestigieux à des individus non qualifiés dans le but d'influencer des agents publics étrangers est de la corruption pure et simple<sup>64</sup>. »

235.Par ailleurs, le FCPA couvre aussi des « règles comptables et de maintien des livres » (*accounting and record keeping provisions*) exigeant des entités concernées une tenue et une mise à jour de leur comptabilité selon un plan préétabli permettant les contrôles. Ces exigences seront d'ailleurs renforcées par le *Sarbanes Oxley Act* (SOX), voté en 2002 à la suite de la faillite frauduleuse d'Enron. Ainsi, des poursuites pour manquement aux exigences du FCPA peuvent être engagées aussi bien pour fait de corruption (tels que défini par la loi) que pour manquement aux règles de comptabilité.

236.Il existe toutefois quelques cas où l'interdiction de corrompre ne s'applique pas. Bien que la définition du crime de corruption d'agent public étranger soit très ouverte, le législateur américain admet deux « moyens de défense affirmatifs » (*affirmative defenses*) et une exception qui est constituée par les « paiements de facilitation » (*facilitation payments*, parfois appelés *grease payments* c'est-à-dire « paiements graisseux »).

Les moyens de défense affirmatifs sont des moyens de défense exonérateurs en droit américain<sup>65</sup>, mais il revient au défendeur de prouver leur applicabilité. Le premier moyen, la *local law defense*, provient de l'existence d'une loi dans le pays du récepteur de l'acte de corruption qui autorise expressément le paiement ou l'octroi d'une « chose de valeur ». Cette disposition, vraisemblablement adoptée pour éviter les conflits avec d'autres juridictions, est très théorique. Elle ne couvre pas des coutumes ou des pratiques en vigueur. Le texte du FCPA indique que la loi étrangère doit spécifiquement autoriser le paiement ou le don de la chose de valeur et l'on voit mal un État promulguant une loi qui autorise spécifiquement des actes qui seraient par ailleurs considérés comme corrompus.

Le deuxième moyen, le *reasonable and bona fide expenditures* (« dépenses raisonnables et de bonne foi »), a davantage d'applications pratiques. En effet, la loi et la jurisprudence admettent que l'entreprise qui cherche à gagner des marchés étrangers ait des dépenses et frais légitimes. Sont ainsi considérés comme légitimes des frais de voyage raisonnables permettant à des agents

---

<sup>64</sup> « *Awarding prestigious employment opportunities to unqualified individuals in order to influence government officials is corruption, plain and simple* », *ibid.*

<sup>65</sup> Breen, Emmanuel, *op. cit.*, p. 21.

publics étrangers de visiter une usine aux États-Unis dont ils pourraient acheter les produits ou de participer à des programmes de formation (par exemple dans le cas de pilotes). Il importe toutefois que ces dépenses soient comptabilisées clairement et – en cas de litige avec le DOJ ou la SEC –, comme il s’agit d’un moyen de défense affirmatif, c’est à l’entreprise qu’il reviendra de convaincre le juge du bien-fondé (*bona fide*) des dépenses.

237. L’exception à la qualification d’acte de corruption est constituée par les « paiements de facilitation ». Le problème est qu’il n’y a pas de définition précise juridiquement établie de ce qui constitue un paiement de facilitation<sup>66</sup>. Les autorités américaines, DOJ et SEC, ont généralement une interprétation étroite et ont parfois poursuivi avec succès des infractions provenant de ce que les entreprises considéraient comme des paiements de facilitation<sup>67</sup>. La question avait été soulevée lors des débats qui ont précédé le vote du FCPA. À titre d’exemple, pour pouvoir opérer des stations-service en Italie, chaque pompe à essence doit avoir un certificat d’homologation. Comme dans ce cas, il apparaît que pour pouvoir fonctionner normalement dans de nombreux marchés étrangers, les sociétés ont régulièrement besoin d’autorisations, licences ou permis divers de routine délivrés par les autorités locales. Or, en pratique, ces autorisations ne sont émises que si la société a certaines « considérations » pour les détenteurs de l’autorité publique locale. Ceux-ci, pratiquement selon leur bon vouloir, peuvent bloquer indéfiniment, ou sévèrement ralentir, le processus.

Si le concept de la nécessité du paiement de facilitation se comprend facilement, sa formulation a évolué. Ainsi dans la version 1977 du FCPA, il est question de « *payments to non-US officials who perform duties essentially ministerial or clerical* » (paiements à des agents publics non américains dont les obligations sont essentiellement administratives ou bureaucratiques). Dans la version toujours en vigueur de 1988<sup>68</sup>, l’exception s’applique « pour des paiements dont le but est de faciliter ou accélérer une action routinière des pouvoirs publics qui n’implique pas un acte discrétionnaire » (*for facilitating or expediting payments made to further a routine governmental action that involves a non discretionary act*). Autrement dit, le paiement ne peut concerner que

---

<sup>66</sup> Voir Fox, Thomas, *The Problems with Facilitation Payments*, FCPA Compliance Report, November 20, 2019. <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-problems-with-facilitation-payments-58502/>

<sup>67</sup> *Ibid.* : « *In the U.S., enforcement agencies have taken a narrow view of the exception and have successfully prosecuted FCPA violations stemming from payments that could arguably be considered permissible facilitation payments.* »

<sup>68</sup> 15 USC § 78 dd-1-b.



des actes routiniers que l'agent public peut accélérer, mais sur lesquels il n'a pas de pouvoir décisionnaire. Il est aussi précisé que l'obtention d'un nouveau contrat ou le renouvellement d'un contrat ne sont jamais considérés comme des actes gouvernementaux routiniers<sup>69</sup>.

238. La jurisprudence donne quelques indications sur la mise en œuvre des défenses affirmatives et de l'exception envisagées dans le FCPA. Ainsi dans une affaire – *US vs Pou, Duran and Guasch*<sup>70</sup> – jugée par le tribunal régional fédéral du sud de la Floride en 1990, trois individus sont accusés d'actes de corruption en République dominicaine où ils s'étaient rendus pour prendre possession d'un avion séquestré par les autorités dominicaines sur le soupçon, non fondé, d'avoir été utilisé pour un trafic de stupéfiants. Deux des prévenus qui avaient monté l'opération sont condamnés cependant que le troisième, Alfredo G. Duran, est acquitté. Il avait versé, en République dominicaine, une gratification de \$15 000 pour obtenir auprès des autorités d'un aéroport local la permission de décollage de l'avion. Avant de verser la somme qui lui était demandée, le pilote avait obtenu l'assurance orale de fonctionnaires locaux de rang moyen que les charges contre lui ou l'avion n'étaient pas fondées. Le juge a estimé que, dans ce cas, le versement était bien un paiement de facilitation.

Dans une autre affaire, en 1997, la société Triton Energy Corporation<sup>71</sup> qui a des activités en Indonésie est l'objet d'une enquête de la SEC pour des versements d'environ \$1 000 par mois faits à des employés subalternes de la compagnie locale, contrôlée par l'État, de distribution de produits pétroliers qui assurent l'approvisionnement. La SEC ne conteste pas qu'il s'agit de paiements de facilitation, mais reproche à la société de ne pas les avoir comptabilisés correctement (*violation of FCPA accounting and recordkeeping provisions*). Le dossier se solde par une *injonction* – sorte de mise en demeure – à Triton de rectifier sa comptabilité et une amende administrative de \$50 000.

Si, dans des cas limites, l'exception de paiement de facilitation peut être invoquée, enquêteurs et tribunaux demeurent très circonspects. Dans une affaire *US vs Kay*<sup>72</sup> plaidée devant

---

<sup>69</sup> « *The awarding of new business or the renewal of contracts is never considered routine governmental action* », *ibid.*

<sup>70</sup> Site FCPA Professor, <https://fcpprofessor.com/an-important-fcpa-case-youve-likely-never-heard-about/>.

<sup>71</sup> « *The Problems with facilitation payments* », cas cité sur le blog [fcpacompliancereport.com](https://fcpacompliancereport.com), publié le 20 novembre 2019.

<sup>72</sup> *US vs Kay*, 359 F3d78, 2004, 5<sup>th</sup> Circuit: « *A brief review of the types of routine governmental actions enumerated by Congress shows how limited Congress wanted to make the grease exceptions. Routine governmental action for instance includes « obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a*

la cour régionale fédérale du district sud du Texas, le tribunal fait une analyse détaillée des textes et des discussions en commission parlementaire lors des débats sur le FCPA pour décrypter les intentions du Congrès et conclut à une interprétation étroite de l'exception : « Une brève revue des types d'actions routinières gouvernementales énumérées par le Congrès montre à quel point le Congrès voulait limiter l'exception de paiement de facilitation [...] L'action routinière gouvernementale n'inclut pas l'obtention de tout document officiel ou l'agencement de toute rencontre, mais seulement (1) lorsque la documentation concerne une personne ayant une relation régulière d'affaires (*to do business*) et (2) pour agencer une inspection – catégories très étroites concernant des activités non discrétionnaires, essentiellement bureaucratiques accomplies par des fonctionnaires de pays étrangers qui sont de niveau moyen ou subalterne.<sup>73</sup> »

239. La notion de paiement de facilitation est de plus en plus discréditée, d'autant plus que – à partir de 2010 – la nouvelle législation britannique, *UK Bribery Act*, ne prévoit pas cette exception. En 2012, le DOJ publie des lignes directrices concernant le FCPA (*FCPA Guidance*<sup>74</sup>) qui indiquent que « même si un paiement pouvait être considéré comme une exception aux dispositions anti corruption du FCPA, il pourrait violer d'autres lois, aussi bien dans le pays étranger que dans d'autres juridictions. De plus, si le paiement n'est pas correctement enregistré, il pourrait enfreindre les dispositions du FCPA sur les règles comptables. [...] Qu'un paiement puisse être considéré comme une exception ne dépend pas de son montant, encore que le montant puisse être une indication, car une somme importante suggère davantage la possibilité d'un paiement dans une volonté corruptrice, destiné à influencer une décision non routinière. [...] Les exceptions concernant les paiements de facilitation se fondent sur l'objectif du versement plutôt que son montant<sup>75</sup>. »

---

*foreign country* » and « *scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country.* » Therefore routine governmental action does not include the issuance of every official document or every inspection but only (1) documentation that qualifies a party to do business and (2) scheduling an inspection – very narrow categories of largely non-discretionary, ministerial activities performed by mid or low level foreign functionaries. »

<sup>73</sup> Dans cette affaire, Kay, employé américain d'une firme du Texas qui exportait du riz en Haïti, versait des pots-de-vin à des douaniers haïtiens pour que ceux-ci visent des factures ou réduisaient la valeur de l'importation (les poids étaient diminués) ce qui permettait de réduire le montant de l'impôt d'importation.

<sup>74</sup> <https://www.sec.gov/news/press-release/2012-2012-225.htm>.

<sup>75</sup> « While the payment may qualify as an exception to the FCPA's anti bribery provisions, it may violate other laws, both in Foreign Country and elsewhere. In addition, if the payment is not accurately recorded it could violate the FCPA's books and records provision... Whether a payment falls within the exception is not dependant on the size of the payment though size could be telling as a large payment is more suggestive of corrupt intent to influence

Comme on l'a vu, les textes ainsi que la jurisprudence laissent une large discrétion aux enquêteurs de la SEC et du DOJ pour déterminer ou non s'il y a infraction aux dispositions du FCPA. Cette marge de manœuvre se retrouve aussi lorsqu'il s'agit de désigner les auteurs d'infraction.

### C. Les auteurs possibles d'infraction au FCPA

240. Le texte du FCPA mentionne trois catégories d'entités tenues d'appliquer ses dispositions : les *domestic concerns* (nationaux) ; les *issuers* (émetteurs sur les marchés financiers américains) et les *others* (autres) :

– Les *domestic concerns*, c'est-à-dire toute personne physique ou morale pouvant être considérée comme américaine en raison de sa nationalité, de sa résidence ou sa domiciliation, de sa fiscalité et, sous certaines conditions, de ses activités. Ce groupe inclut bien sûr les citoyens américains, où qu'ils résident, mais aussi les résidents aux États-Unis, quelle que soit leur nationalité et enfin ; les personnes tenues de faire des déclarations d'impôt aux États-Unis ou qui ont une activité principale aux États-Unis.

– Les émetteurs, *issuers*, sont essentiellement les sociétés, américaines ou non, enregistrées auprès de la SEC pour pouvoir lever des fonds sous la forme d'actions, d'obligations ou d'autres instruments comme les *American Depositary Receipts* (ADR), sur les marchés financiers des États-Unis. La catégorie englobe donc non seulement les entités dont les titres sont cotés sur les bourses (*exchanges* tels que NYSE, Nasdaq, Chicago par exemple), mais aussi celles dont les titres sont échangés sur le marché de gré à gré (*OTC, Over the Counter*). Rappelons ici que l'architecture juridique du FCPA provient d'un amendement des lois financières de 1934. Les entités qui participent à ces opérations financières, tels que banques d'investissement, fonds, gestionnaires d'actifs ou autres, ainsi que leurs employés, sont aussi visés. Le guide FCPA<sup>76</sup> précise que les fondés de pouvoir (*officers*), les administrateurs (*directors*), les agents, employés ou courtiers agissant pour le compte d'un émetteur sont eux-mêmes considérés comme appartenant à cette catégorie, quelle que soit leur nationalité. Ils sont tenus de respecter les obligations

---

*a non-routine governmental action. [...] The facilitating payments exceptions focuses on the purpose of the payment rather than its value. »*

<sup>76</sup> *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, p. 10.

comptables, comme celles relatives à la corruption, définies dans le FCPA. Par extension, les filiales ou entreprises associées (*joint-ventures*) des entités émettrices sont aussi soumises aux obligations de la loi, qui couvre également les acquisitions de l'émetteur, quelle que soit sa localisation géographique.

– La troisième catégorie, les « autres », a été précisée par l'amendement de 1998 qui consacre la portée extraterritoriale de la loi<sup>77</sup>. Les personnes, physiques ou morales, qui participent directement ou indirectement à des activités sur le territoire des États-Unis ayant pour objet l'accomplissement d'un acte de corruption. Les fondés de pouvoir (*officers*), les administrateurs (*directors*), les agents, employés ou courtiers agissant pour le compte de ces personnes sont aussi concernés.

241. Afin de bien comprendre la portée extraterritoriale du FCPA, rappelons – en utilisant l'analyse d'Emmanuel Breen<sup>78</sup> – les deux axes principaux de l'amendement de 1998 :

« Le premier axe de la réforme consiste à préciser que, pour les sociétés de droit américain, pour les ressortissants américains et pour les sociétés cotées aux États-Unis, l'infraction est également constituée par le fait de commettre tout acte frauduleux en dehors des États-Unis<sup>79</sup>. Cette compétence, dite *alternative*, permet aux autorités de poursuite américaines d'examiner l'ensemble de la conduite mondiale des émetteurs, des entreprises et des ressortissants américains.

Le second axe consiste à créer une troisième catégorie d'auteur : toute autre personne physique ou morale qui, alors qu'elle se trouve sur le territoire des États-Unis, [agit] frauduleusement en utilisant le courrier postal ou tout autre moyen ou instrument du commerce entre États, ou de toute autre manière en vue du paiement de toute somme d'argent ou du don de toute chose de valeur, ou de la proposition, de la promesse ou de l'autorisation d'un tel paiement ou d'un tel don à tout agent public étranger<sup>80</sup>. »

242. La notion de complicité, relativement large en droit américain, permet aussi des poursuites au titre du FCPA. Elle peut être évoquée à deux titres : *aiding and abetting* (aide et encouragement) ou *conspiracy* (association frauduleuse). Le guide FCPA<sup>81</sup> rappelle qu'en droit pénal américain les

---

<sup>77</sup> 15 USC § 78dd-2.

<sup>78</sup> 15 USC § 78dd-1 (g) et § 78 dd-2 (i). Voir Breen, Emmanuel, *op. cit.*

<sup>79</sup> 15 USC § 78dd-1 (g) et § 78 dd-2 (i)

<sup>80</sup> 15 USC § 78dd-3.

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 35.

personnes, physiques ou morales, qui « aident ou encouragent » un crime, sont elles-mêmes considérées comme coupables du crime. Le périmètre de la définition inclut les conseils, les encouragements, le financement ou la fourniture de moyens qui permettent le crime. La fourniture de moyens est aussi considérée comme criminelle dès lors que le fournisseur a sciemment ignoré ou n'a pas voulu prendre connaissance de la destination finale des moyens qu'il a fournis.

Le concept de *conspiracy* est proche de celui d'association de malfaiteurs en droit français, défini par l'article 450-1 du code pénal<sup>82</sup>. En droit américain, la *conspiracy* est considérée comme une infraction continue et son utilisation permet donc de repousser la durée de prescription, normalement de cinq ans après le fait générateur. De plus, l'utilisation par le DOJ de la notion de *conspiracy* permet d'amplifier la portée extraterritoriale du FCPA. Comme le rappelle le guide FCPA<sup>83</sup>, « [dans] les cas de *conspiracy*, les États-Unis ont généralement juridiction sur l'ensemble des conspirateurs si l'un de ceux-ci est considéré comme émetteur (*issuer*) ou entité nationale (*domestic concern*) [au sens du FCPA] ou qu'une partie de l'acte constitutif du crime est réalisée aux États-Unis<sup>84</sup> ». Ainsi, si un individu ou une société étrangère sont associés à une société émettrice ou un national américain dans la commission d'une violation au FCPA, le DOJ peut engager des poursuites contre cet individu ou cette société même s'ils n'ont pas de présence ou d'activité aux États-Unis. C'est cette interprétation de la loi américaine qui a, par exemple, donné lieu aux poursuites contre Total et Alstom. Nous verrons toutefois que cette interprétation large de l'extraterritorialité du FCPA a été contestée, dans le cas de l'affaire *Hoskins*, par au moins un tribunal américain<sup>85</sup>.

Nous discuterons plus loin de l'extension précise de l'extraterritorialité du FCPA et des interprétations (et prévisions) qu'on peut en tirer selon la doctrine qui est appliquée. Mais le

---

<sup>82</sup> Article 450-1. « Constitue une association de malfaiteurs, tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement ». Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006418851/2021-04-11/?isSuggest=true>.

<sup>83</sup> *Op cit.*, p. 36.

<sup>84</sup> « *In conspiracy cases the United States generally has jurisdiction over all the conspirators where at least one conspirator is an issuer, domestic concern or commits a reasonably foreseeable overt act within the United States.* »

<sup>85</sup> Le 26 février 2020, une cour fédérale du Connecticut (*United States Second Circuit Court*) a débouté le DOJ dans sa plainte pour violation du FCPA contre Lawrence Hoskins, citoyen britannique et employé d'Alstom hors des États-Unis où il n'a pas séjourné lors de la commission de la violation du FCPA dont il est accusé. Selon le juge, Janet Bond Aterton, le DOJ n'a pas établi que le prévenu avait agi dans un cas de corruption en Iran comme agent d'un émetteur (et encore moins d'un *national concern*) et par conséquent l'accusation de corruption au titre du FCPA n'est pas soutenable. Le DOJ a interjeté appel de cette décision.

principe de base de l'extraterritorialité des dispositions du FCPA n'est pas contesté. Il a même, comme nous le verrons, servi de modèle à des législations nationales et des conventions internationales auxquelles la France comme les États-Unis sont parties.

\* \* \*

243. En conclusion de ce chapitre sur le FCPA, on retiendra aussi que les poursuites engagées en application de cette loi sont beaucoup plus fréquentes et que les pénalités sont devenues sensiblement plus sévères à partir de 2003 comme illustré par les graphes ci-dessous.

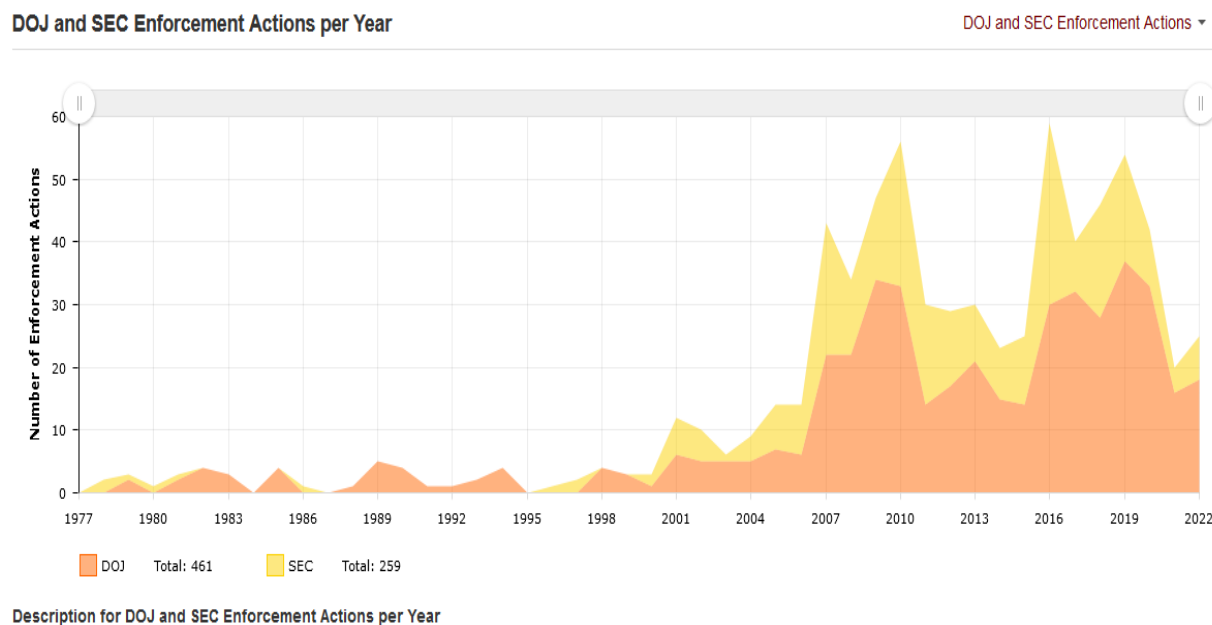
Depuis sa promulgation, en 1977, jusqu'à la fin de 2021, le FCPA a été utilisé par les autorités américaines dans au moins 688 cas de poursuites recensés par le *FCPA Clearing House* de l'université de Stanford<sup>86</sup>. Sur ces cas, 437 (63 %) ont été instruits par le DOJ et 248 (37 %) par la SEC. Selon cette même source, 61 % de ces poursuites concernent des sociétés ou individus américains. Par conséquent, l'ensemble des poursuites à l'encontre de personnes morales ou physiques non américaines ne représente que 39 % du total des poursuites<sup>87</sup>. Comme de nombreuses entreprises non américaines poursuivies au titre du FCPA sont latino-américaines (brésiliennes en particulier) ou asiatiques, nous estimons que les entreprises européennes ne représentent pas plus du quart des poursuites engagées. Comme nous l'avons déjà indiqué, ces statistiques démontrent l'absence de ciblage particulier.

---

<sup>86</sup> Stanford Law School, FCPA Clearinghouse, DOJ and SEC Enforcement Actions per Year, <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>

<sup>87</sup> Stanford Law School, FCPA Clearinghouse, *Statistics and Analytics*, Site consulté le 15 février 2023. <https://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>.

Figure 9 - Nombre de poursuites par an engagées au titre du FCPA par le DOJ et la SEC<sup>88</sup>

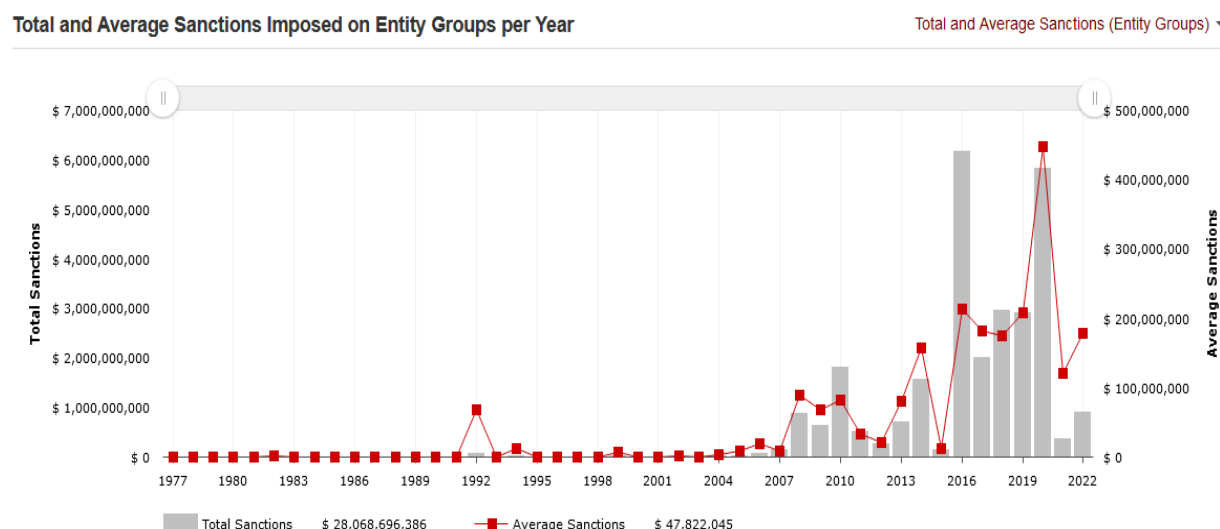


Comme le montre ce graphique, le nombre annuel de poursuites engagées est inférieur à dix de 1977 à 2000. Il oscille autour de la quarantaine de 2007 à 2020. Le nombre relativement faible (18) de poursuites en 2021 s'explique principalement par le ralentissement de l'activité judiciaire provoqué par la pandémie de la Covid et le nombre des poursuites engagées est en augmentation en 2022.

244. Par ailleurs, toujours selon la même source, le FCPA, tout au long de son existence, a donné lieu à des amendes et autres pénalités pécuniaires de plus de 28 milliards de dollars, sans compter les pénalités perçues sous d'autres chefs d'accusation. On note que le montant des amendes et pénalités perçues a augmenté par paliers, d'abord en 2008, puis en 2016, comme le montre le graphique ci-dessous. Ces augmentations en dents de scie s'expliquent principalement par quelques très grosses affaires ou des accords avec des groupes d'entités mises en cause, par exemple les banques helvétiques dans le cadre des poursuites contre le démarchage. Ici aussi les chiffres relativement faibles de 2021 sont dus au ralentissement de l'activité judiciaire provoqué par la pandémie de la Covid.

<sup>88</sup> Site Stanford Law School FCPA consulté le 15 février 2023: <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>.

Figure 10 - Total et moyenne des pénalités imposées par groupe en milliards de dollars<sup>89</sup>



Comme nous l'avons expliqué, les amendes et pénalités ont frappé particulièrement durement les sociétés et banques étrangères, notamment européennes et françaises, peu habituées aux pratiques de la « justice négociée » que nous analyserons en détail.

245. Alors que le FCPA a été parcimonieusement employé par les autorités des États-Unis pendant plus de deux décennies, son utilisation est devenue beaucoup plus intensive et a permis de générer des amendes et autres pénalités significatives à partir de la fin de la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle. Le cas Statoil en 2006 marque la première poursuite engagée par les autorités américaines contre une entité étrangère, norvégienne en l'occurrence. Ce changement de stratégie de la part du DOJ et de la SEC provient aussi de la mise en œuvre des réformes judiciaires qui ont suivi les attaques du 11 septembre à cause des changements que nous examinerons dans le chapitre suivant.

<sup>89</sup> Stanford Law School, FCPA Clearinghouse, *Statistics and Analytics*, Site consulté le 14 février 2023 <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=2>.



## CHAPITRE II. DES MOYENS DE POURSUITE EFFICIENTS : LA « JUSTICE NÉGOCIÉE »

246. La justice américaine fonctionne à une échelle à laquelle on n'est pas habitué en France (ou en Europe). En outre la prévisibilité et les accords judiciaires (*settlements*) font de la justice américaine une « machine judiciaire » bien huilée, mais aussi respectée et redoutablement efficace.

Une cinquantaine de millions de procédures judiciaires sont engagées chaque année aux États-Unis, estime un juge à la Cour Suprême<sup>90</sup>. La très grande majorité de celles-ci sont toutefois résolues au niveau des États et des municipalités.

Le système de justice fédéral néanmoins traite annuellement, au civil ou au pénal, autour de 360 000 cas. 95 % de ceux-ci font l'objet au premier échelon de procédures d'accord plus ou moins amiables. Il reste donc environ 2 000 cas par an qui sont présentés en cours d'appel (*United States Courts of Appeals*) ; ces dernières sont au nombre de treize<sup>91</sup> pour l'ensemble des États-Unis. La Cour Suprême, qui chapeaute, les cours d'appel, choisit les cas (environ 70 par an) qu'elle souhaite revoir<sup>92</sup>. Parmi ces derniers, environ 40 % sont décidés à l'unanimité des neuf juges, ce qui indique un niveau de dissension parmi les juges moindre que ce que laisse paraître les médias qui ont tendance à souligner les différences d'interprétation au sein du judiciaire. Le système de justice criminelle américain est parfois comparé à un entonnoir<sup>93</sup>. Chaque procédure initiée peut théoriquement aboutir à la Cour Suprême, mais à chaque étape, soit un accord entre les parties est trouvé, soit les lois et la jurisprudence sont suffisamment claires et établies pour que le jugement soit pratiquement connu d'avance et qu'il ne soit plus nécessaire de continuer le processus.

---

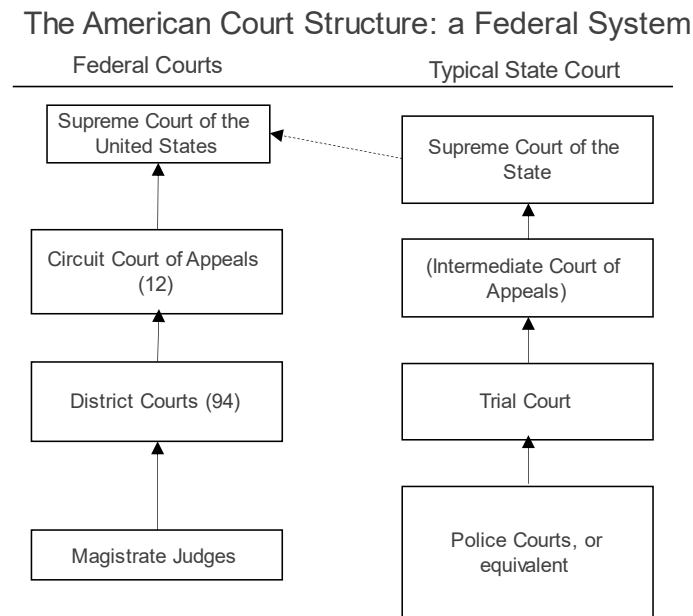
<sup>90</sup> Gorsuch, Neil, *A Republic if you can keep it*, Crown Forum, New York, 2019, p. 55.

<sup>91</sup> Une cour pour chacun des 12 districts région (ou *circuit*) plus une cour ayant compétence sur l'ensemble du pays pour des matières spécifiques.

<sup>92</sup> Les cas qui ne sont pas choisis par la Cour Suprême sont réexaminés au niveau des cours d'appel.

<sup>93</sup> Voir par exemple l'article de Anderson, David C., « *The Crime Funnel* », *New York Times magazine*, 12 juin 1994.

Figure 11 - Schéma de la structure du système judiciaire américain<sup>94</sup>



247. L'efficacité de la justice américaine provient pour partie des larges moyens dont elle dispose et qui font parfois l'envie des juridictions européennes. On a vu, par exemple à propos de l'IRS et de la collecte des impôts<sup>95</sup>, que l'administration fédérale américaine, une fois le législateur convaincu, n'hésite pas à utiliser des méthodes modernes et à doter ses services des moyens techniques et humains nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Cette tendance est aussi encouragée par le fait que les services sont évalués en fonction d'objectifs quantifiables préétablis, les KPI (*Key Performance Indicators*). Un fonctionnaire ou un département qui a accompli ses KPI se voit récompenser, sinon il faut présenter des explications aux supérieurs hiérarchiques et, en dernier ressort, aux membres du Congrès qui approuvent le budget ou peuvent diligenter des enquêtes.

Autre différence avec le système administratif français : les services contribuant au recouvrement de fonds, y compris à la suite d'amendes ou autres pénalités, se voient attribuer une partie des sommes perçues. Ainsi les effectifs en personnel des services, considérés comme

<sup>94</sup> D'après Davis, Frederick. T. *American Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2019, p.14. Le schéma indique les cours d'appel régionales, au nombre de douze, mais il existe aussi une cour d'appel fédérale.

<sup>95</sup> Voir *supra*.

primordiaux, sont souvent nettement plus importants qu'en Europe. Le DOJ emploie plus de 113 000 personnes<sup>96</sup> ; en 2019, la division criminelle du DOJ comptait 640 avocats et 940 spécialistes divers<sup>97</sup>. À titre de comparaison, en France le Parquet national financier, à la fin de 2021, a un effectif de 18 magistrats et une vingtaine d'autres personnes<sup>98</sup>. Les chiffres pour le DOJ ne comprennent que les fonctionnaires centraux (*headoffice*). Pour mesurer l'ensemble des moyens humains déployés dans la lutte contre les activités criminelles, il convient d'y ajouter les effectifs dont disposent les 94 procureurs de districts régionaux (*US Attorneys*) autonomes dont certains ont à leur service des collaborateurs nombreux et compétents ou peuvent solliciter l'aide de contractuels pour certaines tâches spécialisées.

248. Ainsi, en 2009, lorsqu'il est nommé *District Attorney* pour le district sud de New York (*Southern District of New York*), le plus prestigieux et le plus actif dans la lutte contre la criminalité en col blanc, Preet Bharara devient le patron d'une équipe de 120 procureurs adjoints ou substituts (*US Attorneys*) qui sont des avocats spécialisés et autant de personnel technique<sup>99</sup>. Pendant un peu moins de huit ans, jusqu'au renvoi de Bharara par le président Trump le 11 mars 2017<sup>100</sup>, cette équipe de près de cinq cents collaborateurs est responsable de plusieurs centaines de poursuites contre des criminels en col blanc, dont une centaine d'affaires de délit d'initié (*insider trading*) et des dossiers de blanchiment, de détournements de fonds (*embezzlement*), de cybercrimes, d'évasion fiscale ou des contournements des régimes de sanctions économiques. Ces poursuites ont conduit au démantèlement de plusieurs fonds d'investissement (celui de Bernie Madoff et des *hedge funds* comme Galleon Group et SAC Capital Advisors) et des pénalités record, souvent accompagnées de peines d'emprisonnement pour les employés et les dirigeants. Parmi les grandes banques touchées par ses investigations, on trouve Bank of America, Bank of New York Mellon, BNP Paribas, Citibank, Deutsche Bank, Goldman Sachs, JP Morgan Chase et Morgan Stanley.

---

<sup>96</sup> Voir le rapport annuel et les objectifs publiés sur le site du DOJ, *FY 2019 Annual Performance Report* et *FY 2021 Annual Performance Plan*, <https://www.justice.gov/doj/page/file/1249306/download>.

<sup>97</sup> Selon les remarques du ministre de la Justice adjoint (*Assistant Attorney General*) Brian Benczkowski, le 18 juillet 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/remarks-assistant-attorney-general-brian-benczkowski-criminal-divisions-100th-anniversary>.

<sup>98</sup> Parquet national financier, Synthèse 2021, p. 5, [https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2022-01/PNF-brochure\\_A5-2021%5B2%5D.pdf](https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2022-01/PNF-brochure_A5-2021%5B2%5D.pdf).

<sup>99</sup> Voir Eisinger, Jesse, *The Chickenshit Club*, Simon & Scuster, 2017, p. 228 *sqq.* ; voir Bharara, Preet, *Doing Justice, A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law*, Vintage Books, 2020.

<sup>100</sup> Par la suite, Bharara est devenu membre de la faculté de l'école de Droit de l'université de New York (NYU School of Law).

Le *Southern District* de New York est souvent cité en modèle d'organisation de lutte contre la criminalité en col blanc ; de par sa localisation, il a généralement compétence pour les poursuites contre les grands établissements financiers dont le siège ou les principales activités sont situés à Manhattan. Ses chefs, les US DA SDNY (*US District Attorney for the Southern District of New York*) sont nommés par décret présidentiel sur avis du ministre de la Justice. Avant la nomination de Bharara, plusieurs titulaires récents ont connu des carrières juridiques, médiatiques ou politiques prestigieuses : Robert Morgenthau<sup>101</sup> (1961-1970), Rudolph Giuliani (1983-1989), Mary Jo White (1993-2002) et James Comey (2002-2003). Comme il n'existe pas de juge d'instruction dans le système judiciaire américain, ses *attorneys* (avocats/procureurs) qui travaillent souvent en équipe avec des agents du FBI (*Federal Bureau of Investigation*), de l'IRS (*Internal Revenue Service*) et d'autres services spécialisés fédéraux jouent un rôle majeur dans l'application de la législation économico-financière, particulièrement pour les crimes liés à la corruption. Connus à la fois pour leur idéalisme, leur élitisme et leur grande capacité de travail, ils contribuent à établir la réputation du SDNY, parfois surnommé par ses détracteurs le « *Sovereign District of New York* »<sup>102</sup>.

249. Les moyens techniques et humains dont dispose la justice américaine sont enviés dans le monde. Son objectif, défini par le législateur et l'opinion publique, est toutefois plus l'efficience que l'efficacité, c'est-à-dire l'obtention de résultats mesurables en fonction des moyens employés. On retrouve là la dimension pragmatique qui imprègne tout le système américain depuis son origine.

L'efficience de l'appareil de justice américain s'explique principalement par des procédures de poursuite et d'adjudication originales (Section 1) et le développement de ce qu'il est devenu habituel de qualifier de « justice négociée » (Section 2). Ce système a connu plusieurs

---

<sup>101</sup> Robert Morgenthau est une figure légendaire parmi les pénalistes américains. Ayant servi sous trois présidents, il est connu pour avoir poursuivi et fait condamner des célébrités, mais aussi des criminels en col blanc tels que Mark Chapman (assassin de John Lennon), Dennis Kozlowski (CEO de Tyco) et Tupac Shakur (chanteur). Il a aussi formé une nouvelle génération de magistrats comme Sonia Sotomayor (juge à la Cour Suprême), Eliot Spitzer et Andrew Cuomo (gouverneurs de l'État de New York) et Cyrus Vance Jr. (*District Attorney* du comté de New York). Voir Eisinger, Jesse, *The Chickenshit Club*, Simon & Schuster, 2017.

<sup>102</sup> « District souverain de New York ». L'expression a été lancée par le journaliste Nicholas Lemann dans « *Street Cop* » (« Gendarme de [Wall] Street »), article du *New Yorker*, 11 novembre 2013 où il met en évidence l'activisme du SDNY contre les milieux financiers. Pour un jeune avocat, passer quelques années au SDNY est une carte de visite prestigieuse.

tendances, parfois antinomiques, au cours des deux dernières décennies (Section 3) et, pour notre propos, doit être analysé séparément de l'administration des sanctions économiques (Section 4).

## **Section 1. Les procédures de poursuite**

250. En droit américain, les poursuites criminelles sont engagées selon le principe de *discovery*, qui diffère du système inquisitoire d'enquête, ou d'instruction, utilisé en France. La *discovery* est essentiellement un processus de recherche de preuves qui pourront être utilisées lors d'un procès. Les procédures de poursuite aux États-Unis sont aussi caractérisées par le fait que le même crime peut faire l'objet de plusieurs accusations si le procureur utilise le mécanisme des « crimes de conséquence » (*predicated crimes*) que nous analyserons plus loin. L'usage de témoins à charge et de lanceurs d'alerte est fréquent. Tous ces éléments tendent à faciliter la tâche des procureurs et rendre plus difficile celle des défenseurs.

### **A. *Discovery*, coopération et autodénonciation**

251. Le système judiciaire américain s'inspire de la *common law* anglaise. L'État et les entités qui en émanent n'y ont pas un ordre de juridiction à part comme c'est le cas avec le droit administratif français. La loi peut certes leur accorder certaines prérogatives, mais celles-ci sont encadrées par des textes législatifs et la jurisprudence. Dans cette conception, il n'y a pas l'équivalent du juge d'instruction aux États-Unis. Le juge lui-même est tenu d'avoir une position impartiale en application du principe de séparation des pouvoirs inscrit dans la Constitution. Pour obtenir la condamnation d'un individu ou firme soupçonnés, par exemple de corruption au titre du FCPA, le représentant de l'État, le plus souvent un *attorney* de la division criminelle du DOJ ou d'un district judiciaire régional, doit pouvoir prouver, sans qu'il puisse y avoir un doute raisonnable (*beyond reasonable doubt*), devant un juge et un jury que le mis en cause a effectivement commis les crimes dont il est accusé. L'*attorney* assume ainsi le double rôle d'enquêteur (ou instructeur, au sens juridique français) et de procureur. L'enquête qui précède un éventuel procès doit être menée en suivant les principes de *discovery*<sup>103</sup> pour être admissible devant un tribunal. L'objectif de la *discovery* est de permettre l'établissement de la vérité en mettant à

---

<sup>103</sup> Littéralement « de processus de découverte » des éléments de preuve.

jour des éléments de preuve qui seront présentés durant le procès. En pratique, c'est une phase procédurale d'investigation nécessaire avant qu'il puisse y avoir procès.

252. Cette procédure est très ancrée dans la tradition juridique américaine. Dans ce système accusatoire et non inquisitorial, le juge n'a qu'un rôle d'arbitre et c'est aux parties qu'incombent la recherche et la production des preuves. Le processus peut donc être très intrusif d'autant plus que les parties sont dans l'obligation de produire tous les documents, favorables ou défavorables, en relation avec le litige. Le procureur ou enquêteur du DOJ, s'il convainc un juge du bien-fondé de sa requête, a le droit d'exiger par un système d'assignation (*subpoena*), la communication de tout document ou dossier relatif, directement ou indirectement, au litige. La destruction ou non-production de documents faisant l'objet d'un *subpoena*, même s'il s'agit d'archives vieilles de plusieurs années, est considérée comme un acte criminel. Cette prérogative s'applique non seulement à la personne, physique ou morale, mise en cause, mais à ceux que le procureur/enquêteur considère comme possibles complices ou simples témoins, qu'ils se trouvent aux États-Unis ou dans un autre pays. Ce système crée régulièrement des problèmes de conflit de loi, en particulier lorsqu'il existe, dans la juridiction où l'information demandée se trouve, un système de loi de blocage<sup>104</sup>.

253. Or les crimes liés à la corruption sont généralement complexes et impliquent diverses personnes dans plusieurs États. Pour les enquêteurs, déterminer de manière précise les responsabilités des différents acteurs et leurs intentions afin de pouvoir les incriminer n'est pas toujours possible. Il est aussi fréquent que chaque individu qui estime être susceptible de poursuites cherche à minimiser son rôle. Trouver des éléments de preuve adéquats pour établir, en face d'un jury, l'existence d'un ou de plusieurs crimes est donc souvent une tâche ardue qui prend du temps et nécessite la mobilisation de ressources importantes, et donc des coûts. Une investigation, par exemple pour des crimes comme le blanchiment ou le délit d'initié, demande habituellement l'examen de dizaines de milliers de messages et de documents et l'audition de nombreux témoins. D'après le FCPA Clearing House<sup>105</sup>, la durée moyenne d'une enquête criminelle du DOJ est de 34 à 39 mois. Si les résultats ne sont pas probants, les enquêteurs devront abandonner les poursuites. Mais dans un système où ils sont eux-mêmes jugés sur leur efficacité, leurs carrières risquent de

---

<sup>104</sup> Nous verrons en deuxième partie de cette thèse comment ce problème peut être résolu.

<sup>105</sup> D'après FCPA Clearinghouse, *Investigation length by resolution type*, consulté le 14 avril 2021, <https://fcpa.stanford.edu/>.

pâtir s'ils n'obtiennent pas de succès. Pour les sociétés sous investigation, une enquête du DOJ ou de la SEC est une source de distraction qui exige des coûts internes (utilisation de moyens techniques et personnels mobilisés par l'enquête) et externes (frais d'avocats, auditeurs, consultants et relations publiques) substantiels. Un contentieux avec le DOJ ou la SEC peut aussi conduire à des risques réputationnels élevés et non contrôlables.

254. Par exemple, la firme d'audit Arthur Andersen LLP, fondée en 1913, est – dans la deuxième moitié du <sup>xx</sup>e siècle – considérée comme l'une des « cinq grandes » (*Big Five*) dans son domaine. Elle a pour client Enron, condamné en 2001 pour faillite frauduleuse. Arthur Andersen est alors accusé par les autorités de complicité et d'obstruction à la justice. L'entreprise de comptabilité est condamnée une première fois en 2002 par un tribunal fédéral au Texas. Mais elle fait appel, car, soutient-elle, les griefs retenus contre elle n'ont pas été prouvés et les instructions du juge au jury ne suivaient pas strictement les règles de la procédure applicable. Après appel, la Cour Suprême conclut en 2005 qu'effectivement les griefs n'étaient pas correctement établis. En conséquence, la société Andersen gagne bien son procès à la Cour Suprême, mais entre-temps ses clients l'ont désertée et la firme, quasi centenaire, est conduite à cesser ses activités d'audit<sup>106</sup>. Cet exemple montre l'effet funeste que peut avoir un contentieux long et coûteux avec le DOJ ou la SEC. Même dans les cas où la culpabilité du mis en cause est difficile à prouver devant un tribunal, il est parfois plus avantageux, pour l'accusateur (principalement DOJ et SEC) comme pour le défenseur, de chercher une solution de compromis et de clore ainsi le contentieux relativement rapidement.

255. Cette approche est devenue possible, et est même encouragée par la politique officielle du DOJ, depuis plus de deux décennies. Comme l'explique en 2012 Lanny Breuer<sup>107</sup>, alors ministre adjoint de la Justice, les procureurs américains n'avaient traditionnellement « à leur disposition pour s'attaquer à la criminalité en col blanc que l'instrument primitif qu'est l'acte d'accusation. Lorsqu'ils se trouvaient en face d'une société soupçonnée de crimes financiers, ils devaient faire un choix net : inculper ou abandonner les poursuites. Vers les années 1990, les autorités expérimentent une nouvelle approche : accepter de différer les poursuites à condition que la société mise en cause coopère avec les enquêteurs, y compris le cas échéant à l'encontre de ses employés,

---

<sup>106</sup> Une partie des équipes d'Arthur Andersen a, par la suite, continué des activités de conseil sous le nom d'Accenture.

<sup>107</sup> Breuer, Lanny A., U. S. Assistant Attorney General ; discours du 13 septembre 2012 au *New York City Bar Association* (Association du Barreau de New York) ; disponible sur le site du DOJ, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistantattor>.

s'acquitte de pénalités financières et s'engage à prendre des mesures concrètes pour améliorer son comportement. Le résultat fut sans équivoque : les compagnies ont assumé des responsabilités beaucoup plus grandes dans la lutte contre les crimes d'entreprises et opéré un changement complet concernant leurs efforts en matière de compliance.<sup>108</sup> »

256. Le premier cas pratique de cette nouvelle approche est l'accord conclu le 20 mai 1992 entre le DOJ et la SEC d'une part et, de l'autre, Salomon Brothers, banque d'investissement et courtier qui accepte de régler des amendes et pénalités diverses pour un montant de \$290 millions et de renforcer son dispositif de compliance. Cet accord est le résultat d'une enquête et de discussions approfondies avec plusieurs régulateurs qui ont duré plus de dix mois, la firme étant soupçonnée de manipulation de marché dans la distribution de bons du Trésor et autres titres publics. Otto Obermaier, alors procureur pour le District sud de New York, note que Salomon a coopéré étroitement avec les enquêteurs et pris des décisions draconiennes pour réorganiser ses structures de direction afin d'éviter que ces problèmes puissent se répéter<sup>109</sup>. Il déclare notamment : « Bien que les violations présumées de la loi soient sérieuses, nous croyons que l'ensemble des pénalités est approprié et nous ne voyons pas l'utilité d'une procédure criminelle. La coopération de Salomon a été exemplaire. D'après mon expérience, les mesures qu'ils ont prises sont virtuellement sans précédent<sup>110</sup>. » Le cas fait jurisprudence et constitue le premier exemple connu de *Non Prosecution Agreement* (NPA). De même, le premier cas de *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) de l'époque contemporaine est l'accord signé par Mary Jo White<sup>111</sup>, alors procureur pour le même District sud de New York avec Prudential Securities, le 27 octobre 1994. Nous examinerons dans la section suivante comment fonctionnent ces procédures.

---

<sup>108</sup> « [American prosecutors had] only the blunt instrument of criminal indictment with which to attack corporate crime. Prosecutors faced a stark choice when they encountered a corporation that had engaged in misconduct – either indict or walk away. In the 1990s, however, the government began doing something new: agreeing to defer prosecution against the corporation in exchange for an admission of wrongdoing, cooperation with the government's investigation, including against individual employees, payment of monetary penalties, and concrete steps to improve the company's behavior. [...] The result has been, unequivocally, far greater accountability for corporate wrongdoing – and a sea change in corporate compliance efforts. »

<sup>109</sup> Communiqué de presse du DOJ et de la SEC du 20 mai 1992 : *Department of Justice and SEC Enter \$290 Million Settlement with Salomon Brothers in Treasury Securities Case*. Disponible sur le site du DOJ, [https://www.justice.gov/archive/atr/public/press\\_releases/1992/211182.htm](https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1992/211182.htm).

<sup>110</sup> [While] the alleged violations were serious, we believe that the combination of punishments is adequate, and there is no need for invoking the criminal process. Salomon's cooperation has been exemplary. Such actions were virtually unprecedented in my experience.

<sup>111</sup> Mary Jo White est la première femme à occuper le poste d'US District Attorney for the Southern District of New York. Elle sera par la suite nommée présidente de la SEC par le président Obama le 24 janvier 2013.



La doctrine officielle des autorités américaines concernant la coopération avec les entreprises se résume en un principe énoncé en 2019 par Rod Rosenstein, ministre adjoint de la Justice : « Les firmes qui s'autodénoncent, coopèrent et remédient aux dommages qu'elles ont causés seront récompensées. Les firmes qui acceptent ou ignorent les mauvaises conduites en paieront le prix<sup>112</sup>. »

## **B. La négociation des chefs d'accusation et le cumul des griefs**

257. En droit américain, lors d'une enquête (*investigation*) fédérale, le procureur (*attorney*) peut seul décider à tout moment de poursuivre ou non son investigation et, s'il décide d'inculper, sous quels chefs. Il est en principe tenu de respecter les lignes directrices de sa hiérarchie, encore que les *US attorneys* de certains districts régionaux, à New York par exemple, sont connus pour exercer leurs fonctions avec une certaine autonomie. Le procureur, afin de prouver à un jury les crimes qu'il soupçonne, peut aussi utiliser des stratagèmes peu ou pas employés en droit français : la négociation des griefs et des peines (*plea bargaining*) ; l'invocation de crimes sous-jacents (*predicate crimes*) ; l'appel et le « retournement » (*flipping*) de témoins à charge et le recours à des lanceurs d'alerte (*whistleblowers*) qui sont habilités dans certains cas à recevoir une prime (*bounty*) dont le montant est déterminé en fonction des revenus générés par leur action.

258. Le *plea bargaining* est une pratique ancienne et commune en droit pénal américain. Le cadre de la *common law* où la jurisprudence et le précédent jouent un rôle primordial, où il existe pour la plupart des infractions des barèmes de peines, les *US Sentencing Guidelines*<sup>113</sup>, et où le juge se borne souvent à jouer le rôle d'arbitre impartial, permet une forte prédictibilité de la sentence une fois la culpabilité reconnue. Le procureur, surtout si son enquête piétine, peut proposer à la personne mise en cause un compromis. Si celle-ci admet (sans nécessairement reconnaître sa responsabilité) certains faits, le procureur s'engage à ne pas poursuivre d'autres chefs d'accusation. S'engage alors une véritable négociation, proche du marchandage. Selon la force de leurs positions et l'habileté des négociateurs, les parties peuvent se montrer plus ou moins

---

<sup>112</sup> *Companies that self-report, cooperate, and remediate the harm they caused will be rewarded. Companies that condone or ignore misconduct will pay the price.* Voir le site du DOJ, <https://www.justice.gov/usao-edpa/pr/fostering-corporate-cooperation-and-communication-promote-rule>.

<sup>113</sup> Le *US Sentencing Guidelines Manual* est un document officiel réédité en moyenne tous les deux ans qui fixe une sorte de barème des peines et dont les juges doivent tenir compte. Voir le site de la United States Sentencing Commission : <https://www.ussc.gov/guidelines/2021-guidelines-manual-annotated>.

exigeantes. Lorsque de grandes sociétés sont mises en cause, elles font souvent appel aux services d'équipes d'avocats spécialisés qui incluent fréquemment d'anciens procureurs. Les accords, oraux au départ, sont ensuite consignés par écrit et parfois très détaillés. Les accords peuvent comporter des centaines de pages et décrire minutieusement les procédures de compliance à mettre en place. Aucune des parties n'est obligée d'accepter un accord, mais si la négociation échoue, il est vraisemblable que le procureur, qui a peut-être entre-temps « découvert » des faits nouveaux, se montrera plus dur lors d'un procès.

259. La doctrine du crime sous-jacent (*predicate crime*) fait partie du droit traditionnel anglo-saxon où le cumul des griefs et des peines est courant. On la retrouve, plus rarement, en droit français, par exemple avec le concept de « recel ». Cette doctrine s'est en quelque sorte internationalisée puisqu'elle a été reprise dans le cadre de la lutte contre le blanchiment, en particulier à la fin du XX<sup>e</sup> siècle lors de la rédaction des recommandations du GAFI et leur transposition dans les droits nationaux des pays parties, dont la France. Le principe de base est qu'un fait qui, normalement, serait anodin peut être considéré comme criminel s'il est lui-même un moyen ou un appendice pour la commission d'un autre fait criminel. Ainsi un virement bancaire entre deux parties, A et B, est licite s'il est le résultat d'une transaction commerciale elle-même légale ; il devient illicite s'il est le résultat d'une transaction dans laquelle l'une des parties a commis une infraction. Par exemple, A est trafiquant de stupéfiants et transmet à B le produit de ventes criminelles. On note dans ce cas que B, qui n'a pas vendu de stupéfiants, a néanmoins commis un acte criminel en recevant des fonds illicites. Cette doctrine permet donc d'inculper des personnes qui n'ont pas nécessairement participé directement au crime originel. Comme le droit américain admet qu'on puisse être criminel pour fait d'autrui, le procureur a les moyens d'accuser, en se servant de ce système, davantage de personnes qu'il n'aurait été possible dans d'autres juridictions comme la France. On se souvient qu'en droit américain, l'utilisation du courrier et autres moyens de transmission dans la commission d'une fraude ou autre délit est elle-même criminelle<sup>114</sup>. L'accumulation des griefs et, donc, des peines potentielles donnent ainsi au procureur davantage de monnaie d'échange lors des négociations.

---

<sup>114</sup> Voir ci-dessus la définition de *Mail Fraud*.

### C. Témoins à charge et lanceurs d'alerte

260. Les témoins à charge jouent souvent aux États-Unis un rôle essentiel pour convaincre un jury de la culpabilité d'une personne mise en cause. Une approche fréquemment utilisée par les enquêteurs pour des crimes en col blanc, notamment les délits d'initié et les manipulations de marchés, consiste à approcher un individu ayant une position moyenne ou subalterne dans la commission d'un crime et à lui proposer la clémence en échange de sa coopération et de son aide pour confondre des criminels qui ont un rôle majeur. Comme on le voit parfois dans les séries télévisées américaines<sup>115</sup>, les enquêteurs s'efforcent alors de « retourner » (*to flip*) l'individu et le poussent à devenir un informateur, en acceptant par exemple de porter sous ses vêtements des appareils qui permettent d'enregistrer des conversations ou en révélant des emails et messages compromettant les individus mis en cause. Ces techniques d'infiltration ont été utilisées avec succès dans le cadre de l'enquête menée, en 1998, contre Michael Milken, le « roi des *junk bonds* (« obligations à haut risque ») » et deux complices contre lesquels ont été retenus près d'une centaine de chefs d'accusation pour délits d'initié et autres fraudes<sup>116</sup>.

261. La fréquence de l'utilisation de témoins à charge et d'indicateurs dans le système américain conduit naturellement à établir des programmes de protection pour ces personnes, qui sont considérées comme des auxiliaires de la justice. En effet, dans les cas de poursuites qui concernent des criminels violents, comme les narcotrafiquants, les maffieux et, plus rarement, les criminels financiers de grande ampleur, les témoins risquent d'être harcelés et même parfois assassinés. Afin de pouvoir bénéficier de leur témoignage lors des auditions, il est de l'intérêt de la justice d'assurer la protection physique de ces individus et de leur garantir des moyens d'existence matériels suffisants. Ainsi est créé en 1970, à la suite de la promulgation du *Organized Crime Control Act*<sup>117</sup>, le programme fédéral<sup>118</sup> – administré par le FBI – de protection des témoins connu sous l'acronyme de WITSEC<sup>119</sup>. Les personnes couvertes par WITSEC bénéficient, pour elles-mêmes et leurs

---

<sup>115</sup> Par exemple *Law and Order* ou *NYPD Blue*.

<sup>116</sup> Voir article de Doyle, John M., *Associated Press*, 29 mars 1989, <https://apnews.com/article/b2419a338e2735b62261865e44b135cf>.

<sup>117</sup> Littéralement « loi sur le contrôle du crime organisé » aussi connu sous l'acronyme de RICO (pour *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*) destinée à lutter contre les organisations maffieuses et les syndicats véreux.

<sup>118</sup> Certains États comme la Californie, le Connecticut, l'Illinois, New York et le Texas ont leur propre programme de protection des témoins.

<sup>119</sup> Pour *WITness SECurity program*.

proches, d'une protection armée, de nouvelles identités (et donc de nouveaux papiers officiels), de délocalisation et de formations leur permettant de trouver un emploi. Depuis la création du programme, plus de 18 000 personnes auraient été prises en charge<sup>120</sup>.

Les témoins à charge, a fortiori les indicateurs, ont souvent un intérêt personnel à témoigner ce qui risque de diminuer leur crédibilité face à un jury. Les enquêteurs et procureurs s'efforcent donc de n'utiliser leurs services que si les informations qu'ils sont susceptibles de fournir peuvent exercer une influence déterminante sur un juge ou un jury lors du procès.

262. Il est, en revanche, beaucoup plus difficile de contrôler les témoignages des lanceurs d'alerte qui, au moins au départ, ont une approche éthique. Le rôle des lanceurs d'alerte se développe aux États-Unis au début des années 1970. L'avocat consumériste Ralph Nader encourage les consommateurs, employés et fonctionnaires, à dénoncer publiquement les produits défectueux ou dangereux et les pratiques absurdes. En 1971, lors d'une conférence à Washington, il appelle les participants à « souffler dans un sifflet » (*blow the whistle*), c'est-à-dire à faire du bruit pour protester publiquement contre les employeurs et les bureaucrates incompetents ou injustes qui autorisent la présence sur le marché de produits défectueux. Il réclame un statut juridique spécial pour protéger les *whistleblowers* (lanceurs d'alerte) afin de garantir leurs positions au sein des entreprises et administrations et d'empêcher d'éventuelles représailles de la part de leurs employeurs ou de l'administration. Il propose la création d'un service public autonome, le *Clearing House for Professional Responsibility* (Centre pour la responsabilité professionnelle) dont la fonction sera de centraliser les dénonciations et veiller à assurer un suivi<sup>121</sup>. L'idée sous-jacente est que les lanceurs d'alerte, employés ou fonctionnaires, qui sont impliqués dans des processus de fabrication ou commercialisation, sont les premiers à se rendre compte de la défectuosité de produits ou de services. En alertant la communauté, ils évitent des préjudices ultérieurs à l'ensemble de la société. Leurs actions doivent donc être protégées sinon récompensées.

---

<sup>120</sup> D'après un article de Conley, Nicholas, publié par *Gunge*, 26 janvier 2020, <https://www.grunge.com/184026/the-truth-about-witness-protection-in-the-united-states>.

<sup>121</sup> D'après Baniser, David, « *Whistleblowing. International Standards and Developments, in Corruption and Transparency. Debating the Frontiers between State, Market and Society* », I. Sandoval ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D. C., 2011. Disponible sur SSR, <https://ssrn.com/abstract=1753180>.

Si Ralph Nader a popularisé le terme de *whistleblower*, le principe de la dénonciation a des origines plus anciennes. Lors de la guerre de Sécession, le *False Claims Act* de 1863 encourage les citoyens à dénoncer les abus qu'ils pourraient observer, en particulier dans le cas de marchés publics et d'approvisionnement de l'armée. En application d'une procédure dite *qui tam*<sup>122</sup>, le dénonciateur reçoit une compensation équivalente à 15 % à 30 % des sommes que son acte a fait économiser au gouvernement fédéral. Le recours à des tiers pour aider la justice à remplir ses fonctions est entré dans la légende hollywoodienne à cause des nombreux westerns où des chasseurs de primes<sup>123</sup> assistent, tout à fait légalement, les shérifs (garants officiels de l'ordre public) à capturer (ou exécuter) des bandits bien que, dans ces cas, les primes soient généralement payées par les municipalités ou autres divisions territoriales. La tradition d'utiliser des auxiliaires de justice rémunérés à titre temporaire remonterait au droit romain et cette pratique était courante dans l'Angleterre médiévale où se sont établies les doctrines au cœur de la *common law* anglo-saxonne<sup>124</sup>.

263. Deux universitaires, Marcia Miceli et Janet Near<sup>125</sup>, formulent en 1996 la doctrine moderne des lanceurs d'alerte qui, à son tour, influence le législateur et la magistrature. Le *whistleblowing* est défini comme la « révélation par les membres (anciens ou actuels) d'une organisation de pratiques illégales, immorales ou non légitimes sous le contrôle de leurs employeurs<sup>126</sup> ». Cette doctrine est reconnue internationalement et l'Organisation internationale du travail définit le lancement d'alerte comme « le rapport [dans le sens de “compte rendu”] par des employés ou d'anciens employés de pratiques illégales, interdites, dangereuses ou contraires à l'éthique de leurs employeurs<sup>127</sup> ».

Pour le juriste américain, le lancement d'alerte, qu'il soit rémunéré ou non, découle de la liberté d'expression garantie par le premier amendement de la Constitution. Il importe donc que

---

<sup>122</sup> Voir *supra*.

<sup>123</sup> Un de ces films, parmi les plus connus, a justement pour titre en français *Les Sept Mercenaires* alors que le titre original est *The Magnificent Seven*.

<sup>124</sup> D'après Baniser, David, « Whistleblowing. International Standards and Developments, in *Corruption and Transparency. Debating the Frontiers between State, Market and Society* », *op. cit.*

<sup>125</sup> Near Janet P., Miceli, Marcia P. *Whistle Blowing, Myth and Reality*, Journal of Management, Volume 22, Issue 3, June 1, 1996: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/014920639602200306>.

<sup>126</sup> *The disclosure by organizational members (former or current) of the illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employers.*

<sup>127</sup> *The reporting by employees or former employees of illegal, irregular, dangerous or unethical practices by employers.* International Labor Organization, *Law and practice on protecting whistle-blowers in the public and financial services sectors*, 2019, p. 5.

les pouvoirs publics mettent en place un dispositif qui permette au lanceur de s'exprimer librement et le protège contre toutes représailles éventuelles.

Un lancement d'alerte peut se faire de différentes manières et avoir un retentissement plus ou moins négatif pour l'employeur. Mais, par définition, il implique toujours la diffusion d'informations considérées comme confidentielles, de l'intérieur vers l'extérieur d'une organisation, privée ou publique. Toutefois pour pouvoir bénéficier de la vaste jurisprudence et des garanties sur la liberté d'expression en application du premier amendement, le lanceur doit être en mesure de prouver sa bonne foi – sinon il risque d'être attaqué pour « médisance » (*libel*). Il est également soumis à quelques restrictions concernant l'objet de la dénonciation, ainsi il ne doit pas enfreindre certains statuts spécifiques comme celui qui prohibe la diffusion de secrets militaires. Dans un cas qui reçut beaucoup d'attention médiatique, l'analyste militaire Chelsea Manning a été jugée et condamnée en 2013 à 35 ans de prison pour avoir transmis des informations à Wikileaks<sup>128</sup>.

264. Les sociétés, comme l'administration, sont tenues ou encouragées à mettre en place des mécanismes qui permettent aux lanceurs d'alerte de contourner leur hiérarchie. Le système le plus fréquent est la *hot line*<sup>129</sup>, une ligne téléphonique ou autre vecteur de communication exclusif, qui permet aux employés d'entrer directement en communication avec un centre spécialisé, externe ou interne, qui traite leurs signalements de manière anonyme. Si les éléments rapportés présentent un caractère criminel, le centre a pour obligation d'alerter le DOJ ou d'autres services administratifs compétents. Certaines administrations ou services publics comme la SEC ont des programmes spécifiques, avec un personnel dédié, pour recevoir des informations confidentiellement et assurent eux-mêmes le suivi, y compris, quand il y a lieu, le paiement de primes et la transmission des données pour lancer une procédure pénale.

Étant donné la grande diversité des situations possibles, de nombreuses lois régissent la protection dont bénéficient les lanceurs d'alerte. Le *Whistleblower Protection Act* de 1989 définit un cadre général qui s'applique principalement à l'administration publique. Il a été amendé plusieurs fois (en 2014, en 2017 et en 2019) alors que le *Sarbanes Oxley Act* de 2002 s'applique à l'industrie financière. En fait, des dispositions garantissant la protection des lanceurs d'alerte se

---

<sup>128</sup> Pour se défendre, elle dit avoir agi par souci humanitaire. Le président Obama a réduit sa peine et elle a été libérée.

<sup>129</sup> Littéralement « ligne chaude ».

retrouvent dans une trentaine de lois ou statuts américains<sup>130</sup>. On y retrouve les principes de la garantie de la liberté d'expression et le fait que des dénonciations de tierces parties sont susceptibles d'entraîner le déclenchement d'une procédure pénale.

Les témoins à charge, comme les lanceurs d'alerte, peuvent être des sources d'information fort utiles pour un enquêteur/procureur lorsqu'il monte un dossier accusatoire, même si, en vertu du principe de *discovery*, les informations doivent être partagées avec la défense. Le procureur dispose ainsi d'une large autonomie lors de la phase d'instruction des dossiers. Lors de la phase d'adjudication, il garde le rôle principal, mais il lui faut alors composer avec le juge.

## **Section 2 : Les procédures de résolution**

265. « La plupart des contentieux judiciaires sont rarement décidés par des juges et presque jamais par des jurys<sup>131</sup> », écrit le juge Jed Rakoff<sup>132</sup>. Il estime que 95 % des affaires judiciaires sont réglées par accord entre les parties sans intervention d'un juge et que le pourcentage est de 97 % dans les cas de crimes en col blanc. S'il y a intervention d'un juge dans des cas d'accords de

---

<sup>130</sup> Voici une liste non exhaustive d'après une lettre d'information destinée aux spécialistes en gestion de ressources humaines, *Global Workplace Insider*, <https://www.globalworkplaceinsider.com/2014/05/top-30-whistleblowing-statutes-from-ralph-nader-to-edward-snowden/>;

*Asbestos Hazard Emergency Response Act* (AHERA) 15 U. S. C. § 2651 ; *Clean Air Act* (CAA) 42 U. S. C. § 7622 ; *Commercial Motor Vehicle Safety Act* (CMVSA) 49 U. S. C. § 31105 ; *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA or *Superfund Act*) 42 U. S. C. § 9610 ; *Consumer Financial Protection Act* (CFPA) 12 U. S. C. § 5567 ; *Consumer Product Safety Improvement Act* (CPSIA) 15 U. S. C. § 2087 ; *Department of Defense Authorization Act of 1987* (DDAA) 10 U. S. C. § 2409 ; *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010* (*Dodd-Frank Act*) §§ 748, 922, 1057 ; *Employee Polygraph Protection Act* (EPPA) 29 U. S. C. § 2002(4) ; *Energy Reorganization Act of 1974* (ERA) 42 U. S. C. § 5851 ; *False Claims Act* (FCA) 31 U. S. C. § 3730 ; *FBI Employee Whistleblower Protections* 5 U. S. C. § 2303(a) ; *FDA Food Safety Modernization Act* 21 U. S. C. § 399d ; *Federal Mine Safety and Health Act* (FMSHA) 30 U. S. C. § 815 ; *Federal Railroad Safety Act* (FRSA) 49 U. S. C. § 20109 ; *Federal Water Pollution Control Act* (FWPCA) 33 U. S. C. § 1367 ; *International Safe Container Act* (ISCA) 46 U. S. C. § 80507(a) ; *Moving Ahead for Progress in the 21st Century Act* (MAP-21) 49 U. S. C. § 30171 ; *National Transit Systems Security Act* (NTSSA) 6 U. S. C. § 1142 ; *Occupational Health and Safety Standards Act* (OSHA) 29 U. S. C. § 660 ; *Patient Protection and Affordable Care Act* (ACA) 29 U. S. C. § 218c ; *Pipeline Safety Improvement Act* (PSIA) 49 U. S. C. § 60129 ; *Safe Drinking Water Act* (SDWA) 42 U. S. C. § 300j-9(i) ; *Sarbanes-Oxley Act of 2002* (SOX) 18 U. S. C. § 1514A ; *Seaman's Protection Act* (SPA) 46 U. S. C. § 2114 ; *Solid Waste Disposal Act* (SWDA) 42 U. S. C. § 6971 ; *Surface Mining Control and Reclamation Act* (SMCRA) 30 U. S. C. § 1293 ; *Toxic Substances Control Act* (TSCA) 15 U. S. C. § 262 ; *Wendell H. Ford Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century* (AIR21) 49 U. S. C. § 42121 ; *Whistleblower Protection Act of 1989* (WPA) 5 U. S. C. §§ 1221, 1213, 1214.

<sup>131</sup> *Most legal disputes are rarely decided by judges and almost never by juries*. Rakoff, Jed S., *Why the Innocent Plead Guilty and the Guilty Go Free*, Farrar, Strauss and Giroux, 2021, p. 106.

<sup>132</sup> Jed S. Rakoff est juge fédéral depuis 1996 pour le *United States District Court for the Southern District of New York*. Auparavant, il a été procureur et avocat. Il est l'auteur de plus de 1800 opinions juridiques ou jugements et est professeur adjoint de droit aux universités de Columbia et NYU.

poursuite différée (DPA), son rôle se limite à entériner un marchandage déjà conclu entre le procureur et les mis en cause, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. On se trouve donc bien en présence d'une « justice négociée » ou, selon la formule d'Antoine Garapon, d'une « justice sans la Justice<sup>133</sup> ».

L'aboutissement d'une procédure d'enquête par le DOJ ou par la SEC prend différentes formes. Les principales sont (1) la *declination* (sorte de non-lieu administratif, mais qui peut être assorti de conditions), (2) un type d'accord hors procès (NPA ou DPA) qui est le cas le plus fréquent ou, (3) troisième hypothèse, un procès, qui s'il aboutit à un verdict de culpabilité, implique une sentence.

L'utilisation extensive d'accords hors procès étant la marque qui caractérise l'évolution de la justice américaine, nous examinerons d'abord, dans une perspective historique, comment ce type de résolution s'est développé, puis nous expliquerons les mécanismes des différents procédés d'adjudication et l'évolution récente de la justice négociée.

#### **A. Le développement de la justice négociée**

266. L'utilisation de procédures judiciaires ou quasi judiciaires qui permettent de régler des litiges en évitant d'avoir recours à un procès avec tout ce qu'il implique en termes de publicité, de coûts et de lenteurs administratives cadre bien avec un système de *common law*. Dans la droite ligne du pragmatisme américain, l'objectif est davantage de trouver une solution pratique à une situation donnée que de rendre une justice idéale.

Selon Peter Reilly<sup>134</sup>, l'accord de justice différée (*Deferred Prosecution Agreement* ou DPA) apparaît au début du XX<sup>e</sup> siècle comme un moyen de traiter de manière efficace, sans compromettre les chances de rédemption du contrevenant, de petites infractions comme des vols à l'étalage par des adolescents ou des contrefaçons commises pour la première fois. En l'occurrence, l'objectif est de protéger la société contre des récidives, mais aussi de ne pas accabler

---

<sup>133</sup> Voir Garapon, Antoine & Servan-Schreiber, Pierre, *Deals de justice. Le Marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

<sup>134</sup> Peter R. Reilly est professeur de droit à l'université du Texas A & M. Il a publié en janvier 2016 « *Justice Deferred is Justice Denied: We Must End Our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecutions* » (Une justice différée est une justice niée. Nous devons cesser l'expérience manquée des déferrements de poursuites contre les crimes d'entreprise), article qui a eu un grand retentissement dans les cercles judiciaires et universitaires. Voir : <http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2974&context=lawreview>.



des individus qui sont eux-mêmes souvent victimes de circonstances sociales difficiles et dont on souhaite faire à terme des citoyens productifs. La procédure du DPA est ainsi mise en œuvre par le *Chicago Boys Court* (tribunal pour adolescents de Chicago) en 1914. L'utilisation de cette procédure se généralise après la Seconde Guerre mondiale, mais seulement pour des individus qu'on cherche à ne pas stigmatiser en évitant de leur constituer un casier judiciaire. Les DPA sont souvent accompagnés de promesses de se réformer de la part du contrevenant qui peut être condamné à des peines de substitution, comme la participation à des travaux d'intérêt général ou à des stages de formation professionnelle.

En 1977, le DOJ annonce une approche plus large et sollicite les commentaires du public. L'utilisation du DPA doit désormais répondre à trois objectifs : « (1) prévenir des activités criminelles futures par certaines catégories de contrevenants en les détournant des formes traditionnelles de procès et en les orientant vers une supervision et des services communautaires ; (2) réduire les dépenses et l'utilisation des ressources de l'administration judiciaire afin de les réorienter vers des cas plus importants, et (3) fournir, quand c'est opportun, un moyen de restitution aux communautés et aux victimes du crime<sup>135</sup>. »

En 1979, le DOJ publie des directives pour l'utilisation de DPA lorsque les trois objectifs précités sont remplis. Il n'est alors question d'employer la procédure que dans le cadre d'infractions individuelles de relativement faible ampleur.

267. C'est à partir de 1999 que l'application de la procédure à des crimes d'entreprise commence à être sérieusement envisagée. Dans une circulaire du 16 juin intitulée *Bringing Criminal Charges Against Corporations*<sup>136</sup>, le ministre adjoint de la Justice, Eric Holder<sup>137</sup>, écrit : « Inculper des entreprises lorsqu'elles commettent des crimes permet au gouvernement de traiter ce problème et de jouer un rôle positif pour changer la culture des entreprises, modifier leur comportement et prévenir, mettre en évidence et punir le crime en col blanc [...] Lorsqu'ils conduisent une enquête, déterminent s'il faut inculper et négocient des accords de culpabilité, les procureurs doivent tenir

---

<sup>135</sup> (1) to prevent future criminal activity among certain offenders by diverting them from traditional processing into community supervision and services; (2) to save prosecutive and judicial resources for concentration on major cases; and (3) to provide, where appropriate, a vehicle for restitution to communities and victims of crime.

<sup>136</sup> Inculpations criminelles [pénales] des entreprises.

<sup>137</sup> Le mémorandum Holder du 16 juin 1999 comporte treize pages. Nous ne citons ici que la traduction libre de quelques passages. Le texte complet est disponible sur le site du DOJ, <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>.

compte de facteurs spécifiques [...] Alors que ni une entreprise, ni un individu suspectés de malfaisance ne doivent pouvoir éviter d'être inculpés simplement en payant une somme d'argent, le procureur peut, lorsqu'il décide s'il doit ou non inculper, prendre en considération la volonté de restitution de l'entité et les mesures déjà prises à cet égard aussi bien que d'autres actions de remédiation comme la mise en place d'un programme de compliance efficace ou l'amélioration d'un programme existant et la prise de sanctions contre les coupables [...] Les principaux objectifs de la loi pénale sont la dissuasion, la punition et la réhabilitation [...] néanmoins, ces objectifs peuvent être réalisés sans nécessairement recourir aux procédures criminelles de mise en accusation.<sup>138</sup> »

268. Dans les années qui suivent la diffusion de la circulaire Holder, deux événements majeurs précipitent une utilisation généralisée des DPA ou, plus précisément, de ce qu'on appelle aux États-Unis, les procédures de diversion avant procès (PDA, *pretrial diversion procedures*)<sup>139</sup> :

– Les attentats du 11 septembre 2001 provoquent un choc. On craint de nouvelles attaques et la priorité absolue devient la lutte contre le terrorisme. En conséquence, l'emploi des ressources du DOJ et des autres organes gouvernementaux est réorienté et la lutte contre les crimes d'entreprises passe au second plan. Les inspecteurs/procureurs n'ont plus le temps ni les moyens de se consacrer à des enquêtes sur des affaires financières complexes et chronophages et sont heureux d'avoir à leur disposition des moyens qui leur permettent de conclure plus rapidement leurs dossiers. De leur côté, les sociétés et leurs avocats connaissent les charges à leur encontre et liquider un contentieux relativement rapidement et discrètement peut sembler une bonne stratégie.

---

<sup>138</sup> *Indicting corporations for wrongdoing enables the government to address and be a force for positive change of corporate culture, alter corporate behavior, and prevent, discover, and punish white collar crime... In conducting an investigation, determining whether to bring charges, and negotiating plea agreements, prosecutors should consider [specific] factors... Although neither a corporation nor an individual target may avoid prosecution merely by paying a sum of money, a prosecutor may consider the corporation's willingness to make restitution and steps already taken to do so, as well as other remedial actions such as implementing an effective corporate compliance program, improving an existing one, and disciplining wrongdoers, in determining whether to charge the corporation... The primary goals of criminal law are deterrence, punishment, and rehabilitation..., however, these goals may be satisfied without the necessity of instituting criminal proceedings.*

<sup>139</sup> Voir Copland, James R., « *The Shadow Regulatory State, The Rise of Deferred Prosecution Agreements* », *Civil Justice Report*, n° 14, May 2012.

– La déconfiture d’Arthur Andersen<sup>140</sup>, alors l’une des cinq firmes comptables parmi les plus réputées du monde, met au chômage plus de vingt mille employés dont l’immense majorité n’a rien à voir avec le scandale Enron. Beaucoup, dans l’opinion publique et au Congrès, blâment l’entêtement et le manque de souplesse du DOJ. La possibilité d’utiliser des moyens plus chirurgicaux, qui ne mettent pas nécessairement en péril l’existence même de l’entreprise et protègent l’emploi de salariés innocents, paraît aussi une meilleure approche.

269. C’est ainsi qu’en 2003 commence l’ère de l’utilisation généralisée des instruments de la justice négociée. Cette transformation est officiellement encouragée par une nouvelle circulaire du DOJ du 20 janvier 2003 dans laquelle le nouveau ministre adjoint de la Justice, Larry Thompson<sup>141</sup>, précise que « dans certaines circonstances, accorder à une société l’immunité ou l’amnistie ou lui éviter un procès peut être considéré lors du déroulement d’une enquête [par le procureur]<sup>142</sup> ».

## **B. Les procédures d’adjudication**

270. Les issues possibles d’une investigation criminelle sont la *declination* (non-lieu), le *Non Prosecution Agreement* (NPA) (accord de non-poursuite), le *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) (accord de poursuite différée), le *guilty plea* (plaider coupable) et le procès donnant éventuellement lieu à une procédure d’appel. Les NPA, DPA et plaider coupable sont considérés, dans la typologie de l’OCDE, comme des mécanismes de résolution hors procès.

### **1. Declination**

271. La *declination*, pour une société mise en cause qui a fait l’objet d’une investigation, est sans doute le meilleur résultat possible. Elle prend habituellement la forme d’une simple lettre du responsable de l’équipe d’inspection envoyée à la société ou à son avocat-conseil l’avisant qu’ayant pris en compte tous les éléments du cas, la procédure engagée contre l’entreprise n’est pas poursuivie : elle éteint donc l’enquête judiciaire. Dans le cas des inspections de banques, où

---

<sup>140</sup> Accusée par le DOJ de violation du FCPA dans le cadre du scandale Enron, la firme a gagné son appel à la Cour Suprême, mais avait perdu la plupart de ses clients. Voir ci-dessus.

<sup>141</sup> La circulaire Thompson est disponible sur le site du DOJ, [https://assets.hcca-info.org/Portals/0/PDFs/Resources/Conference\\_Handouts/Clinical\\_Practice\\_Compliance\\_Conference/2006/Tues/501-%20Handout%201.pdf](https://assets.hcca-info.org/Portals/0/PDFs/Resources/Conference_Handouts/Clinical_Practice_Compliance_Conference/2006/Tues/501-%20Handout%201.pdf).

<sup>142</sup> *In some circumstances, granting a corporation immunity or amnesty or pretrial diversion may be considered in the course of the government's investigation.*

les équipes de contrôle n'incluent pas nécessairement un représentant du DOJ, l'entité inspectée reçoit un rapport d'évaluation. Il est souvent accompagné d'un protocole d'accord (*memorandum of understanding* ou MOU) parfois très détaillé<sup>143</sup> qui servira de fondement à une prochaine mission d'inspection. Les pénalités pour non mise en place des changements préconisés par le MOU dans les délais impartis<sup>144</sup> peuvent être sévères.

272. Depuis le lancement par le DOJ, en 2016, du programme de coopération avec les entreprises, les lettres de *declination* peuvent être publiées. Comme elles expliquent le raisonnement du DOJ derrière la décision de cesser les poursuites judiciaires, elles ont une valeur pédagogique et servent de lignes directrices pour les sociétés dans des situations similaires. Si la *declination* implique l'absence d'amende pénale, elle peut néanmoins s'accompagner d'obligations de restitutions de biens ou de profits réalisés illégalement, connues en droit américain sous le terme évocateur de *disgorgement* (dégorgement). Par exemple, le DOJ a publié en 2016 la lettre de *declination* adressée le 29 septembre à une entreprise du Texas, HMT LLC<sup>145</sup>, qui risquait d'être inculpée pour corruption dans le cadre du FCPA et s'était autodénoncée. La société avait versé des pots-de-vin estimés à un montant global de l'ordre de \$500 000 à des agents publics étrangers en Chine et au Vénézuëla, mais elle s'était engagée à restituer (*disgorge*) aux autorités américaines la somme de \$2 719 412, représentant le bénéfice illicite de ses opérations dans les deux pays concernés.

## 2. NPA et DPA

273. Le NPA et DPA sont des procédures qui ont pour objectif d'instituer une période de sursis (*probation period*) avant une inculpation formelle ; elles sont ainsi qualifiées de *pretrial diversion agreements* ou PDA, littéralement « accords de contournement du procès ». Tous les PDA sont le résultat d'un accord écrit de compromis entre un défenseur, qui aux États-Unis peut être une personne physique ou morale, et un ou plusieurs « accusateurs ». Ces derniers sont généralement une ou plusieurs autorités de poursuite fédérales spécialisée ou d'État fédéré. Les accusateurs sont le plus fréquemment les procureurs du DOJ (que ce soit au niveau des services spécialisés fédéraux

---

<sup>143</sup> L'auteur de la présente thèse a travaillé sur des MOU d'une centaine de pages préconisant des changements granulaires, tels que la constitution de dossier KYC (*know your customer*) par catégories de clients d'une agence bancaire.

<sup>144</sup> Souvent une période d'un à trois ans pour les banques.

<sup>145</sup> Voir <https://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/4000/003338.pdf>.

ou à celui du district régional comme le District sud de New York) et les représentants d'agences fédérales comme la SEC ou le FCIC à qui la loi donne un pouvoir de poursuite (*enforcement*). Les actes d'accusation (*indictments*), ainsi que les accords de résolution, peuvent être signés par plusieurs autorités.

274. Le premier NPA signé par la SEC seule remonte à 2013<sup>146</sup> et concerne la société Ralph Lauren Corporation qui s'est autodénoncée à la suite d'irrégularités comptables provoquées par sa filiale en Argentine. La société a réglé une pénalité de restitution (*disgorgement*) de \$734 846. Souvent, le PDA est signé par plusieurs parties accusatrices représentant l'État fédéral et parfois une agence de l'État local où les actions criminelles ont été commises. Le NY DFS (*New York Department of Financial Services*, Département de l'État de New York pour les services financiers) qui est le régulateur supervisant, dans l'État de New York, les activités bancaires et d'assurances est cosignataire de nombreux accords concernant les sociétés opérant sur son territoire. Les procédures de type PDA ont pour effet de suspendre, pour une période donnée, (*probation*) l'action judiciaire afin de permettre à l'entité en cause de réaliser les réformes auxquelles elle s'engage et généralement de payer, dans les trente jours qui suivent l'accord, des pénalités financières.

275. Une caractéristique clé est que, dans l'accord de PDA, la firme mise en cause reconnaît des faits, mais non sa culpabilité. Cela permet d'éviter les conséquences très néfastes qu'aurait un verdict de culpabilité comme la création d'un casier judiciaire, les pertes automatiques de licences, l'impossibilité de concourir pour des marchés publics, la perte d'accréditation pour certaines activités (par exemple, pour une firme pharmaceutique ses produits ne seraient plus remboursables par les systèmes d'assurance maladie), l'interdiction d'exercer pour certaines professions (médecins, avocats, comptables, architectes). La période de probation est variable et dépend de la gravité des problèmes détectés et du temps nécessaire pour mettre effectivement en place les réformes énoncées dans l'accord. Elle est souvent d'un à trois ans, mais si l'on considère la centaine d'accords conclus au cours de l'année 2015, les durées de probation vont de six mois (Ansun Biopharma) à dix ans (Exide Technologies). Le grand nombre d'accords conclus cette année-là s'explique par la mise en place de la convention américano-helvétique sur le démarchage

---

<sup>146</sup> Voir communiqué de presse de la SEC, 22 avril 2013, SEC.gov | *SEC Announces Non-Prosecution Agreement With Ralph Lauren Corporation Involving FCPA Misconduct* (stanford.edu).

bancaire et la répression de l'évasion fiscale qui conduit une soixantaine de banques suisses à régulariser leur situation aux États-Unis en négociant, dans chaque cas, un accord NPA spécifique. Le programme spécial du DOJ couvrant les banques suisses prévoit une durée de probation de quatre ans. Le montant de l'amende et des autres pénalités est calculé en fonction des montants des infractions commises, de leur gravité, de leur continuité dans le temps et des profits indus de l'entreprise. Le barème des peines est public et revu annuellement par le Congrès dans le cadre des *Sentencing Guidelines*<sup>147</sup>. Le mode de calcul et les montants sont indiqués dans l'accord signé par la firme et ses accusateurs.

276. La principale différence procédurale entre un NPA et un DPA est que, comme le laissent entendre les termes, dans le NPA il n'y a pas d'acte d'accusation enregistré alors que dans le cas du DPA un acte d'accusation est déposé auprès d'un parquet, mais les poursuites sont différées pendant la période probatoire. Si, à l'issue de la période probatoire, l'entité en cause a rempli toutes les conditions de l'accord, l'acte d'accusation devient caduc.

La procédure du DPA implique donc une homologation par un juge alors que celle du NPA se déroule sans intervention du juge. Dans les deux cas, si l'entité mise en cause remplit bien toutes les obligations de l'accord au terme de la période probatoire, le dossier est classé sans suite. Toutefois, en cas de manquement, récidive ou autre litige avec les autorités, le dossier pourrait être réactivé et il est probable que les accusateurs se montreront alors moins conciliants. En pratique, les deux types d'accords sont négociés de la même manière entre l'entité mise en cause ou son conseil juridique d'une part et le ou les accusateurs d'autre part. C'est le plus souvent le procureur qui, lorsque les discussions sont bien avancées, décide entre le NPA et le DPA. Dans la rédaction des accords, l'exposé des faits est habituellement plus bref dans un NPA que dans un DPA. La procédure de NPA est moins formelle et on l'utilise pour régler des situations génériques ou lorsque l'infraction constatée est considérée comme relativement peu grave ou que la société mise en cause a fait preuve d'une grande coopération avec les autorités. La formule du NPA a été utilisée pour les accords de résolution avec plus d'une soixantaine de banques suisses qui désiraient, en 2015, régulariser leur situation aux États-Unis après le changement de la loi helvétique sur le secret bancaire et la nouvelle convention entre les États-Unis et la Suisse. La problématique étant la même pour chaque banque, il devenait aisé d'avoir un accord modèle qui était ensuite adapté à la

---

<sup>147</sup> Voir ci-dessus.

situation de chaque signataire. De même, dans l'affaire Ralph Lauren citée plus haut, la compagnie s'était autodénoncée et le montant de l'infraction était relativement peu élevé eu égard l'ensemble des activités de l'entreprise.

277.En ce qui concerne le contenu des accords, on retrouve généralement la même structure : un exposé des faits formellement reconnus par l'entité, la description des infractions avec précision des dates de commission et des montants, le calcul des pénalités, un programme de remédiation et des obligations de compliance parfois très détaillées. On y rencontre aussi des clauses standard comme l'obligation de confidentialité, le renoncement par l'entité au recours judiciaire qu'elle pourrait entamer, l'interdiction de contredire publiquement les faits qui servent de prémices à l'accord (parfois appelée la « clause muselière », *gag clause*) et l'engagement de ne pas récidiver. Certains notent que la clause muselière crée un déséquilibre en faveur du procureur puisqu'il peut rouvrir le dossier à tout moment alors que la société visée ne peut communiquer avec le public ou les médias sans l'autorisation expresse du procureur ou du juge.

### 3. Monitorat

278.Lorsque le procureur (ou, plus rarement, le juge) estime que l'entité mise en cause n'a pas les moyens par elle-même de prendre les mesures de remédiation qui lui sont imposées, il peut inclure dans l'accord l'obligation de recruter un moniteur indépendant qui dispose de pouvoirs d'investigation très vastes au sein de la société et doit rendre compte régulièrement au conseil d'administration (*Board of Directors*), aux régulateurs compétents et au procureur. Le moniteur est rémunéré par la société mise en cause, mais doit être agréé par les autres signataires de l'accord. Le moniteur est habituellement un groupe de consultants spécialisés, d'experts-comptables, de techniciens et de juristes particulièrement qualifiés. La société est tenue de mettre à sa disposition des locaux adéquats et des moyens d'investigation et de communication qui lui permettent d'accomplir leur mission. Dans les grandes sociétés qui ont une présence internationale, le groupe de monitorat peut inclure plusieurs dizaines de personnes qui visitent, aux frais de l'entité, l'ensemble des lieux d'activité à travers le globe. La nomination de moniteurs a pu prêter à des abus. Par exemple, Christopher (« Chris ») Christie lorsqu'il est procureur fédéral (*US District*

*Attorney*) pour le New Jersey de 2002 à 2008<sup>148</sup> dirige une équipe de 137 avocats/procureurs adjoints qui utilise efficacement les dispositions du FCPA contre la corruption et obtient la révocation de plus de 130 hauts fonctionnaires ou élus locaux qui sont condamnés ou reconnaissent leur culpabilité. Mais dans son zèle, l'équipe de Christie conclut avec des sociétés au moins sept DPA dont les termes donnent lieu à controverse. Dans le cas de la firme pharmaceutique Bristol Myers, l'accord comprend une clause selon laquelle l'entreprise s'engage à financer à hauteur de \$5 millions une chaire d'éthique à l'université de Setton Hall dont Christie est un ancien élève. Dans le cas d'une autre firme pharmaceutique, Zimmer Holdings, l'accord exige la nomination d'un moniteur et c'est Ashford Group, la firme dont le président est John Ashcroft, ancien supérieur hiérarchique de Christie au DOJ, qui est sélectionné de gré à gré pour un contrat de monitorat d'au moins \$28 millions<sup>149</sup>. Ces apparents conflits d'intérêts ne seraient plus possibles depuis qu'une circulaire du DOJ du 7 mars 2008 précise les fonctions et les critères de sélection des moniteurs<sup>150</sup>, mais le choix des moniteurs et leur rémunération demeure une question délicate.

#### 4. Le plaider coupable et le rôle du juge

279. Lorsqu'une procédure judiciaire aboutit à une *declination*, un NPA ou un DPA, il n'y a pas de reconnaissance de culpabilité du mis en cause, même si – dans les NPA et DPA – il y a admission des infractions. Dans le cas du « plaider coupable » (*guilty plea*), la culpabilité, – par définition reconnue par l'accusé – est entérinée par un juge. En droit criminel américain, et en application de l'article 3 de la Constitution<sup>151</sup>, toute personne accusée d'une infraction peut demander à être jugée par un jury de ses pairs. En pratique, à la suite d'une jurisprudence sanctionnée par la Cour Suprême, la présence d'un jury n'est nécessaire que lorsque la peine prévue est de six mois au moins d'emprisonnement. De plus, l'accusé peut renoncer à son droit à un jury pour être jugé par un simple juge. On passe alors d'un *trial by jury* (procès par jury) à un

---

<sup>148</sup> Par la suite Christie est élu gouverneur du New Jersey de 2010 à 2018. Il est aussi candidat à la présidence de la République en 2016, mais est battu aux élections primaires pour le parti républicain par Donald Trump qui le nomme directeur de son comité de transition, mais ne lui offre pas de poste ministériel.

<sup>149</sup> Voir Shenon, Philip, « *Ashcroft Deal Brings Scrutiny in Justice Department* », article publié dans le *New York Times*, 10 janvier 2008.

<sup>150</sup> *Memorandum on the Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations*, aussi connu sous le nom de son auteur Graig S. Morford, disponible sur le site du DOJ, <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-163-selection-and-use-monitors>.

<sup>151</sup> *The Trial of all Crimes [...] shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed.*



*bench trial* (procès par juge en banc). Dans les cas de crimes en col blanc ou financiers, surtout si une négociation a déjà eu lieu entre le ou les accusateurs (souvent le DOJ et des agences administratives) et le défenseur, les parties ont intérêt à éviter les incertitudes et lenteurs que pourrait créer la présence d'un jury : le procès se déroule alors sous la présidence d'un seul juge.

280. Le rôle du juge, si un accord préalable entre les parties a été conclu, est plus de déterminer si les procédures judiciaires ont bien été respectées que de prononcer une sentence puisque les termes de celle-ci sont déjà convenus entre les parties. On attend en quelque sorte simplement du juge qu'il entérine un accord préétabli. Au début du procès, il ou elle demande à l'accusé comment il désire plaider (coupable ou non coupable). Si l'accusé plaide coupable, le processus de *discovery* est éteint et l'on passe immédiatement à la phase de jugement et sentence. Par exemple, en juin 2014, après des mois de négociation avec les autorités, directement ou par avocats interposés, la banque BNP Paribas, représentée par Georges Dirani, responsable des affaires juridiques et par ses avocats américains, comparaît devant Lorna Schofield, *US District Judge for the Southern District of New York*. Le rôle de la juge se limite alors à vérifier l'identité et les pouvoirs du défendeur à qui il est demandé de confirmer son plaider coupable, à revoir en détail avec le défendeur les différentes phases du processus judiciaire, et à s'assurer qu'aucune irrégularité n'a été commise et enfin que le défendeur est bien informé et conscient des conséquences de son plaider coupable. Ce n'est qu'ensuite, sans véritable discussion sur le fond de l'affaire, qu'elle approuve les termes de l'accord de plaider coupable<sup>152</sup>.

## 5. Procès, le cas *Abacus Federal Savings*

281. Les cas de procès sans accord de type NPA/DPA ou plaider coupable sont rares en matière de crimes en col blanc ou de délits financiers, parce que, d'une part, les régulateurs font habituellement un travail de préparation sérieux et effectuent un tri des dossiers qu'ils poursuivent et que, d'autre part, les défendeurs savent qu'ils ont commis des infractions et qu'il est de leur intérêt de transiger.

---

<sup>152</sup> Voir compte rendu d'audience et articles de presse, par exemple « *BNP Paribas pleads guilty to criminal charges in sanctions case* », *The Guardian*, 30 juin 2014 et Douglas, Danielle, article du *Washington Post* publié le même jour, [https://www.washingtonpost.com/business/economy/frances-bnp-paribas-to-pay-89-billion-to-us-for-money-laundering/2014/06/30/6d99d174-fc76-11e3-b1f4-8e77c632c07b\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/business/economy/frances-bnp-paribas-to-pay-89-billion-to-us-for-money-laundering/2014/06/30/6d99d174-fc76-11e3-b1f4-8e77c632c07b_story.html).

282. Il arrive toutefois que le mis en cause, estimant être injustement poursuivi, soit prêt à mener la procédure judiciaire à son terme. Citons ici le cas de Abacus Federal Savings Bank, petite banque<sup>153</sup> fondée en 1984 dans le quartier chinois de Manhattan, New York, par Thomas Sung, patriarche d'une famille originaire de Chine et dont les activités sont centrées sur le financement des membres de la communauté chinoise locale. En mai 2012, en pleine crise des *subprimes*, la banque, son fondateur et 19 employés sont formellement mis en accusation (*indicted*) par les avocats/procureurs du district de Manhattan travaillant sous les ordres de Cyrus Vance Jr<sup>154</sup>. Il y a un total de 240 chefs d'accusation pour fraudes sur la documentation de prêts immobiliers et autres infractions. Les inculpés estiment l'acte d'accusation injuste d'autant plus que la banque s'était autodénoncée en signalant elle-même aux régulateurs des lacunes dans la documentation de certains prêts et, en fin de compte, le taux de remboursement des prêts consentis est de loin supérieur à la moyenne nationale. Les avocats font aussi valoir au jury qu'à la même époque beaucoup de grandes banques ont commis des fraudes de bien plus grande ampleur et ne sont pas poursuivies.

Après un procès de quatre mois et plus de \$10 millions de frais judiciaires, le 4 juin 2015, la banque, son fondateur et les principaux cadres sont déclarés non coupables par le jury<sup>155</sup>. Par la suite, quelques employés plaident coupables pour avoir fourni des informations inexactes sur les emprunteurs. Le cas de Abacus Federal Bank reçoit une forte attention médiatique<sup>156</sup> et, même s'il est un exemple rare de procès gagné par les inculpés en matière de fraude financière et de crime en col blanc, il atteste que le système judiciaire américain offre des recours réels aux citoyens et aux sociétés.

\* \* \*

283. Il existe ainsi une sorte de gradation. Les affaires où les infractions sont légères et où il y a autodénonciation sont réglées par *declination* ; celles où les infractions sont génériques, liées à un type d'activité et considérées de gravité moyenne donnent lieu à des NPA. Dans les cas plus graves,

---

<sup>153</sup> Son total de bilan est inférieur à \$300 millions.

<sup>154</sup> Cyrus Vance Jr., dont le père était ministre des Affaires étrangères, a poursuivi, avec plus ou moins de succès, plusieurs personnalités dont Dominique Strauss-Kahn, Jeffrey Epstein, Paul Manafort et Donald Trump.

<sup>155</sup> McKinley Jr., James, « *Abacus Bank Found Not Guilty of Mortgage Fraud and Other Charges* », *New York Times*, 4 juin 2015, [https://www.nytimes.com/2015/06/05/nyregion/abacus-bank-found-not-guilty-of-mortgage-fraud-and-other-charges.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2015/06/05/nyregion/abacus-bank-found-not-guilty-of-mortgage-fraud-and-other-charges.html?_r=0).

<sup>156</sup> Citons le livre publié en 2014 du journaliste Taibbi, Matt, *The Divide. American Injustice in the Age of the Wealth Gap* et le film documentaire de James, Steve, *Abacus. Small Enough to Jail*, présenté au festival de Toronto et nominé pour un oscar en 2018.

selon le degré de coopération des mis en cause, la nature et la durée des infractions, les procureurs peuvent opter pour un DPA ou un plaider coupable. S'il y a peu ou pas de coopération, le DPA est pratiquement exclu. Cela explique, par exemple, la sévérité des autorités de poursuite en 2014 dans le cas BNP Paribas où la banque a ignoré pendant des années les avertissements des régulateurs.

Quel que soit l'aboutissement du processus judiciaire, le juge y joue un moindre rôle qu'en Europe. Certains juristes, y compris des magistrats, le déplorent. Selon Jed Rakoff, le juge américain devrait pouvoir s'assurer, comme le fait son homologue britannique, que dans tous les cas qui lui sont soumis l'adjudication respecte quatre critères d'évaluation : elle devrait être juste, raisonnable, adéquate (dans le sens où la sentence doit être proportionnelle à la faute) et dans l'intérêt du public<sup>157</sup>. Toutefois, l'évolution récente de la justice aux États-Unis montre que la place du juge tend au contraire à diminuer.

### C. L'évolution récente des modes de résolution

284. Les mécanismes de résolution que nous venons de décrire s'appliquent à toutes les infractions définies par la loi, y compris l'ensemble des crimes en col blanc : atteintes à la législation contre les monopoles et cartels, contre divers types de fraudes, les pots-de-vin, l'évasion fiscale, les crimes environnementaux, les infractions à la législation bancaire et financière, les fraudes comptables et la corruption d'agents publics étrangers. Il s'agit donc d'un champ d'application plus large que celui de la CJIP française<sup>158</sup>. Les crimes économiques le plus souvent poursuivis, et qui font l'objet de jurisprudences très documentées, sont ceux concernant les infractions aux lois sur les marchés financiers de 1933 et 1934 ; les crimes concernant l'environnement et la santé ; la corruption telle que définie par le FCPA de 1977 et ses amendements ; les violations des obligations de compliance du *Bank Secrecy Act* de 1970 et des lois qui le complètent, en particulier le *USA PATRIOT Act* de 2001 et le non-respect des exigences sur la comptabilité et la gouvernance définies par le *Sarbanes Oxley Act* de 2002. La promulgation de la loi AMLA (*Anti Money Laundering Act*) en décembre 2020 pourrait être le prélude à des

---

<sup>157</sup> *Fair, reasonable, adequate and in the public interest*. Voir Eisinger, Jesse, *The Chickenshit Club*, op. cit., p. 297. Voir aussi Rakoff, Jed S, *Why the innocent plead guilty and the guilty go free*, op. cit. La position du juge avait été exprimée dans un jugement (*opinion*) du 28 novembre 2011 *SEC vs Citigroup* où il refusait d'homologuer un accord entre les deux parties car contraire à l'intérêt public, voir <https://online.wsj.com/public/resources/documents/SECCITI11282011.pdf>.

<sup>158</sup> Voir II<sup>e</sup> partie.

poursuites plus nombreuses et sévères pour les crimes liés au blanchiment. Certaines infractions semblent être poursuivies avec plus ou moins de vigueur selon les administrations. Par exemple, les sociétés qui constituent les GAFAM<sup>159</sup> ont créé des monopoles ou des cartels, mais, pour le moment<sup>160</sup>, ne sont pas poursuivies pour infraction à la législation antitrust. En pratique, les investigations du DOJ et des agences administratives fédérales ont pour objectif de découvrir (au sens de *discovery*) des infractions à l'ensemble des lois en vigueur. Pour faire bonne mesure, les actes d'accusation au moment où s'engage la discussion de *plea bargaining* avec les personnes mises en cause inclut très souvent des crimes sous-jacents (*predicate offenses*) comme l'utilisation à des fins frauduleuses de moyens de communication réglementés par l'État fédéral (*mail et wire fraud*) ; si la négociation est fructueuse, seuls quelques chefs d'accusation seront retenus.

De plus en plus, la conclusion du processus judiciaire est un accord hors procès. Selon le juge Rakoff, si 19 % des cas fédéraux en matière civile allaient au procès en 1938, ce pourcentage a été réduit à 11,5 % en 1962 et à seulement 1,1 % en 2015<sup>161</sup>. La même tendance se retrouve en matière pénale, en particulier dans les affaires de corruption.

### 1. Declination, NPA et DPA de 2000 à 2021

285. Les statistiques publiées régulièrement par l'un des grands cabinets juridiques, Gibson Dunn<sup>162</sup>, montrent que l'utilisation de mécanismes de résolution de type PDA dans les cas de litiges judiciaires avec des sociétés est habituelle et régulière à partir de 2003 pour les raisons expliquées ci-dessus. Les procédures d'adjudication NPA et DPA peuvent être utilisées par le DOJ et de nombreuses agences fédérales qui y sont légalement autorisées. Le rôle du DOJ reste toutefois prépondérant. De 2000 à 2021, le cabinet a identifié près de six cents accords passés sous l'autorité du DOJ contre une dizaine seulement pour la SEC. Au cours de la dernière décennie, le nombre annuel de résolutions de type PDA oscille entre 24 et 40 avec une exception en 2015, année durant laquelle sur 102 adjudications recensées, au moins 75 sont des NPA conclus avec des banques helvétiques cherchant à régulariser leur situation aux États-Unis à la suite de l'accord historique entre autorités nationales de supervision concernant le démarchage et l'évasion fiscale.

---

<sup>159</sup> Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft.

<sup>160</sup> L'administration Biden a annoncé une approche plus stricte en ce domaine.

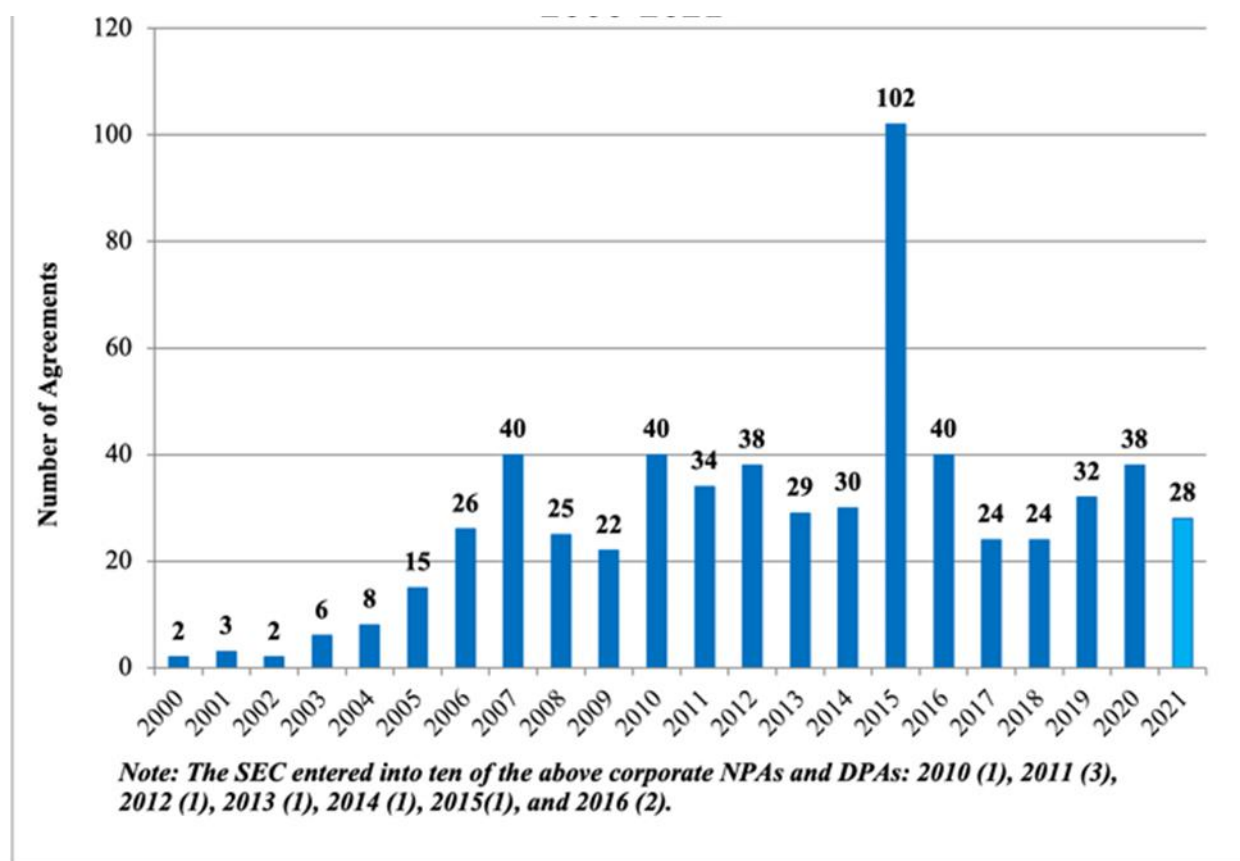
<sup>161</sup> Rakoff, Jed S, *Why the innocent plead guilty and the guilty go free*, op. cit., p. 169.

<sup>162</sup> Voir <https://www.gibsondunn.com/2021-year-end-update-on-corporate-non-prosecution-agreements-and-deferred-prosecution-agreements/>.

Contrairement à ce que certains observateurs escomptaient, le nombre annuel de procédures est resté stable sous l'administration Trump. La diminution du nombre de résolutions de 38 à 28 de 2020 à 2021 s'explique par l'arrivée de la nouvelle administration Biden et par la pandémie de la Covid qui ralentit les procédures. À titre de comparaison, en France, il y a eu cinq CJIP en 2018, trois en 2019, trois en 2020<sup>163</sup> et cinq en 2021<sup>164</sup>.

Le graphique ci-dessous montre le nombre d'accords « négociés » de types NPA et DPA conclus par le DOJ et la SEC avec les sociétés aux États-Unis de 2000 à 2021.

*Figure 12 - Résolutions de type NPA et DPA conclues avec les sociétés de 2000 à 2021<sup>165</sup>*



286. On note aussi, selon les statistiques du même cabinet, que, parmi les types de résolution, le DPA devient de plus en plus le mécanisme dominant. Les NPA ont une place relativement hors

<sup>163</sup> Selon le site de l'AFA consulté le 26 avril 2021 :

<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public>.

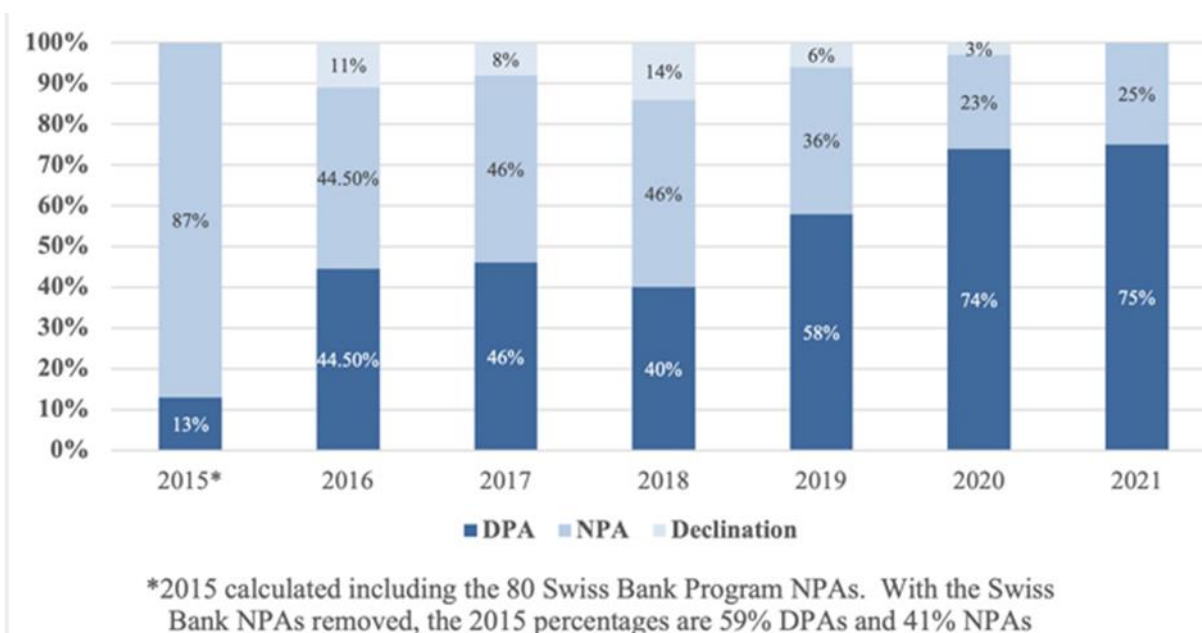
<sup>164</sup> Selon le site du ministère de la Justice consulté le 27 juin 2022 : <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/cjip-13002/>.

<sup>165</sup> Source : Gibson Dunn : <https://www.gibsondunn.com/2021-year-end-update-on-corporate-non-prosecution-agreements-and-deferred-prosecution-agreements/>

norme en 2015 à cause de la régularisation de la situation des banques helvétiques et, si les *declinations* ont fait leur apparition en 2016, c'est essentiellement à cause de la politique de coopération avec les sociétés lancée par Leslie Caldwell qui dirigeait alors la section criminelle du DOJ. Depuis, les *declinations* qui font l'objet de publicité sont moins nombreuses, même si l'on peut supposer que, plus discrètement, le DOJ et les agences spécialisées continuent de conclure leurs investigations par des MOU (*memorandum of understanding*) plus ou moins confidentiels avec les entreprises inspectées. La place relative croissante du DPA s'explique aussi parce que c'est un mécanisme de résolution qui répond bien aux lignes directrices de l'OCDE, car il comporte un minimum de supervision du juge ce qui confère ainsi une plus grande légitimité à l'accord. Le DPA a aussi son équivalent dans d'autres pays, en particulier au Royaume Uni ou les autres juridictions dont le système juridique est inspiré du droit anglais et en France avec le développement de la CJIP à partir de 2017. Cette compatibilité d'instruments d'adjudication facilite, comme nous l'analyserons plus loin, la réalisation d'accords de résolution parallèles impliquant plusieurs juridictions sur une même affaire.

La ventilation annuelle par types de résolution (DPA, NPA, *declination*) pour la période de 2015 à 2021 montre bien la part prédominante des DPA :

*Figure 13 - Ventilation annuelle par type d'accord (DPA, NPA, declination) négocié avec les sociétés de 2015 à 2021<sup>166</sup>*



<sup>166</sup> *Ibid.* Chart 3. *Agreements by Year.*

## 2. Montant des pénalités

287. La sévérité des pénalités imposées aux États-Unis repose sur une doctrine pénale souvent répétée. Comme l'écrit la professeure Jennifer Arlen, « pour lutter contre la criminalité d'entreprise, les lois américaines [...] imposent de lourdes pénalités (*liabilities*) criminelles et civiles aux individus responsables ainsi qu'à leurs employeurs... L'objectif principal de ces sanctions est, et doit être, de dissuader (*deter*) la criminalité d'entreprise. [...] Toute autre disposition qui diminuerait la fonction de dissuasion pour d'autres motifs telles la punition, la rétribution, la vengeance ou la justice sociétale risque de conduire à des effets néfastes qui pourraient avoir des conséquences dommageables sur d'autres personnes, physiques ou morales et n'empêcherait pas nécessairement la récidive de la première action criminelle. Ainsi seules les peines dissuasives sont le meilleur rempart contre la récidive<sup>167</sup>. »

Durant les deux dernières décennies, le montant des pénalités monétaires encaissées par les autorités américaines est en augmentation, comme le montre le graphique ci-dessous. En fait, 2020 aura été une année record avec un total d'amendes collectées de \$9,4 milliards. Les chiffres sont impressionnants, surtout en comparaison des montants collectés en Europe où, à notre connaissance, il n'y a pas de consolidation officielle publiée à l'échelle de l'Union européenne. Il convient cependant de tenir compte des éléments suivants :

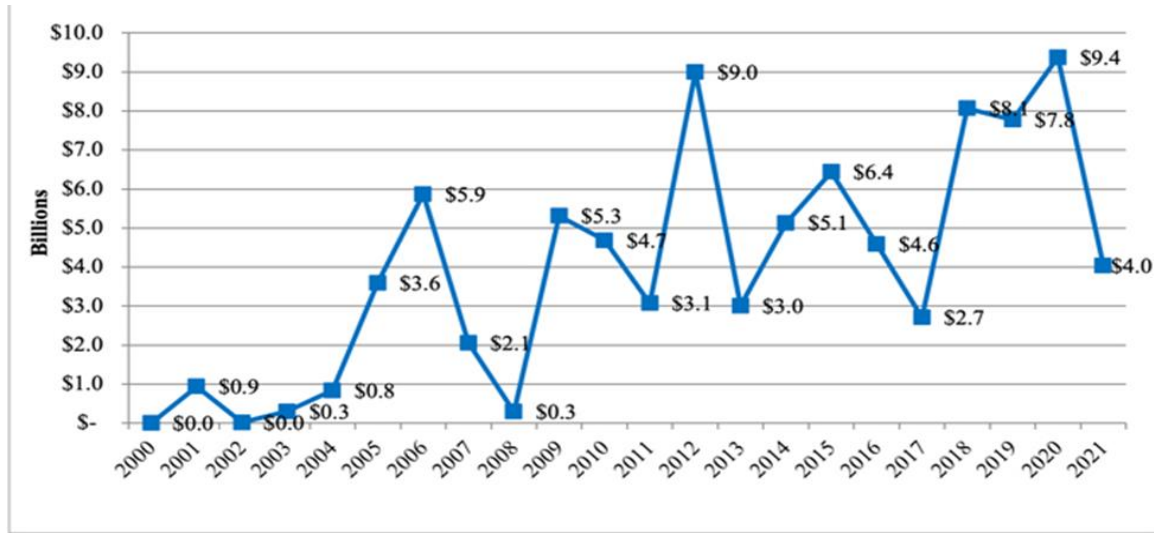
- les statistiques de résolutions publiées par Gibson & Dunn concernent l'ensemble des infractions qui donnent lieu à accords, pas uniquement celles liées à la corruption ;

- les montants annuels sont souvent affectés par quelques très grosses pénalités qui peuvent demander des années de négociation en raison de la complexité des faits et du nombre de parties concernées. En particulier, les amendes et autres pénalités infligées en matière d'infractions contre l'environnement ou dans le domaine de la santé sont habituellement fort élevées. Une bonne partie de ces pénalités est destinée à financer des fonds de remédiation spéciaux ou à indemniser les victimes.

---

<sup>167</sup> Arlen, Jennifer, *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealings*, EE Edgar, 2018, « Introduction », p. 1. Traduction libre.

Figure 14 - Montant annuel des amendes et autres pénalités perçues par les régulateurs américains en application d'accords de NPA ou DPA avec les sociétés de 2000 à 2021<sup>168</sup>



Si l'on s'en tient aux seules poursuites dans le cadre du FCPA, un facteur clé est le degré de coopération de la société mise en cause. Selon les statistiques compilées par le FCPA Clearing House pour la période de 2013 à 2021, l'amende moyenne pour les entreprises qui s'autodénoncent auprès des régulateurs est de \$90,7 millions, alors qu'elle est de \$237,8 millions en l'absence de coopération<sup>169</sup>. Nous analysons plus loin les pénalités encourues dans le cadre de la lutte anticorruption mais on peut déjà retenir que, pour une société, coopérer avec les autorités est une stratégie qui permet effectivement de réduire les amendes. En somme, statistiquement, s'autodénoncer permet de diviser les pénalités par trois, ce qui paraît logique eu égard au mode de calcul défini dans les *US Sentencing Guidelines*.

### **Section 3 : Les tendances actuelles**

288. Les principes de « justice négociée » et de peines sévères afin d'être dissuasives sont solidement ancrés dans les pratiques américaines. On note toutefois des priorités et donc des orientations qui évoluent selon les administrations au pouvoir. Lorsqu'une nouvelle équipe présidentielle se met en place, tous les quatre ou huit ans, il appartient généralement à un ministre

<sup>168</sup> Source : Gibson & Dunn. Voir les références dans les notes ci-dessus.

<sup>169</sup> Voir FCPA Clearing house, tableau *Average sanctions for corporations*, <https://fcpa.stanford.edu/>. Tableau consulté le 27 juin 2020.



adjoint de la Justice, parfois un directeur de département, d'expliquer dans une circulaire les principes et les priorités judiciaires de l'administration entrante. Ces circulaires (*policy memorandum*) sont élaborées après consultation non seulement du président et de son cabinet, mais des responsables administratifs et techniques du DOJ et éventuellement d'autres ministères, souvent en liaison avec des universitaires et des membres du Congrès. Elles sont nominale ment adressées au personnel du DOJ, mais sont aussi largement diffusées, affichées sur le site du DOJ et font l'objet de commentaires et explications de ministres ou hauts responsables. Ces circulaires sont ainsi des instruments de droit souple et méritent d'être étudiées pour mieux appréhender les évolutions des priorités et changements d'orientation au cours de la dernière décennie.

Nous avons vu que l'usage généralisé de procédures de type PDA pour la résolution de crimes d'entreprises trouve son origine dans la circulaire (*memorandum*) Holder de 2010. Nous examinerons maintenant successivement les orientations qui ont fait l'objet de circulaires en ce qui concerne la poursuite des individus impliqués dans des crimes en col blanc (circulaire Sally Yates) ; l'usage des moniteurs (circulaires Morford et Benczowski) ; la coopération avec les entreprises (circulaire Leslie Caldwell) et la coordination judiciaire nationale et internationale (circulaire Rosenstein et *non piling-on policy*).

#### **A. La poursuite des individus (*Sally Yates memorandum*)**

289. L'acte criminel de corruption est commis par un ou plusieurs individus. La responsabilité pénale des sociétés n'exclut pas celle des personnes physiques. Quelle que soit l'organisation à laquelle elles peuvent appartenir et la possibilité de mettre pénalement en cause des employeurs ou autres personnes morales, les personnes physiques restent responsables. La doctrine officielle américaine se trouve résumée en ces quelques lignes de la professeure Arlen : « Lorsque des actions répréhensibles sont commises par des individus qui ont des responsabilités au sein d'une société, ce sont ces individus qui doivent être pénalisés, que ce soit directement par la justice ou indirectement par leur employeur. Imposer une lourde amende à une grande société ne résout pas nécessairement le problème ; dans les cas de sociétés cotées en bourse, ce sont en fait plus les actionnaires que les dirigeants qui sont pénalisés. C'est pourquoi les peines pécuniaires doivent s'accompagner de mesures qui sanctionnent les dirigeants qui ont commis des erreurs, mais aussi et surtout changent les comportements au sein de la société et les relations entre la société et les

agents économiques et sociaux. Cela implique notamment la mise en place de programmes de compliance qui peuvent être particulièrement stricts et exigeants et/ou la nomination d'un moniteur indépendant chargé de mesurer les progrès accomplis<sup>170</sup>. »

290. La question de la responsabilité individuelle des dirigeants de sociétés est l'objet de plusieurs déclarations du DOJ. Le devoir de poursuivre pénalement les individus auteurs de crimes en col blanc est clairement réitéré par Sally Yates, ministre adjointe de la Justice, dans la note circulaire qu'elle adresse le 9 septembre 2015 à l'ensemble des fonctionnaires du DOJ sous le titre *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*<sup>171</sup> (Responsabilité individuelle pour les infractions d'entreprises). Le *Yates memorandum* est publié et largement diffusé. Il reprend le principe selon lequel « l'un des moyens les plus effectifs de combattre la malversation des entreprises est de rechercher la responsabilité des individus qui ont perpétré les infractions.<sup>172</sup> » Il insiste sur l'importance de démasquer et poursuivre les individus coupables et recommande les lignes directrices suivantes :

- afin de bénéficier des atténuations de peine pour coopération, les entreprises doivent communiquer au DOJ toutes les informations factuelles (*relevant facts*) concernant les individus impliqués ;
- dès le début de leurs investigations, au civil comme au pénal, les enquêteurs doivent s'efforcer de mettre à jour les responsabilités individuelles ;
- en l'absence de circonstances exceptionnelles, un accord de résolution ne doit pas mettre à l'abri les individus responsables de poursuites pénales ou civiles ;
- aucun accord de résolution ne devrait être acté tant que les responsabilités individuelles ne sont pas établies.

291. La circulaire Yates est considérée par beaucoup comme une réaction aux critiques, très répandues en 2015, selon lesquelles le DOJ est plus intéressé par la conclusion d'accords comportant des amendes d'un montant élevé que par la poursuite des coupables. En pratique, le mémorandum a bien eu un effet médiatique et, par rapport aux années précédentes, a conduit à une sévérité accrue à l'égard des personnes physiques. Comme cela apparaît dans le graphique ci-

---

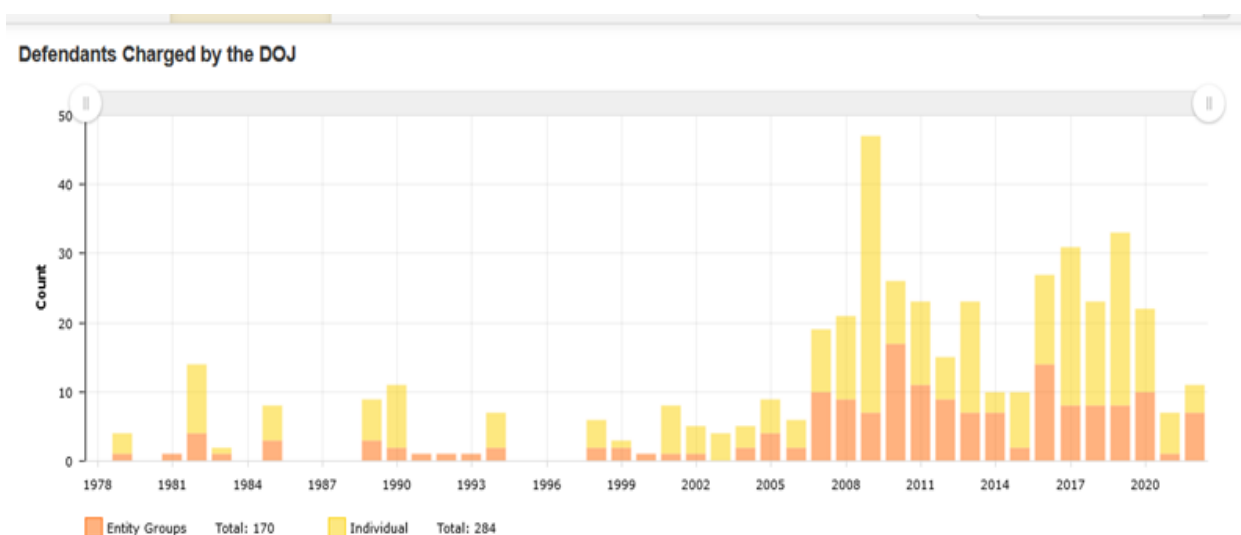
<sup>170</sup> Arlen, Jennifer, *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealings*, EE Edgar, 2018, « Introduction », p. 1.

<sup>171</sup> Texte complet disponible sur le site du DOJ, <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>.

<sup>172</sup> *One of the most effective ways to combat corporate misconduct is by seeking accountability from the individuals who perpetrated the wrongdoing.*

dessous, on note une augmentation, à partir de 2016, du nombre de poursuites contre des individus au titre du FCPA<sup>173</sup>, mais cela n'a pas empêché le développement de la politique du DOJ de coopération avec les sociétés.

*Figure 15 - Groupes d'entreprises et personnes physiques poursuivies par le DOJ pour violation au FCPA de 1977 à 2022<sup>174</sup>*



Selon ce graphique, le nombre de sociétés (ou groupes d'entreprises) poursuivies de 1977 à 2022 au titre du FCPA par le DOJ est de 170, alors que le nombre pour les personnes physiques est de 284. Selon la même source, si on y ajoute les poursuites engagées par la SEC au titre du FCPA pour la même période (197 pour les personnes morales et seulement 96 pour les personnes physiques), le total des poursuites pour faits de corruption à l'encontre des personnes physiques est supérieur au nombre de celles concernant les sociétés (380 contre 367).

292. On pourrait citer de nombreuses déclarations de magistrats, de hauts fonctionnaires et d'hommes politiques proclamant leurs intentions de poursuivre individuellement les criminels, qu'ils soient en col blanc ou non, mais, après deux décennies de « justice négociée » le bilan apparaît mitigé.

<sup>173</sup> Les poursuites d'individus ont augmenté après la publication du *Yates memorandum*, de 2016 à 2019, mais ont diminué en 2020 à cause des priorités changeantes de l'administration Trump et des effets de la pandémie qui freine le travail des enquêteurs.

<sup>174</sup> D'après le site FCPA Clearinghouse consulté le 14 février 2023 : <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>.

Se déclarer dur à l'égard des criminels (*tough on criminals*) est une attitude qui peut être électoralement utile<sup>175</sup>. Beaucoup de journalistes, d'universitaires et de magistrats dénoncent l'impunité au moins relative dont jouissent les dirigeants de sociétés. Pour ne citer que quelques exemples, dès 2011 Anthony S. Barkow et Rachel E. Barkow, professeurs à l'université de New York, publient *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*<sup>176</sup> (Les Procureurs dans la salle du conseil d'administration : Utiliser le droit pénal pour réguler la conduite des entreprises), ouvrage dans lequel ils exposent les nouvelles problématiques de la justice négociée et le risque de relative immunité des dirigeants. En 2015, un autre professeur, Peter Reilly, publie une critique plus acerbe dans un article intitulé : « *Justice Deferred is Justice Denied: We Must End our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecutions* »<sup>177</sup> (La justice différée est un déni de justice ; nous devons cesser notre expérience manquée de déferrement des poursuites criminelles). Selon lui, si des individus sont poursuivis, ce sont rarement les vrais responsables. Comme nous l'avons expliqué, aux États-Unis les personnes morales comme physiques peuvent faire l'objet de poursuites au titre du FCPA, ce qui permet aux procureurs de solliciter l'homologation simultanée des peines contre les unes et les autres. On évite ainsi le genre de situation qu'on a connue en France dans le cas Bolloré où le magistrat chargé de l'homologation a entériné la CJIP avec la société, mais non la CRPC avec ses dirigeants mis en cause.

293. Cependant, il faudrait ajouter une dimension qualitative concernant la position des individus poursuivis. Des présidents et directeurs généraux ont bien été emprisonnés depuis la généralisation de la justice négociée : Bernie Madoff, Michael Milken, Ivan Boesky, Jeffrey Skilling (Enron), Joseph Nacchio (QWest), Walter Forbes (Cendant), Richard Scrushy (Health South), Bernie Ebbers (World Com), John Rigas (Adelphia), Dennis Kozlowski (Tyco), Sanjav Kumar (Computer Associates).

Toutefois journalistes spécialisés et juristes notent que les procureurs/enquêteurs du DOJ et de la SEC ont fait preuve de peu de zèle depuis 2008 à l'égard des institutions et des dirigeants

<sup>175</sup> Rappelons qu'au niveau des États, la plupart des juges sont élus (mais doivent avoir un niveau minimum de compétences) et que les nominations au niveau fédéral revêtent souvent une dimension politique.

<sup>176</sup> Barkow, Anthony & Rachel, *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York University Press, 2011.

<sup>177</sup> Reilly, Peter R., « *Justice Deferred is Justice Denied We Must End our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecutions* », disponible sur <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2974&context=lawreview>.

à l'origine de la crise des surprimes durant laquelle plusieurs banques d'investissement ont publié des évaluations fantaisistes de leur portefeuille, clairement en violation des obligations comptables du FCPA. Le point culminant de la crise est la déclaration de faillite de Lehman Brothers le 15 septembre 2008. Mais les procureurs du DOJ et de la SEC ne poursuivent sérieusement aucune investigation qui aurait pu conduire à l'incrimination pénale de la banque et de ses dirigeants. « Aucun régulateur n'engagea de poursuites au civil ou au pénal contre la banque ou aucun de ses dirigeants<sup>178</sup>. » Les actionnaires et les cadres des institutions impliquées ont certes perdu leurs investissements et leurs situations professionnelles, mais ils ne sont pas poursuivis pénalement. Ils abandonnent en quelque sorte leur responsabilité de dirigeants et laissent aux autorités le soin de liquider, réorganiser, renflouer ou revendre à perte, grâce à un fonds de stabilisation<sup>179</sup> de \$700 milliards, de nombreuses firmes telles Bear Sterns, New Century Bank, American Home Mortgage, Countrywide Financial, Merrill Lynch, AIG, Washington Mutual, Wachovia et Sovereign Bank.

294. La mansuétude du DOJ et de la SEC dans cette crise fait l'objet de nombreuses discussions académiques. Selon le juge Rakoff<sup>180</sup> et d'autres juristes, l'attitude des autorités s'expliquerait par plusieurs facteurs :

- le désir de ne pas aggraver une situation déjà trouble, car les poursuites auraient un effet réputationnel négatif immédiat et largement incontrôlable ;
- le fait que les régulateurs eux-mêmes soient, au moins en partie, responsables de la crise, n'ayant pas contrôlé sérieusement les banques et ayant eu une politique monétaire laxiste ;
- le manque de personnel qualifié au DOJ et à la SEC pour mener de front et relativement rapidement des enquêtes hautement spécialisées ; les crimes financiers seraient difficiles à prouver et, en 2018 et 2019, les enquêteurs sont déjà mobilisés par le scandale Madoff ;
- la préoccupation de ne pas discréditer davantage un système financier déjà ébranlé et au bord de l'écroulement international ; mettre en accusation publiquement les dirigeants des principales institutions financières ne semble pas la meilleure stratégie pour sauver le système.

---

<sup>178</sup> Eisinger, Jesse, *The Chickenshit Club*, op. cit., p. 237.

<sup>179</sup> Créé à la suite du vote par le Congrès du *Emergency Economic Stabilization Act* (EESA) et dont le programme de mise en œuvre est connu sous le nom de TARP (*Troubled Asset Relief Program*).

<sup>180</sup> Voir Rakoff, Jed, « *The Department of Justice and the Prosecution of Fraud* », *The Regulatory Review*, 14 janvier 2014, <https://www.theregreview.org/2014/01/14/14-rakoff-doj-prosecution-fraud/>.

295. En pratique, la politique « dure » préconisée par la circulaire Yates de 2015 qui annonçait que tout contrevenant qui ne dénoncerait pas aux autorités tous les individus impliqués dans des fraudes ne recevrait aucune circonstance atténuante n'est donc pas suivie. Elle est considérablement assouplie par les propos en public le 29 novembre 2018<sup>181</sup> du ministre adjoint de la Justice, Rod J. Rosenstein. Ce dernier indique que, pour recevoir un crédit dans le calcul des pénalités, l'entreprise doit renseigner les enquêteurs sur les individus « substantiellement » (*substantially*) impliqués dans la commission de l'infraction, mais ne précise pas la signification de l'adverbe. La nouvelle approche du DOJ souligne la nécessité de mener des actions efficaces et de ne pas retarder les enquêtes pour collecter des informations sur des individus qui ont un rôle périphérique et n'ont qu'une faible probabilité d'être poursuivis<sup>182</sup>. Le pouvoir discrétionnaire déterminant du procureur est ainsi au moins tacitement réaffirmé.

En 2021, le juge Jed Rakoff reprend ses critiques à l'égard de la justice pénale américaine dans son livre intitulé *Why the Innocent Plead Guilty and the Guilty Go Free*<sup>183</sup> (Pourquoi les innocents plaident coupables et les coupables ne sont pas inquiétés) et le débat est loin d'être clos.

## B. Le rôle déclinant des moniteurs

296. L'usage de moniteurs dans le cadre d'accords de résolution avec les entreprises est une option et non une obligation. Nous avons vu que, au début de ce siècle et jusqu'en 2008, leur utilisation n'était pas codifiée, ce qui a donné lieu à quelques abus<sup>184</sup>. Les circulaires publiées en 2008 par Craig Morford<sup>185</sup> et en 2018 par Brian Benczowski<sup>186</sup> précisent le rôle et les qualifications des moniteurs.

---

<sup>181</sup> Discours prononcé à l'université de Georgetown. Voir le site du DOJ : <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-j-rosenstein-delivers-keynote-address-georgetown-university>.

<sup>182</sup> *Investigations should not be delayed merely to collect information about individuals whose involvement was not substantial and who are not likely to be prosecuted.*

<sup>183</sup> Rakoff, Jed, S., *Why the Innocent Plead Guilty and the Guilty Go Free and Other Paradoxes of our Broken Legal System*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2021.

<sup>184</sup> Notamment dans le New Jersey lorsque Christopher Christie y était le représentant local du DOJ, voir ci-dessus.

<sup>185</sup> Le mémorandum Morford est consultable sur le site du DOJ, <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>.

<sup>186</sup> Le mémorandum Benczowski est consultable sur le site du DOJ, [https://dlbjbzgnk95t.cloudfront.net/1091000/1091818/selection\\_of\\_monitors\\_in\\_criminal\\_division\\_matters\\_memo\\_0.pdf](https://dlbjbzgnk95t.cloudfront.net/1091000/1091818/selection_of_monitors_in_criminal_division_matters_memo_0.pdf).

Le DOJ indique qu'« un moniteur est une tierce partie indépendante dont l'objectif est d'évaluer et de contrôler l'adhésion de la société aux normes de compliance énumérées dans un accord spécifique qui est élaboré pour minimiser les risques de récidive. [...] La nomination d'un moniteur n'est pas appropriée dans tous les cas et un moniteur ne devrait jamais être imposé pour des raisons uniquement punitives. [...] La nomination d'un moniteur peut être appropriée lorsqu'une société ne possède pas un programme effectif de compliance ou lorsqu'il est nécessaire de mettre en place des contrôles internes.<sup>187</sup> »

297. En pratique, le moniteur est souvent constitué d'un groupe d'experts hautement qualifiés qui inclut, dans les cas des entreprises multinationales, des dizaines (parfois même des centaines) de personnes dont les rémunérations, les frais de voyage et d'hébergement sont à la charge de la société. Cela peut se traduire par des dépenses budgétaires de centaines de millions de dollars. Des équipes de moniteurs ont été ou sont en place dans quelques grandes banques et sociétés (comme Apple, Bank of America, BNP Paribas, Crédit Suisse, Deutsche Bank, JP Morgan Chase et Pfizer), habituellement pour des périodes de deux ou trois ans. Jusqu'en 2008, la nomination ou non d'un moniteur était à la seule discrétion du procureur. Par la suite, le rôle et le processus de désignation des moniteurs sont mieux définis. Le moniteur est initialement choisi par la société en fonction d'une liste de critères prédéterminés, mais il ne peut entrer en fonction qu'après accord formel des autorités qui sont en mesure d'exiger des ajustements quant à la définition précise des tâches à accomplir et les qualifications des membres de l'équipe de monitorat.

La présence d'un moniteur est habituellement requise si l'enquête met en évidence des lacunes systémiques au programme de compliance ou des contrôles internes insuffisants dans l'ensemble de l'entreprise. Les *declinations* et les NPA se font sans imposition de moniteur. Dans les cas des DPA et plaider coupable, un moniteur est parfois imposé, mais en général seulement sur demande d'un service central du DOJ (par opposition à un *US Attorney* régional) qui a noté de graves déficiences qui frappent l'ensemble de la société. Le mémorandum Benczkowki ne recommande la nomination d'un moniteur que si les avantages de son emploi pour l'entreprise et pour la société en général sont démontrés et si son coût et l'effet perturbateur (*disruptive*) qu'il risque d'avoir sur les activités de l'entreprise paraissent raisonnables. Si la société a coopéré avec

---

<sup>187</sup> *FCPA. A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, second edition, 2020, *op. cit.*, p. 73-74.

les enquêteurs et a déjà pris des mesures de remédiation, il y a une présomption contre la nomination d'un moniteur.

298. Le graphique ci-dessous montre l'usage de moniteurs, de plus en plus rare de 2001 à 2018, par rapport au nombre de DPA et NPA conclus par le DOJ avec des sociétés aux activités purement américaines. La situation est différente dans le cas d'accords de résolution coordonnés avec des autorités de poursuite d'autres pays. Ces cas sont les plus complexes comme nous le discutons plus loin. Aucune adjudication domestique au titre du FCPA n'a requis de moniteur en 2020<sup>188</sup> ni en 2021<sup>189</sup>. La tendance à éviter le recrutement d'un moniteur si l'entreprise est en mesure elle-même de prendre en charge les remédiations incluses dans l'accord de résolution est bien sûr favorisée par les sociétés et les banques. Cependant l'administration Biden souhaite préserver la possibilité d'exiger la nomination d'un moniteur « lorsque les circonstances en montrent la nécessité dans les cas de crimes d'entreprise <sup>190</sup> » comme l'indique une circulaire du 28 octobre 2021 de la ministre adjointe de la Justice, Lisa Monaco<sup>191</sup>. Dans un cas récent, Deutsche Bank, le DOJ a exigé le maintien en fonction d'un moniteur après la date prévue de la fin de sa mission car la banque n'avait pas accompli toutes les obligations de compliance listées dans un DPA<sup>192</sup>. Il nous paraît toutefois que l'usage de moniteurs, souvent critiqués, restera relativement rare.

---

<sup>188</sup> D'après Gibson Dunn: *2020 Year end FCPA update*, <https://www.gibsondunn.com/2020-year-end-fcpa-update/#:~:text=All%20told%2C%20total%20payments%20under%20the%20various%20resolutions,million%20mark%20in%20combined%20penalties%20and%20disgorgement%20include%3A>.

<sup>189</sup> Gibson Dunn, *2021 Enforcement Trends* : <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2022/02/WebcastSlides-FCPA-2021-Year-End-Update-02-FEB-2022.pdf>.

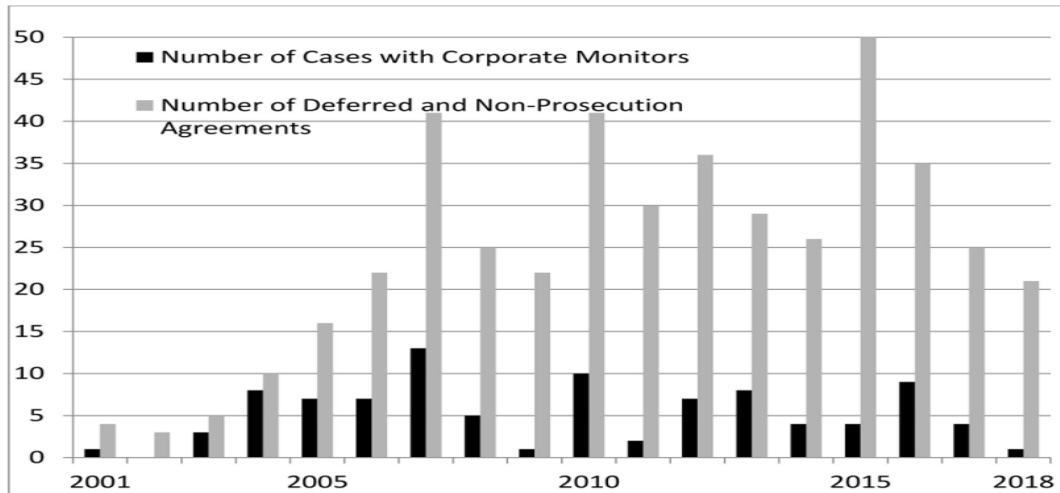
<sup>190</sup> *Where appropriate in corporate criminal matters (Monaco memorandum of October 28, 2021)*

<sup>191</sup> DOJ, Office of the Deputy Attorney General: *Corporate Crime Advisory Group and Initial Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies. Memorandum dated October 28, 2021.* <https://www.justice.gov/dag/page/file/1445106/download>.

<sup>192</sup> Voir Reuters, dépêche du 11 mars 2022 : *U.S. DOJ extends monitor of Deutsche Bank for late reporting of DWS allegations*, <https://www.reuters.com/business/finance/us-doj-extends-monitor-deutsche-bank-late-reporting-dws-allegations-2022-03-11/>



Figure 16 - Cas de résolutions négociées avec nomination de moniteur par rapport au nombre total de NPA et DPA de 2001 à 2018<sup>193</sup>



299. Une situation délicate peut se présenter lorsque l'enquête met en évidence des lacunes graves et systémiques chez une société de dimension internationale dont les centres d'activité sont répartis sur plusieurs juridictions, surtout si dans certaines existent des « systèmes de blocage<sup>194</sup> ». La position du DOJ semble s'être assouplie dans ce domaine : alors qu'un moniteur américain a été imposé à BNP Paribas en 2014, le DOJ a accepté que, dans les cas de la Société Générale en 2018 et d'Airbus en 2020, le monitorat s'opère sous la tutelle de l'Agence Française Anticorruption (AFA), à charge pour cette dernière de tenir régulièrement informées les autorités américaines. Cette évolution s'inscrit bien dans la politique de coopération avec les entreprises et autres régulateurs.

### C. La coopération des entreprises : la circulaire Caldwell

300. À partir de 2003, le nombre de poursuites au titre du FCPA à l'encontre de sociétés et d'individus augmente sensiblement, comme nous l'avons vu<sup>195</sup>. Même si la plupart se soldent par des accords de résolution hors procès (PDA), les enquêtes durent en moyenne plus de trois ans par entreprise<sup>196</sup> et mobilisent au DOJ et à la SEC un personnel qui doit être spécifiquement formé et

<sup>193</sup> Extrait de Garrett, Brandon L., « Declining Corporate Prosecutions », 2019, *American Criminal Law Review*, vol. 57:109, p. 128.

<sup>194</sup> Voir *infra*, systèmes et loi de blocage notamment dans le cas de l'Union européenne.

<sup>195</sup> Voir graphe ci-dessus.

<sup>196</sup> Selon les statistiques compilées par le FCPA Clearing Center, *Investigation Length By Resolution Type*,

des effectifs croissants. Au bout d'une dizaine d'années, on atteint des goulots d'étranglement et l'efficacité des services d'*enforcement* risque d'en souffrir. Par exemple, en 2015/2016, le nombre d'avocats spécialisés (*attorneys*) à la section Fraude du DOJ passe de vingt à trente, soit une augmentation de 50 % des effectifs<sup>197</sup>, mais le nombre de cas à traiter continue d'augmenter. De leur côté, les entreprises se plaignent de la lourdeur des pénalités financières, de l'arbitraire des enquêteurs/procureurs et du manque de distinction entre les sociétés récalcitrantes et celles qui s'efforcent de bonne foi de mettre en place les systèmes de compliance exigés par la réglementation. L'idée donc de « récompenser les bons élèves », mais d'être sévère avec les autres apparaît de part et d'autre comme une approche constructive.

301. Le 6 avril 2016, la cheffe de la division criminelle du DOJ, Leslie Caldwell, lance le *FCPA Pilot Program*, avec le double objectif d'augmenter la transparence du mécanisme de poursuites et de responsabiliser les sociétés en les incitant à déclarer elles-mêmes leurs manquements aux autorités, à coopérer pleinement avec celles-ci et à recevoir en échange des « crédits pour coopération ». Dans une présentation à l'université de New York<sup>198</sup>, Caldwell précise le type de coopération attendu des entreprises : elles doivent s'autodénoncer sans délai lorsque des infractions apparaissent, fournir aux enquêteurs tous les éléments d'information disponibles et pertinents et prendre sans tarder des mesures de remédiation qui peuvent inclure le traitement disciplinaire des individus fautifs et le renforcement des systèmes de compliance. La coopération doit donc être pleine, immédiate et complète, et apporter des éléments nouveaux à l'enquête pour donner droit à des crédits lors du calcul des pénalités. Une pseudo-coopération – qui ne permettrait pas de faire avancer le dossier – serait plutôt une circonstance aggravante. En application des directives Caldwell, quelques *declinations* sont annoncées publiquement en 2016, 2017 et 2018, mais deviennent plus rares par la suite<sup>199</sup>. À partir de 2016, la sévérité des peines pour les entreprises récalcitrantes est accrue. D'après certaines études, les entreprises qui coopèrent avec les autorités voient en moyenne le montant des pénalités qui leur sont imposées réduites de plus de la moitié.<sup>200</sup>

---

<https://fcpa.stanford.edu/>.

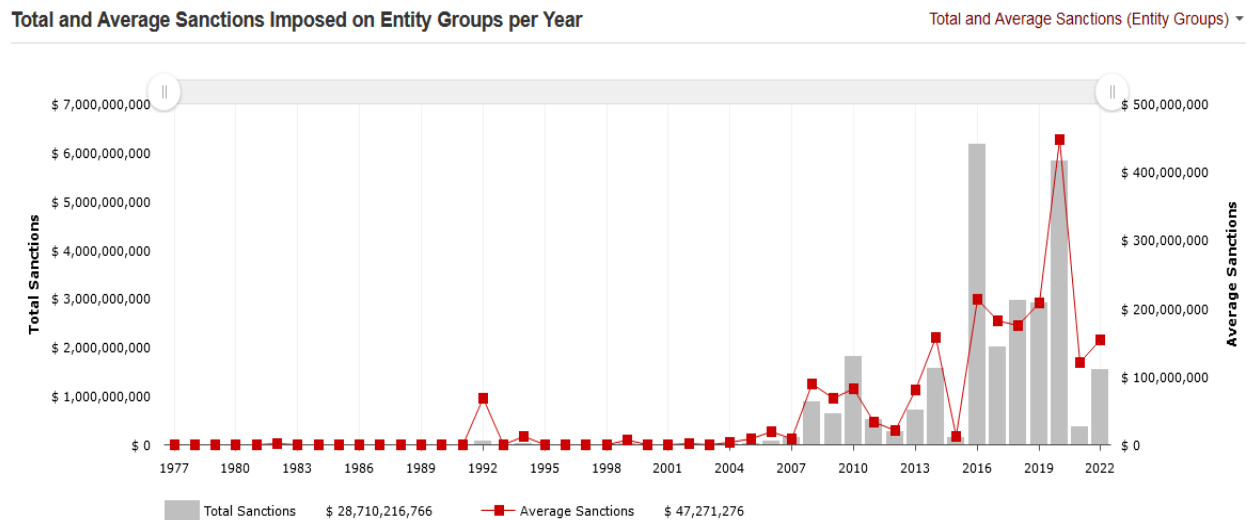
<sup>197</sup> Voir le communiqué du DOJ du 5 avril 2016 annonçant la création du *FCPA Pilot Program*, <https://www.justice.gov/archives/opa/blog/criminal-division-launches-new-fcpa-pilot-program>.

<sup>198</sup> Le 17 avril 2015 dans le cadre du *Program on Corporate Compliance and Enforcement*. Voir <https://www.law.nyu.edu/centers/corporatecompliance/events/april2015conference>.

<sup>199</sup> Deux *declinations* ont été annoncées en 2022.

<sup>200</sup> Voir les analyses publiées par le FCPA Clearing Center.

Figure 17 - Sanctions pécuniaires imposées  
aux sociétés pour infractions au FCPA de 1977 à 2022<sup>201</sup>



Le graphique indique le montant global des amendes perçues par année en millions de dollars (chiffre en gros caractères) ; le montant moyen (Avg) et le montant médian (Med). Les chiffres relativement faibles pour 2021 s'expliquent par le ralentissement de l'activité judiciaire dû à la pandémie de la Covid.

302.L'approche « carottes et bâtons », appliquée au départ par un plan pilote circonscrit à la division Fraude du DOJ, semble porter ses fruits ; des politiques similaires sont annoncées par d'autres divisions administratives et la SEC. Comme l'explique la professeure Miriam Baer<sup>202</sup>, il n'est pas possible de déterminer précisément ce qui fait le succès ou non d'un programme de clémence, mais les observateurs universitaires, avocats et dirigeants d'entreprise ont une opinion positive des mesures mises en place par le DOJ et ensuite la SEC. Ces mesures présentent trois types d'avantages : elles ne sont pas strictement punitives ; elles permettent une certaine adaptabilité à des circonstances changeantes et enfin elles offrent des possibilités de rédemption aux sociétés. La politique de clémence conditionnelle (*conditional leniency*) correspond bien au souci d'efficacité pragmatique qui marque tout le système judiciaire américain.

<sup>201</sup> FCPA Clearinghouse, *Corporate Sanctions per Year*, <https://fcpa.stanford.edu/> consulté le 15 février 2023..

<sup>202</sup> Baer, Miriam H., *Designing Corporate Leniency Programs*, Cambridge Handbook on Compliance ; Sokol D. & van Rooij B. eds. ; March 17, 2020, à paraître, *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper Forthcoming*, disponible sur le site SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3555950>.

#### **D. La coordination judiciaire nationale et internationale : la circulaire Rosenstein et la *non piling-on policy***

303. En droit procédural américain, il appartient au seul procureur d'engager ou non des poursuites pénales et de déterminer les chefs d'accusation. Dans le cas des entreprises, la procédure et les critères à prendre en compte sont codifiés dans le manuel de procédure du DOJ : *Principles of Federal Prosecution of Business Organization*. Le site officiel de l'administration en fournit une traduction officielle en français sous l'intitulé « Principes de poursuite fédérale des organisations commerciales. »<sup>203</sup>.

Cependant, surtout dans des affaires de criminalité en col blanc qui sont souvent particulièrement complexes et concernent différentes juridictions, plusieurs autorités de poursuites peuvent légitimement s'estimer compétentes. La plupart des investigations dans des affaires de grande envergure sont menées par des équipes d'inspecteurs composées de représentants de divers organismes (services centraux du DOJ ou *DOJ Main*, procureurs régionaux ou *US District Attorneys*, représentants du Trésor et agences rattachées comme l'IRS et OFAC, autorités autonomes, SEC, etc.). Le code de procédure et les manuels d'inspection énoncent des principes pour éviter les conflits de compétence, mais ceux-ci ne sont applicables qu'aux organismes fédéraux. Dans un système fédéral où l'avancement des procureurs est en partie fondé sur leurs résultats, on comprend qu'ils ne souhaitent pas se désister d'affaires qui pourraient leur permettre d'asseoir leur réputation. Au niveau des États fédérés qui ont droit à au moins une partie des amendes collectées, certains ne manquent pas de réaffirmer leur autonomie en matière de poursuites. Par exemple, le département des Services financiers de l'État de New York (DFS NY) – qui est le superviseur compétent pour les institutions bancaires, financières et d'assurances qui opèrent sur son territoire – a la réputation de faire de la surenchère (*gold plating*) sur les peines réclamées par les superviseurs fédéraux. La situation est encore plus compliquée quand plusieurs pays enquêtent sur les mêmes infractions et ne reconnaissent pas les autorités et les jugements d'autres États souverains. L'enchevêtrement des compétences et, parfois, des procédures engagées est donc un facteur d'incertitude pour les sociétés et risque d'aboutir à des situations iniques.

---

<sup>203</sup> *Chapter 9-28.000*, disponible sur le site du DOJ : [https://www-justice-gov.translate.goog/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=fr&\\_x\\_tr\\_hl=fr&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://www-justice-gov.translate.goog/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=fr&_x_tr_hl=fr&_x_tr_pto=sc).

304. Le cinquième amendement de la constitution des États-Unis indique spécifiquement que « nul ne peut être mis en accusation une seconde fois pour un même délit<sup>204</sup> ». Ainsi, une personne jugée non coupable par un jury ou un juge ne peut être mise en cause pour le même crime. Cependant l'application de cette doctrine dite de *double jeopardy* (double incrimination) est limitée par une abondante jurisprudence. En particulier, le principe n'est applicable que dans le cadre d'une seule et même autorité souveraine. Une personne qui exerce ses activités sous l'autorité de plusieurs souverains (par exemple l'État fédéral et un ou plusieurs des États fédérés et/ou une agence spécialisée) est susceptible d'être traduite en justice par chacun d'eux et aucun d'entre eux n'est tenu de prendre en compte les jugements qui sont ou ont été prononcés par les autres souverains. Le DOJ a pendant longtemps eu une position stricte en ce domaine, surtout concernant la lutte contre la corruption, car il lui apparaît que beaucoup de magistrats et enquêteurs étrangers agissent en protecteurs de leurs nationaux et ne répriment pas les criminels avec la sévérité nécessaire. En pratique, au niveau fédéral, la coordination entre agences permet habituellement de minimiser les problèmes, mais la situation est plus délicate avec les juridictions d'autres pays. Le niveau de coopération en matière de lutte contre la corruption varie selon les États concernés. Dans certains cas, comme Statoil (Norvège) ou Siemens (Allemagne), ce sont les autorités étrangères elles-mêmes qui sollicitent l'appui de leurs homologues américains pour régler des situations où seuls les États-Unis ont en place une législation, des procédures et des moyens d'enquête satisfaisants.

### 1. L'exemple de Statoil en 2004

305. Le premier cas de société non américaine poursuivie dans le cadre du FCPA est celui de la firme pétrolière norvégienne Statoil dont les titres sont cotés au New York Stock Exchange. Initialement, c'est l'autorité de poursuite norvégienne, Okokrim, qui signale des irrégularités à la SEC et au DOJ. L'enquête américaine débute en 2004 et porte sur des faits de corruption auprès d'agents publics en Iran commis à partir de 2000. Elle est conduite en coopération avec les autorités norvégiennes. Il est reproché à Statoil d'avoir effectué deux paiements, pour un montant global de cinq millions de dollars, à des agents publics iraniens dans le but de gagner une concession dans le développement du champ pétrolier de South Pars. Les fonds sont acheminés à

---

<sup>204</sup> *No person shall [...] be subject for the same offense to be twice put in jeopardy.*

travers une société de consulting établie dans les îles Turques et Caïques. À la suite de fuites dans la presse norvégienne, la société, en accord avec Okorkim, nomme une commission d'enquête interne et reconnaît les faits. Statoil arrive en octobre 2004 à un premier accord de plaider coupable avec Okorkim et règle aux autorités norvégiennes une pénalité de l'équivalent de trois millions de dollars. Deux ans plus tard, un DPA (*deferred prosecution agreement*) est signé avec le DOJ et la SEC. La société reverse les profits mal acquis (*disgorgement*), s'engage à nommer un moniteur indépendant chargé de mettre en place un nouveau système de compliance, accepte une période probatoire de trois ans et règle aux autorités américaines une amende de dix millions et demi de dollars. Cependant, elle reçoit un crédit pour l'amende de trois millions de dollars déjà réglée en Norvège et ne débourse donc aux États-Unis que le solde de sept millions et demi de dollars. Le 18 novembre 2009, le DOJ ayant reçu un rapport satisfaisant du consultant en compliance, le juge fédéral Richard J. Holwell approuve une requête de terminer la procédure du DPA<sup>205</sup>.

## 2. Le cas Siemens en 2008

306. L'affaire Siemens<sup>206</sup> en 2008 connaît un grand retentissement médiatique. Le 15 décembre, la société allemande Siemens AG et trois filiales<sup>207</sup> plaident coupables de diverses violations du FCPA devant la cour fédérale du District de Columbia (*US District Court in the District of Columbia*) et acceptent de payer aux autorités américaines diverses pénalités pour un total de \$800 millions. Le même jour, le procureur de Munich annonce la conclusion de son instruction et des sanctions financières de €395 millions ; il avait auparavant imposé une amende de €201 millions à l'encontre de la société mère en octobre 2007 pour manquement aux obligations de supervision. Le total des pénalités financières se monte à plus de \$1,6 milliard, réparti de manière à peu près égale entre les régulateurs américains (DOJ et SEC) et allemands. Le montant des pénalités établit alors un record en termes d'amendes dans le cadre de la lutte transnationale contre la corruption. Siemens s'engage aussi à recruter un moniteur indépendant qui a pour mission de réorganiser entièrement le groupe dans un délai de quatre ans.

---

<sup>205</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 19 novembre 2019, *Statoil ASA Satisfies Obligations Under Deferred Prosecution Agreement and Foreign Bribery Charges Are Dismissed*, <https://www.justice.gov/opa/pr/statoil-asa-satisfies-obligations-under-deferred-prosecution-agreement-and-foreign-bribery>

<sup>206</sup> Voir Wrage, Alexandra & Richardson, Anne, “ *Siemens Ag—Violations Of The Foreign Corrupt Practices Act* “, *International Legal Materials*, vol. 48, No. 2 (2009), p. 232-234.

<sup>207</sup> En Argentine, au Bangladesh et au Venezuela.

La firme reconnaît avoir payé de 2001<sup>208</sup> à 2007 au moins 4 283 pots-de-vin séparés, par l'intermédiaire de consultants, de sociétés écrans et autres stratagèmes qui mettent en évidence un « système de corruption généralisé d'une ampleur et extension géographique sans précédent »<sup>209</sup>. Les profits illégitimes découlant des fraudes sont estimés par les enquêteurs à plus d'un milliard de dollars. En novembre 2006, les bureaux de Siemens en Allemagne et aux États-Unis sont perquisitionnés par les autorités locales, mais de manière coordonnée. Par la suite, toute la direction exécutive de la firme est restructurée et Siemens commence alors à s'autodénoncer auprès de la SEC et du DOJ. La firme engage, avec l'accord du DOJ, un ancien ministre des Finances allemand, Dr Theo Waigel, comme moniteur. Comme son expertise en compliance semble limitée, certains juristes américains critiquent sa nomination, mais il a certainement l'autorité et les moyens d'imposer des réformes. Avec une équipe d'experts sous son autorité, il s'attache à établir un système de compliance et des contrôles internes rigoureux qui suivent les recommandations de l'OCDE. Son plan d'action respecte strictement les clauses et le calendrier imposés par les autorités de régulation.

L'efficacité de l'ancien ministre est reconnue publiquement des deux côtés de l'Atlantique et le DOJ souligne à plusieurs reprises une « coopération exceptionnelle<sup>210</sup> » de la part de l'entreprise et avec les autorités allemandes<sup>211</sup>. À la suite du jugement contre Siemens AG, huit de

---

<sup>208</sup> Les titres Siemens sont listés sur le NYSE en mars 2001 ; c'est à partir de cette date que la compagnie est susceptible d'être poursuivie par le DOJ et la SEC pour infractions au FCPA.

<sup>209</sup> *Widespread and systematic corruption unprecedented in scale and geographic reach.*

<sup>210</sup> Selon le communiqué de presse du DOJ publié à l'issue du jugement, le 15 décembre 2008 : *To its credit, Siemens has taken extraordinary steps to reveal its long-standing, systemic criminal conduct and it has fundamentally restructured its operations to make them transparent and honest going forward* (Il faut porter au crédit de Siemens les mesures exceptionnelles prises pour révéler sa conduite criminelle menée systématiquement depuis longtemps ainsi que de s'être fondamentalement restructuré afin de rendre ses opérations transparentes et honnête à l'avenir), <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>.

Le jugement lui-même reconnaît, p. 14 : *Siemens substantial assistance to the Department in the investigation of other persons and entities, its extraordinary efforts to uncover evidence of prior corrupt activities, and in its extensive commitment to restructure and remediate its operations to make it a worldwide leader in transparent and responsible corporate practices going forward*, (L'importance de l'aide apportée par Siemens au ministère dans l'enquête sur d'autres personnes et entités, ses efforts remarquables déployés pour apporter la preuve d'anciens actes de corruption, ainsi que son profond attachement à restructurer et améliorer ses opérations pour devenir un leader mondial de pratiques commerciales transparentes et responsables), <https://www.justice.gov/archive/opa/documents/siemens-sentencing-memo.pdf>.

<sup>211</sup> Voir, par exemple, l'allocution de Eric Holder, ministre de la Justice américain, à l'OCDE, 15 mai 2010 : *We worked closely with the Munich Public Prosecutor's Office to investigate and resolve Siemens's global corruption scheme.... We remain deeply grateful to our German law enforcement counterparts for their extraordinary leadership and cooperation*, (nous avons travaillé en étroite collaboration avec le bureau du procureur de Munich pour étudier et dévoiler le schéma mondial de corruption de Siemens... Nous sommes profondément reconnaissants à nos correspondants allemands chargés de faire appliquer la loi de leur extraordinaire coopération et leadership)

ses hauts dirigeants et agents sont poursuivis pénalement par le DOJ à titre individuel<sup>212</sup> et certains contrats en Argentine et en Irak, dont l'obtention est considérée comme entachée de corruption, sont annulés. Le cas Siemens est souvent cité comme un exemple de poursuites internationales coordonnées et efficaces.

307. Si les autorités de poursuite en Norvège et en Allemagne sont disposées à coopérer avec leurs homologues américains, cette attitude n'est pas alors partagée dans toutes les juridictions<sup>213</sup>, en particulier en France<sup>214</sup>, comme nous l'analysons en détail dans notre deuxième partie. Alors que certains pays accusent les magistrats américains de parti pris et d'ingérence, les multinationales se plaignent du manque de cohérence dans l'application du FCPA.

### 3. La politique de non-cumul des poursuites

308. Pour apporter davantage de clarté et d'efficacité, le DOJ annonce officiellement en 2018 une politique de coordination entre autorités de poursuite, américaines comme étrangères, et de « non-cumul » (*non piling-on*) des procédures. Rod Rosenstein, ministre adjoint de la Justice, explique le 9 mai dans une présentation au New York City Bar Association<sup>215</sup> que le DOJ souhaite renforcer sa coopération avec les entreprises responsables et décourager des poursuites disproportionnées par de multiples régulateurs<sup>216</sup>. Il reconnaît que la multiplication des poursuites par différents organismes (le *piling-on*) peut porter préjudice aux entreprises en créant des risques d'incertitude, de confusion et annonce une nouvelle politique du DOJ dans l'objectif de promouvoir des procédures sévères si nécessaire, mais efficaces et coordonnées entre les différentes autorités américaines aussi bien qu'étrangères. Il est donc recommandé aux procureurs de concentrer les poursuites en une seule enquête quand c'est possible. En conséquence, les agents

---

<https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-holder-delivers-remarks-organisation-economic-co-operation-and>.

<sup>212</sup> Voir le communiqué du DOJ, *Eight Former Senior Executives and Agents of Siemens Charged in Alleged \$100 Million Foreign Bribe Scheme* | OPA | Department of Justice. <https://www.justice.gov/opa/pr/eight-former-senior-executives-and-agents-siemens-charged-alleged-100-million-foreign-bribe>

<sup>213</sup> Vers 2008, des poursuites par le DOJ sont en cours dans le cadre du FCPA contre Alcatel-Lucent (2007) et Technip.

<sup>214</sup> L'une des filiales de Siemens en France, Siemens SAS, était impliquée dans la distribution de pots-de-vin. Alors que le DOJ remercie publiquement la contribution à l'enquête des autorités de plusieurs pays, la France n'est pas mentionnée.

<sup>215</sup> Association des membres du Barreau de la ville de New York.

<sup>216</sup> *To reinforce its relationships with good corporate citizens [... and thus] discourage disproportionate enforcement of laws by multiple authorities*, <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/2018-05-30-new-doj-policy-to-prevent-piling-on>



du DOJ « doivent s’efforcer » (*should endeavor*) de considérer les intérêts légitimes des différentes entités qui ont compétence sur le dossier et, lors du calcul des peines, tenir compte des peines déjà infligées par d’autres pour les mêmes faits. Un nouveau groupe de travail (*Working Group*) est créé au sein du DOJ, qui a pour mission de proposer des réformes de procédure pour promouvoir une meilleure coordination entre services et avec la SEC.

En fait, cette politique de « *non piling-on* » ne fait qu’officialiser et généraliser une pratique que le DOJ utilise – mais, il est vrai, de manière sélective – depuis plusieurs années. En ce qui concerne les résolutions judiciaires coordonnées impliquant différents pays, des concertations plus ou moins formelles entre les procureurs et experts du DOJ et leurs homologues dans les principaux pays d’économie de type capitaliste sont déjà fréquentes. Certains pays, en particulier les membres du groupe des Cinq Yeux (*Five Eyes*)<sup>217</sup> coopèrent de manière routinière, tant sur le plan des enquêtes que sur celui des procédures pénales, avec leurs collègues américains. En parallèle, des rapports personnels qui favorisent la coopération professionnelle se forment progressivement lorsque les mêmes enquêteurs et magistrats représentant différentes juridictions se retrouvent régulièrement dans divers forums spécialisés comme le groupe de travail sur la corruption de l’OCDE, Eurojust (où les États-Unis ont un statut d’observateur), GRECO, l’AIDP<sup>218</sup> (Association internationale des procureurs, aussi connue sous son sigle en anglais IAPL). À partir de 2014, magistrats et enquêteurs américains reçoivent de plus en plus comme instructions de leur hiérarchie de se rapprocher, dans la mesure du possible, de leurs homologues étrangers plutôt que de s’opposer à eux<sup>219</sup>.

309. Prenant comme modèle la résolution coordonnée du cas Siemens en 2008, des adjudications similaires sont promues par le DOJ. Certaines juridictions se montrent initialement plus intéressées que d’autres et des considérations politiques influencent certainement le degré de coopération. En plus de la Norvège et l’Allemagne, une coordination judiciaire active – qui débute généralement dès la phase d’instruction (*discovery*) des affaires – se développe avec le Royaume Uni, la Suède, la Suisse (après le règlement, en 2014, du contentieux sur l’évasion fiscale), les Pays-Bas, le Brésil, Israël et Singapour. Le PNF français participe activement à deux résolutions

---

<sup>217</sup> États-Unis, Canada, Australie, Nouvelle Zélande, Royaume Uni. Les Pays-Bas rejoignent le groupe par la suite. Voir II<sup>e</sup> partie.

<sup>218</sup> Voir <http://www.penal.org/fr/association-internationale-des-procureurs>.

<sup>219</sup> Information reçue oralement d’un ancien procureur fédéral américain, devenu Senior Fellow à NYU.

coordonnées avec les autorités américaines qui donnent lieu à des CJIP en France : en 2018 avec la Société générale et en 2020 avec Airbus. À partir de 2014, comme le montre le tableau ci-dessous, les cas de résolutions internationales coordonnées sont de plus en plus fréquents et incluent des montants croissants de pénalités.

*Figure 18 - Exemples de résolutions coordonnées avec les États-Unis de cas de violations au FCPA, de 2014 à 2020<sup>220</sup>*

| Entreprise/Groupe <sup>221</sup>  | Total des pénalités <sup>222</sup> | Juridictions impliquées                 | Année de résolution |
|-----------------------------------|------------------------------------|-----------------------------------------|---------------------|
| Airbus                            | \$ 4,0 Md                          | France, UK, USA                         | 2020                |
| Oderbrecht/<br>Braskem, Petrobras | \$ 3,5 Md <sup>223</sup>           | Brésil, USA, Suisse                     | 2016                |
| Goldman Sachs<br>(1MDB)           | \$3,3 Md                           | USA, Malaisie, UK, Hong Kong, Singapour | 2020                |
| Siemens                           | \$ 1,6 Md                          | USA, Allemagne                          | 2008                |
| Ericsson                          | \$ 1,06 Md                         | USA, Suède                              | 2019                |
| Telia                             | \$ 965 M                           | Pays Bas, USA, Suède                    | 2017                |
| VimpelCom                         | \$ 835 M                           | Pays Bas, USA                           | 2016                |
| Rolls Royce                       | \$ 800 M                           | Brésil, UK, USA                         | 2017                |
| Alstom                            | \$ 772 M                           | USA, Suisse <sup>224</sup>              | 2014                |
| Société Générale                  | \$ 585 M                           | USA, France                             | 2018                |
| Teva Pharmaceutical               | \$ 541 M                           | USA, Israël                             | 2016, 2018          |

<sup>220</sup> Tableau établi en janvier 2021 en actualisant les données publiées par l'OCDE *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions, Settlements and Non-Trial Agreements by Parties at the Anti-Bribery Convention*, OECD, 2019. Voir en particulier le tableau *Ten Largest Foreign Bribery Enforcement Actions Among Parties to the Convention* », p. 119. Nous avons soustrait le cas KBR Halliburton qui, à notre sens, est circonscrit aux États-Unis, et ajouté les cas Airbus, Goldman Sachs (1MDB) et Ericsson qui ont fait l'objet de résolutions postérieures à la publication du rapport de l'OCDE.

<sup>221</sup> Par « groupe » il faut entendre des entreprises associées dans un même schéma de fraudes.

<sup>222</sup> Ce montant couvre l'ensemble des pénalités (amendes plus remboursement de profits illégitimes) imposés par les autorités des juridictions des entreprises mères et filiales. Il n'inclut pas les amendes et autres pénalités contre des individus.

<sup>223</sup> Ce montant couvre les amendes et pénalités approuvées au moment de la résolution. Par la suite, les entreprises visées n'étant pas financièrement en mesure de régler les montants demandés, les différentes autorités ont consenti des réductions.

<sup>224</sup> La France, pays où se trouve le siège d'Alstom, n'a pas participé à une résolution coordonnée avec les États-Unis, mais la Suisse, en coordination avec ces derniers, a participé activement à l'enquête sur le groupe et poursuivi la filiale helvétique impliquée dans le schéma de corruption transnationale. D'après le site officiel helvétique, *The Swiss Federal Prosecutor's Office said ...Alstom Network Schweiz AG had been fined SFr2 ?5 million (\$2? 74 millions) and ordered to pay SFr36. 4 million in compensation relating to three cases where it had failed to prevent the bribery of foreign officials in Latvia, Tunisia and Malaysia*, (Alstom Network Schweiz AG a été condamné à une amende de 2,5 millions de francs suisses et à verser 36,4 millions de francs suisses en compensation de trois cas où la société n'a pas pu éviter de corrompre des officiels en Latvia, Tunisie et Malaisie), <https://www.swissinfo.ch/eng/alstom-found-guilty-in-three-cases-of-bribery/31613288>.

|                               |          |                        |      |
|-------------------------------|----------|------------------------|------|
| Keppel Offshore & Marine Ltd. | \$ 422 M | USA, Singapour, Brésil | 2017 |
|-------------------------------|----------|------------------------|------|

Md = milliards M= millions.

Le tableau ci-dessus a été réalisé en nous fondant sur une étude de l'OCDE publiée en 2019 et en la mettant à jour grâce à des informations publiées par le FCPA Clearing House et d'autres sources. Il ne retrace que les résolutions coordonnées concernant des cas de corruption, c'est-à-dire du point de vue américain d'infractions au FCPA. Il n'inclut pas les pénalités qui auraient pu être infligées au titre d'autres types de lois, par exemple les violations de sanctions d'embargo ou de réglementations environnementales qui peuvent faire l'objet de très fortes amendes, comme ce fut le cas pour BNP Paribas et BP. Il montre toutefois une évolution significative.

La tendance à la globalisation des résolutions par des accords hors procès des cas de corruption transnationale impliquant des firmes multinationales et le montant croissant des pénalités apparaissent nettement.

Une tendance récente de la politique judiciaire américaine est le recours de plus en plus fréquent aux mesures de sanctions économiques.

#### **Section 4 L' amalgame entre lutte contre la corruption et sanctions économiques**

310. Le droit et surtout la jurisprudence qui s'est formée à la suite de l'application extensive du FCPA à partir de 2003 permettent aux autorités américaines de faire une sorte d'amalgame entre lutte contre la corruption et respect des sanctions économiques. Cette approche repose sur deux axiomes :

- Les États-Unis n'imposent de sanctions, économiques ou autres, conformément aux lois en vigueur, que lorsque celles-ci sont nécessaires et justifiées pour faire triompher un état de droit.
- Dans cette perspective, mettre en place, et faire respecter, les régimes de sanctions est un moyen, parmi d'autres, de lutter contre la corruption transnationale.

Rappelons ici que pour les juristes américains, la corruption a un sens plus large que pour leurs confrères français. Le FCPA, principale loi de la lutte contre la corruption, et des lois ultérieures comme le USA PATRIOT Act confient à certaines autorités bien définies, la tâche

de mettre en place et de faire appliquer les dispositions de la lutte anticorruption. Pour remplir leur mission, ces autorités peuvent légalement interdire certaines transactions et imposer à des personnes morales ou physiques des systèmes de contrôle qui permettent de vérifier que les dispositions sont bien appliquées.

311. Dans cette perspective, la lutte contre la corruption et l'application des sanctions économiques font partie d'un même combat. Mais alors que la « justice négociée » implique, par définition, une discussion entre plusieurs parties, l'emploi de mesures de sanctions économiques est unilatéral. Dans le cadre américain, le respect des décisions d'embargo et autres restrictions prises principalement par l'OFAC (*Office of Foreign Assets Control*), le service rattaché au DOT en charge de la mise en place des régimes de sanctions, s'impose aux sociétés comme aux individus avec force de loi. En effet, dans le système constitutionnel des États-Unis, les sanctions peuvent être ordonnées par la branche législative (rarement) ou exécutive (le plus souvent) du gouvernement et deviennent immédiatement obligatoires. Les transgressions peuvent être punies de lourdes amendes et, dans le cas des personnes physiques, de peines d'emprisonnement.

#### **A. Les origines juridiques des programmes américains de sanctions**

312. L'autorité du Congrès pour imposer des sanctions économiques est dérivée de l'article 1, paragraphe 8 de la constitution américaine, parfois appelée *Welfare Clause*<sup>225</sup> (« Clause du bien commun »), qui précise que le Congrès aura le pouvoir de pourvoir au « bien-être général [du pays] [...] et de réglementer le commerce avec les nations étrangères ». Par ailleurs, l'article 2 section 1 de la Constitution<sup>226</sup> indique que le pouvoir exécutif est confié au président des États-Unis, ce qui implique qu'il dirige la politique étrangère. En pratique, les États-Unis – dès la guerre d'Indépendance et la guerre de 1812 contre l'Angleterre, puis la guerre de Sécession en 1861 – ont imposé des embargos et sanctions économiques contre les pays et entités qu'ils considèrent comme ennemis. Le processus de la prise de sanctions économiques se précise en 1917, lorsque le Congrès vote le *Trading With the Enemy Act* (TWEA) qui autorise le président, même sans notification

---

<sup>225</sup> *The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States [and to] regulate Commerce with foreign Nations.*

<sup>226</sup> Une traduction en français de la constitution américaine et de ses 27 amendements est disponible sur le site de l'ambassade des États-Unis à Paris, p. 19 *sqq.*, [https://fr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/50/2017/06/pub\\_constitution.pdf](https://fr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/50/2017/06/pub_constitution.pdf).

préalable du Congrès, à déclarer une « urgence nationale » (*national emergency*) qui lui confère automatiquement des pouvoirs très étendus<sup>227</sup>. Il a notamment l'autorité de suspendre ou modifier les relations avec toute puissance étrangère, ses nationaux ou assujettis, individus et personnes morales. Une fois l'urgence nationale proclamée, les directives du président sont applicables nationalement et internationalement sans limites de durée.

Deux décisions de la Cour Suprême – *United States vs. Curtiss-Wright Export Corp*<sup>228</sup> en 1936 et *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*<sup>229</sup> en 1952 – confirment les prérogatives du président, au moins en ce qui concerne le commerce international<sup>230</sup>. Durant la Seconde Guerre mondiale, en 1941, est créé l'*Office of Foreign Funds Control*, un bureau spécial du DOT chargé de placer sous séquestre et d'administrer les avoirs étrangers. En 1950, à la suite de la déclaration d'urgence nationale décrétée par le président Truman au vu de l'intervention militaire chinoise dans la guerre de Corée, de nouvelles procédures sont établies, les pouvoirs du bureau sont élargis et il devient l'OFAC (*Office of Foreign Assets Control*) qui demeure, après sept décennies, le principal organisme américain pour la préparation, proclamation, diffusion et administration de la politique de sanctions économiques états-uniennes.

313. De nouvelles lois précisent le fonctionnement des régimes de sanctions. En 1977, l'*International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA)<sup>231</sup> est voté par le Congrès pour définir et contrôler les pouvoirs du président – Jimmy Carter à l'époque – en matière de sanctions économiques. Le principe des déclarations présidentielles d'urgence nationale est maintenu, mais ne peut être utilisé que pour s'opposer à des menaces extérieures<sup>232</sup>. De plus, pour demeurer effectives au-delà d'un an, les sanctions doivent être approuvées par un acte législatif.

Ainsi à la suite des attentats du 11 septembre 2001, le président George W. Bush signe une déclaration d'urgence nationale dans le cadre de l'IEEPA qui impose non seulement des restrictions au commerce international, mais aussi le blocage des avoirs de terroristes et de leurs

---

<sup>227</sup> Le texte de la loi précise que le président peut à sa discrétion interdire toute transaction *between the US and any country whether enemy, ally of enemy or otherwise or between residents of one or more foreign countries*.

<sup>228</sup> Voir <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/299/304/>.

<sup>229</sup> Voir <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/>.

<sup>230</sup> Dans le deuxième cas, le président Truman voulait briser une grève de métallurgistes et prendre possession d'usines militairement. La Cour décide que l'état d'urgence défini par le TWEA ne pouvait s'appliquer dans ce cas, mais entérine les prérogatives du président en matière de commerce international.

<sup>231</sup> Loi sur les pouvoirs économiques en cas de situation d'urgence internationale.

<sup>232</sup> Le Congrès ne permet pas l'utilisation du mécanisme de déclaration d'urgence nationale dans des situations de grève comme ce fut le cas lors de l'administration Truman.

complices et donne à l'OFAC l'autorité pour remplir cette mission élargie. Cette nouvelle politique est entérinée par le Congrès.

314. Le *USA PATRIOT Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism)*<sup>233</sup> autorise non seulement l'OFAC à prendre toute mesure nécessaire pour restreindre le commerce international et saisir des avoirs, mais aussi à publier et à administrer une liste de personnes et d'entités soupçonnées d'être impliquées dans le blanchiment, le financement du terrorisme ou d'autres activités illicites, les SDN (*Specially Designated Nationals*). Le président peut ainsi interdire à tout moment, de sa propre initiative, par un simple décret (*executive order*) des transactions avec un ou plusieurs individus, des entités ou groupes d'entités, voire des États ou organisations internationales et ordonner au DOT d'appliquer ses instructions. Il est interdit aux nationaux américains<sup>234</sup> d'entretenir des relations avec un SDN sous peine de lourdes pénalités. La liste dite *Special Designated Nationals and Blocked Persons List*, est régulièrement publiée et mise à jour par l'OFAC. Cette liste est différente de la liste des personnes considérées comme présentant un risque majeur de blanchiment (*primary money laundering concern*) qui, elle, est établie<sup>235</sup> par FinCen, une autre agence du DOT, après un processus élaboré de concertation et qui désigne principalement des institutions financières ou des juridictions peu coopératives en matière de lutte contre le blanchiment. Alors que la liste des *primary money laundering concern* comprend quelques dizaines d'entités, la liste SDN comporte des milliers de noms.

315. En 2007, une nouvelle loi, l'*International Emergency Economic Powers Enhancement Act* (IEEPEA)<sup>236</sup> modifie le mécanisme établi par l'IEEPA de 1977. Tenant compte de l'expérience pratique accumulée depuis les attentats du 11 septembre 2001, elle confirme la large discrétion laissée au pouvoir exécutif. La réforme renforce sensiblement les exigences de contrôle devant être exercées par les intermédiaires financiers. Le montant des pénalités est fixé à \$250 000 par infraction ou deux fois le montant de la transaction qui a donné lieu à l'infraction<sup>237</sup>. De plus,

---

<sup>233</sup> Voir le site du DOJ, *Preserving Life & Liberty*: <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>.

<sup>234</sup> Au sens du FCPA.

<sup>235</sup> En application de la section 311 du *USA PATRIOT Act*.

<sup>236</sup> Le mot *enhancement* (amélioration) dans la loi IEEPEA montre qu'il s'agit bien d'un renforcement du dispositif mis en place par une loi antérieure.

<sup>237</sup> *\$ 250,000 or an amount that is twice the amount of the transaction that is the basis of the violation with respect to which the penalty is imposed*, voir PCCE.

chaque individu impliqué dans la commission d'un crime de violation des sanctions économiques est passible d'une amende de \$1 million et/ou de 20 ans d'emprisonnement<sup>238</sup>.

316. Juridiquement, le système mis en place par le *USA PATRIOT Act*, l'IEEPEA et autres lois permet aux autorités d'utiliser des lois préexistantes pour sanctionner les violations aux sanctions. Une entité, par exemple une banque, peut être poursuivie en même temps pour infraction aux régimes de sanctions et pour des actes de corruption transnationale. Pour les autorités de poursuite, si une institution bancaire finance des opérations commerciales à destination d'une entité SDN, c'est que son système de compliance est défaillant et que les dispositions du *Bank Secrecy Act* et/ou du FCPA n'ont pas été respectées. La violation de sanctions constitue donc un facteur déterminant et aggravant d'une autre infraction. Dans les cas extrêmes, par exemple l'accord de plaider coupable avec BNP Paribas en 2014, les autorités de poursuites justifient leurs accusations et le calcul des peines imposées sur des dispositions du *Trading With the Enemy Act* (TWEA) de 1917 et du *Bank Secrecy Act* (BSA) de 1970. Les autorités américaines ont donc à leur disposition tout un arsenal juridique pour engager, quand elles l'estiment nécessaire, des poursuites qui peuvent avoir de très graves conséquences pour les contrevenants.

317. On note ainsi les très larges pouvoirs discrétionnaires dont disposent le président et le DOT. Un débat constitutionnel<sup>239</sup> est en cours depuis plusieurs années pour définir, de façon plus rigoureuse, les pouvoirs du Congrès. Certains estiment qu'en vertu du principe de séparation des pouvoirs une déclaration d'urgence nationale, fondement de l'autorité présidentielle en matière de sanctions économiques, ne peut être que provisoire, qu'une urgence, par définition, est limitée dans le temps et que le Congrès garde donc une fonction de supervision (*oversight*). Ils citent comme arguments l'abus de l'utilisation des déclarations d'urgence nationale lors de la guerre du Vietnam et la longévité de plusieurs décennies de certains programmes de sanctions, par exemple contre Cuba ou l'Iran, sur lesquels le Congrès, voire les tribunaux, n'ont pas droit de regard. Ils critiquent aussi l'usage de déclarations d'urgence nationale au nom de périls mal définis, avec des

---

<sup>238</sup> 50 USC § 1705(c). *A person who willfully commits, willfully attempts to commit, or willfully conspires to commit, or aids or abets in the commission of an unlawful act pursuant to the International Emergency Economic Powers Act may be fined not more than \$1,000,000, or if a natural person, may be imprisoned for not more than 20 years, or both.*

<sup>239</sup> Voir en particulier, *The International Emergency Economic Powers Act: Origins, Evolution, and Use*, Congressional Research Office, juillet 2020.

objectifs très généraux<sup>240</sup>, qui ne seraient qu'un paravent pour accroître l'étendue du pouvoir présidentiel sans supervision du Congrès. Dans d'autres cas, le Congrès a même voté des résolutions demandant au président d'évoquer l'IEEPA pour prendre des mesures de rétorsion économique contre certains pays (le Nicaragua pour non-respect des droits humains en 2018 par exemple). Dans d'autres cas encore, le président a coupé l'herbe sous le pied du Congrès qui préparait une législation contraignante en proclamant lui-même une déclaration d'urgence nationale, ce qui lui permet de garder le contrôle de la mise en œuvre des sanctions<sup>241</sup>. La jurisprudence a, au cours des deux dernières décennies, confirmé à maintes reprises les prérogatives du président et, par extension, de l'OFAC<sup>242</sup>. En pratique, si l'usage des sanctions économiques par le président s'est intensifié au cours des deux dernières décennies, les représentants des pouvoirs législatif et judiciaire, dans l'ensemble, semblent s'en accommoder.

## **B. La pratique des sanctions aux États-Unis : un instrument ancien mais de plus en plus utilisé**

318. La possibilité d'instituer des restrictions au commerce international est un attribut de souveraineté nationale. Juristes et historiens<sup>243</sup> font valoir que le principe a été utilisé dès l'Antiquité. Le premier acte juridique concernant la mise en place des mesures de sanctions économiques, en l'occurrence un décret instituant un embargo, aurait été pris à Athènes en 432 avant notre ère par Périclès dans le cadre de la guerre du Péloponnèse<sup>244</sup>. Avant même de proclamer leur indépendance, les Patriotes américains sont conscients du poids que peuvent avoir des mesures économiques : ils organisent un boycott des produits anglais à la suite de la promulgation à Londres du *Stamp Act* de 1765, puis du *Townshend Act* de 1767 qui créaient des taxes que les colons refusaient. Les deux lois furent « retirées » par la Couronne britannique moins de trois ans après leur promulgation<sup>245</sup>. Le 16 décembre 1773, des colons américains déguisés en

---

<sup>240</sup> Par exemple « prévenir la prolifération d'armes de destruction massive » (*prevent proliferation of weapons of mass destruction*) ou « bloquer les avoirs d'organisations criminelles transnationales » (*blocking property of transnational criminal organizations*).

<sup>241</sup> C'est le cas du président Ronald Reagan en 1986 avant que le Congrès ne finalise une législation dure contre l'Afrique du Sud à cause de sa politique d'apartheid. Par contre en juillet 2017, le Congrès vote un projet de loi demandant des sanctions contre la Russie que le président Donald Trump finit par approuver.

<sup>242</sup> Voir *The International Emergency Economic Powers Act: Origins, Evolution, and Use*, Congressional Research Office, juillet 2020, p. 34 sqq.

<sup>243</sup> Voir par exemple l'ouvrage collectif devenu un classique académique américain : Hufbauer, Gary, Schott, Jeffrey, Kimberly, Ann & Oegg, Barbara, *Economic Sanctions Reconsidered*, Third Edition, PIEE, 2009.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 9. *Pericles Megarian Decree*.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 39.



Indiens jettent à la mer dans le port de Boston 342 ballots de thé importé sur lesquels ils refusaient de payer des droits : cet acte de rébellion fiscale, devenu célèbre sous le nom de *Boston Tea Party*, est généralement considéré comme l'évènement déclencheur de la guerre d'indépendance des États-Unis. Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, des blocus et autres mesures restreignant le commerce international, généralement en renforcement d'actes de guerre, sont pris par pratiquement tous les pays en Europe comme aux Amériques.

Le paradigme évolue et une « doctrine des sanctions » se développe vers la fin de la Première Guerre mondiale, bien avant que le Président ou le Congrès ne s'intéressent aux questions de corruption transnationale. Le président Woodrow Wilson, ancien professeur de droit, conçoit les sanctions économiques comme un moyen efficace, prioritaire (avant de recourir à la coercition) et peu onéreux (surtout comparé aux conflits armés) de faire entendre raison aux pays qui auraient des projets belliqueux ou essayeraient de s'affranchir de la règle internationale de droit (*international rule of law*). Il déclare en 1919 : « Une nation qui est boycottée est une nation au bord de la reddition. Appliquons ce remède économique, pacifiste, silencieux et mortel et il ne sera pas nécessaire d'utiliser la force. C'est un remède terrible. Il ne coûte pas une vie en dehors du pays boycotté, mais il apporte une telle pression qu'à mon avis aucune nation moderne ne pourra résister<sup>246</sup>. » La conception de Wilson se trouve incorporée dans le pacte de la Société des Nations (SDN). Bien que le Sénat américain refuse au président l'autorisation de faire entrer les États-Unis dans cette nouvelle organisation internationale, elle est établie à Genève en 1920. L'un des objectifs de la SDN est de créer un système de sécurité collective : les différends entre pays doivent être réglés par la négociation ou l'arbitrage, des sanctions économiques pouvant être décidées collectivement en ultime ressort contre un pays récalcitrant. La SDN décide de sanctions économiques : en 1921, contre la Yougoslavie (conflit territorial avec la Bulgarie) ; en 1925, contre la Grèce (conflit territorial avec l'Albanie) et, en 1932 et 1935, contre le Paraguay et la Bolivie (guerre du Chaco) qui contribuent, au moins partiellement, à éviter ou à terminer des hostilités armées. En revanche, les sanctions économiques décidées contre l'Italie en 1935 au moment de l'invasion de l'Abyssinie conduisent au retrait de l'Italie, et plus tard du Japon et de l'Allemagne de la SDN qui se trouve ainsi impuissante à prévenir la Seconde Guerre mondiale.

---

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 1. *A nation that is boycotted is a nation that is in sight of surrender. Apply this economic, peaceful, silent, deadly remedy and there will be no need for force. It is a terrible remedy. It does not cost a life outside the boycotted nation but it brings a pressure upon the nation which, in my judgement, no modern nation will resist.*

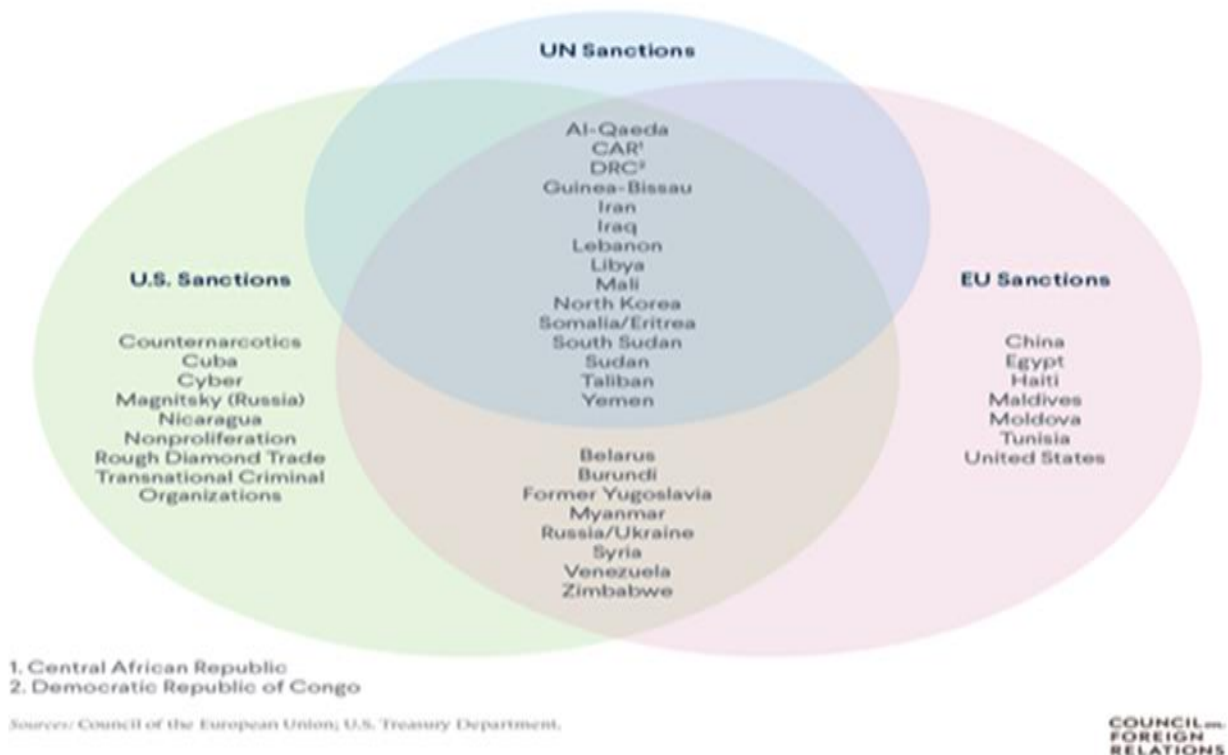
319. Après la victoire alliée, l'influence américaine est prépondérante. La notion de sécurité collective et l'utilisation de sanctions économiques comme moyen de pression internationale sont à nouveau inscrites dans la *Charte des Nations Unies*, signée à San Francisco en 1945. Son article 41<sup>247</sup> prévoit spécifiquement que son organe exécutif, le Conseil de sécurité « peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications [...] ». Les sanctions économiques deviennent alors un élément significatif des relations internationales.

Dans le paradigme global qui se développe après la Seconde Guerre mondiale, les sanctions économiques sont le fait, non seulement des Nations Unies, mais aussi d'organisations régionales, comme l'Union Européenne et encore de nombreux États soucieux d'affirmer leur souveraineté. Parmi ceux-ci, les États-Unis sont la juridiction qui a promulgué le plus grand nombre de mesures applicables. Les entités ciblées par les sanctions peuvent être aussi poursuivies au titre de la lutte contre la corruption transnationale mais les deux actions ne sont pas nécessairement liées. Les sanctions sont évidemment plus efficaces lorsqu'elles sont imposées collectivement ou au moins de manière coordonnée, mais ce n'est pas nécessairement le cas et l'on se trouve en présence d'un véritable patchwork de régimes de sanctions qui se superposent, s'enchevêtrent et parfois s'opposent comme l'illustre le graphe ci-dessous préparé pour le Counsel of Foreign Relations.

---

<sup>247</sup> La *Charte des Nations Unies* prévoit deux niveaux possibles de remèdes : les sanctions économiques en application de l'article 41 et des interventions armées en application des articles 42 et 45. Ce texte en français est disponible sur [https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/UN\\_011201\\_dc\\_charter\\_f.pdf](https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/UN_011201_dc_charter_f.pdf).

Figure 19- Les sanctions économiques mises en place par les Nations Unies, l'Union Européenne et les États-Unis se chevauchent mais ne sont pas identiques<sup>248</sup>.



Pendant la période de guerre froide, les sanctions économiques américaines sont parfois utilisées en parallèle, et en application de résolutions des Nations unies, contre des pays considérés comme des adversaires (URSS, Chine, Corée du Nord, Allemagne de l'Est, Cuba, Irak). Elles sont aussi mises en place en rétorsion contre des nationalisations et/ou pour promouvoir un changement de régime (Argentine en 1947, Iran en 1951 et 1979, Égypte en 1956, Ceylan en 1961, Brésil en 1962, Indonésie en 1963, Chili en 1973). Dans quelques cas, on les évoque contre des alliés de longue date pour les « encourager » à changer de politique (Pays-Bas en 1947 pour promouvoir l'indépendance de l'Indonésie ; Israël, France et Royaume Uni en 1956 lors de la crise de Suez ; Turquie en 1974 lors de l'occupation de Chypre). Les administrations successives utilisent les pouvoirs que confère le TWEA pour interdire des opérations de commerce international, créer des blocus (Cuba), bloquer les avoirs sous contrôle américain de ressortissants étrangers, limiter

<sup>248</sup> Council on Foreign Relations, Masters Jonathan, *What Are Economic Sanctions, Global Sanctions Regimes* (texte revu et corrigé le 12 août 2019), <https://www.cfr.org/background/what-are-economic-sanctions>.

l'acquisition ou la prise de contrôle d'entreprises américaines par des entités considérées comme des adversaires.

320. Les systèmes de « sanctions intelligentes » (*smart sanctions*) se développent au début du XXI<sup>e</sup> siècle ; d'une part, les cibles des sanctions deviennent plus précises et, d'autre part, les lois USA PATRIOT et IEEPA permettent de faire des intermédiaires financiers une composante principale du processus de contrôle et répression (*enforcement*). Toutefois l'application stricte des sanctions économiques globales contre l'Afghanistan, l'Irak puis l'Iran touche davantage la population civile et non les dirigeants politiques. En particulier, le programme *Oil for Food* (Pétrole contre Nourriture), mis en place contre l'Irak par les Nations unies avec l'appui des États-Unis et de l'Union européenne à la suite de l'invasion du Koweït, est généralement considéré comme un échec : la population iraquienne étant frappée par une pénurie de produits essentiels comme les médicaments, les sanctions sont contournées au profit de quelques conglomérats et la dictature de Saddam Hussein est renforcée et non renversée.

Par la suite, on s'efforce de mettre en place des mesures beaucoup plus ciblées qui minimisent les effets négatifs sur la population tout en frappant le plus durement possible certains dirigeants politiques et les secteurs économiques stratégiques des pays visés. L'objectif est de toucher à la fois les entités les plus sensibles, pour paralyser l'économie, mais aussi les plus corrompues, pour punir les coupables des atteintes à l'état de droit. Plutôt que de frapper globalement un État, les sanctions « intelligentes » (*smart*) sont granulaires et dirigées contre des personnes, des activités, voire dans certains cas des vaisseaux ou des aéronefs désignés. En conséquence, le nombre et la complexité des programmes de sanctions sont en augmentation. Il existait ainsi au 30 juin 2022, comme le montre le tableau ci-dessous publié sur le site de l'OFAC pas moins de 37 différents programmes de sanctions en vigueur dont l'application est obligatoire.

*Figure 20 - Programmes de sanctions économiques de l'OFAC en vigueur le 30 juin 2022*<sup>249</sup>

| ACTIVE SANCTIONS PROGRAMS     | PROGRAM LAST UPDATED |
|-------------------------------|----------------------|
| Afghanistan-Related Sanctions | 2/25/2022            |
| Balkans-Related Sanctions     | 6/6/2022             |
| Belarus Sanctions             | 03/15/2022           |
| Burma-Related Sanctions       | 3/25/2022            |

<sup>249</sup> Liste établie à partir du site de l'OFAC. Les dates indiquent le jour de publication du programme, voir <https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>.

|                                                                                |            |
|--------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Central African Republic Sanctions                                             | 12/17/2021 |
| Chinese Military Companies Sanctions                                           | 6/1/2022   |
| Countering America's Adversaries<br>Through Sanctions Act-Related<br>Sanctions | 3/31/2022  |
| Counter Narcotics Trafficking<br>Sanctions                                     | 6/2/2022   |
| Counter Terrorism Sanctions                                                    | 6/30/2022  |
| Cuba Sanctions                                                                 | 6/8/2022   |
| Cyber-Related Sanctions                                                        | 5/6/2022   |
| Democratic Republic of the Congo-<br>Related Sanctions                         | 3/17/2022  |
| Ethiopia-Related Sanctions                                                     | 2/8/2022   |
| Foreign Interference in a United States<br>Election Sanctions                  | 3/3/2022   |
| Global Magnitsky Sanctions                                                     | 3/21/2022  |
| Hong Kong-Related Sanctions                                                    | 12/20/2021 |
| Iran Sanctions                                                                 | 6/16/2022  |
| Iraq-Related Sanctions                                                         | 04/30/2021 |
| Lebanon-Related Sanctions                                                      | 10/28/2021 |
| Libya Sanctions                                                                | 4/11/2022  |
| Magnitsky Sanctions                                                            | 03/24/2022 |
| Mali-Related Sanctions                                                         | 2/6/2020   |
| Nicaragua-Related Sanctions                                                    | 6/28/2022  |
| Non-Proliferation Sanctions                                                    | 5/27/2022  |
| North Korea Sanctions                                                          | 5/27/2022  |
| Rough Diamond Trade Controls                                                   | 06/18/2018 |
| Russian Harmful Foreign Activities<br>Sanctions                                | 6/28/2022  |
| Somalia Sanctions                                                              | 9/22/2021  |
| Sudan and Darfur Sanctions                                                     | 05/23/2022 |
| South Sudan-Related Sanctions                                                  | 2/26/2020  |
| Syria Sanctions                                                                | 6/10/2022  |
| Syria-Related Sanctions                                                        | 7/28/2021  |
| Transnational Criminal Organizations                                           | 4/11/2022  |
| Ukraine-/Russia-Related Sanctions                                              | 6/28/2022  |
| Venezuela-Related Sanctions                                                    | 6/17/2022  |
| Yemen-Related Sanctions                                                        | 11/18/2021 |
| Zimbabwe Sanctions                                                             | 08/05/2020 |

321. De très nombreuses études académiques ont été écrites<sup>250</sup> sur l'efficacité ou non des sanctions économiques, des liens entre la corruption et les sanctions<sup>251</sup>, et les problématiques juridiques, économiques et sociales qu'elles soulèvent. Parmi les articles les plus cités aux États-Unis sont ceux publiés par l'Institut Peterson<sup>252</sup> qui fournissent une évaluation nuancée. Les sanctions économiques étant devenues un instrument parmi de nombreux autres (diplomatie, force armée, etc.) de la politique internationale des États-Unis, il est impossible d'évaluer scientifiquement leur efficacité de manière autonome, mais une étude réalisée par un collectif de chercheurs<sup>253</sup> en 2009 estimait qu'elles ne contribuent de manière significative à atteindre les objectifs politiques désirés que dans environ un tiers des cas. Nous n'avons pas rencontré d'étude scientifique démontrant que la proportion ait changé de façon marquée depuis la généralisation des sanctions intelligentes.

En fait, la plupart des universitaires consultés estiment que les sanctions doivent être considérées comme un instrument de politique étrangère (plus que de lutte contre la corruption) parmi d'autres et qu'il n'est pas possible de déterminer leur efficacité de manière granulaire.

322. Dans une présentation le 30 mars 2016 à la Fondation Carnegie<sup>254</sup>, le secrétaire du Trésor Jacob Lew explique que l'objectif des sanctions est pragmatique, il a pour but d'obtenir de l'entité visée un changement de comportement. Pour augmenter leurs chances d'efficacité les sanctions doivent répondre à trois critères :

- elles doivent être prises en coordination avec autant de membres de la communauté internationale que possible, même si les États-Unis conservent un rôle primordial (donc pas de « cavalier seul ») ;
- leur amplitude doit être variable (*scalable*) et contrôlée : si l'entité ciblée répond même partiellement aux incitations, l'intensité des sanctions doit diminuer de manière parallèle (donc pas de « pression maximale » au départ de négociations) ;

---

<sup>250</sup> Une recherche sur le site de la bibliothèque de l'École de Droit de l'Université de New York avec pour sujet *economic sanctions* a abouti à 1887 résultats.

<sup>251</sup> Par exemple dans le cas du programme Pétrole contre Nourriture en Irak.

<sup>252</sup> Voir le site <https://www.piee.com/>. Le Petersen Institute for International Economics (PIEE) travaille régulièrement avec l'Institut Bruegel à Bruxelles.

<sup>253</sup> Hufbauer, Gary, Schott, Jeffrey, Kimberly, Ann & Oegg, Barbara, *Economic Sanctions Reconsidered*, op. cit..

<sup>254</sup> La fondation Carnegie est un think tank. La vidéo de la présentation de Jacob Lew est disponible sur <https://carnegieendowment.org/2016/03/30/u.s.-treasury-secretary-jacob-j.-lew-on-evolution-of-sanctions-and-lessons-for-future-event-5191>.

– elles doivent s’accompagner, de la part des pays qui les déclenchent, de moyens significatifs en infrastructure pour pouvoir surveiller efficacement leur application.

Au cours de son exposé<sup>255</sup>, Jacob Lew explique les dangers d’un usage exagéré ou désordonné et indique en substance que « les sanctions ne doivent pas être utilisées à la légère. Elles peuvent créer des tensions diplomatiques, être des sources d’instabilité dans l’économie globale et imposer des coûts additionnels aux entreprises. [...] Si les juridictions et sociétés étrangères pensent que nous décrétons des sanctions sans justification ou pour des raisons non appropriées, nous ne devons pas être surpris s’ils recherchent des moyens pour éviter de mener leurs affaires en dehors des États-Unis ou en dollars. [...] Si nous posons l’adhésion à la politique extérieure des États-Unis comme condition à l’utilisation du dollar et de notre système financier, nous risquons qu’à moyen terme un flux croissant de transactions se fasse en d’autres monnaies et en dehors de notre système financier. [...] Nous devons être particulièrement attentifs à l’usage de sanctions secondaires qui affectent généralement des entités non américaines et risquent de les couper du système financier américain si elles s’engagent dans certaines transactions. En conséquence, même certains de nos alliés parmi les plus proches<sup>256</sup> les considèrent comme des tentatives extraterritoriales d’imposer la politique américaine au reste du monde. Le risque qu’un

---

<sup>255</sup> Voici l’intégralité du passage cité, <https://carnegieendowment.org/2016/03/30/u.s.-treasury-secretary-jacob-j.-lew-on-evolution-of-sanctions-and-lessons-for-future-event-5191>.

*Sanctions should not be used lightly. They can strain diplomatic relationships, introduce instability into the global economy, and impose real costs on companies here and abroad. And of course they carry a risk of retaliation. Actions that trigger U.S. sanctions must constitute a significant threat to our national security, foreign policy, or economy. And even then, we should impose sanctions only when we have reasonable confidence that they will achieve their intended policy goal, and only when the balance of costs and benefits is in our favor.*

*It is important to make sure these tools remain available and effective. And there is a risk that overuse could ultimately reduce our capability to use sanctions effectively. While sanctions are a valuable alternative to more severe measures, including the lawful use of force, it is a mistake to think that they are low-cost. And if they make the business environment too complicated—or unpredictable, or if they excessively interfere with the flow of funds worldwide, financial transactions may begin to move outside of the United States entirely—which could threaten the central role of the U.S. financial system globally, not to mention the effectiveness of our sanctions in the future...*

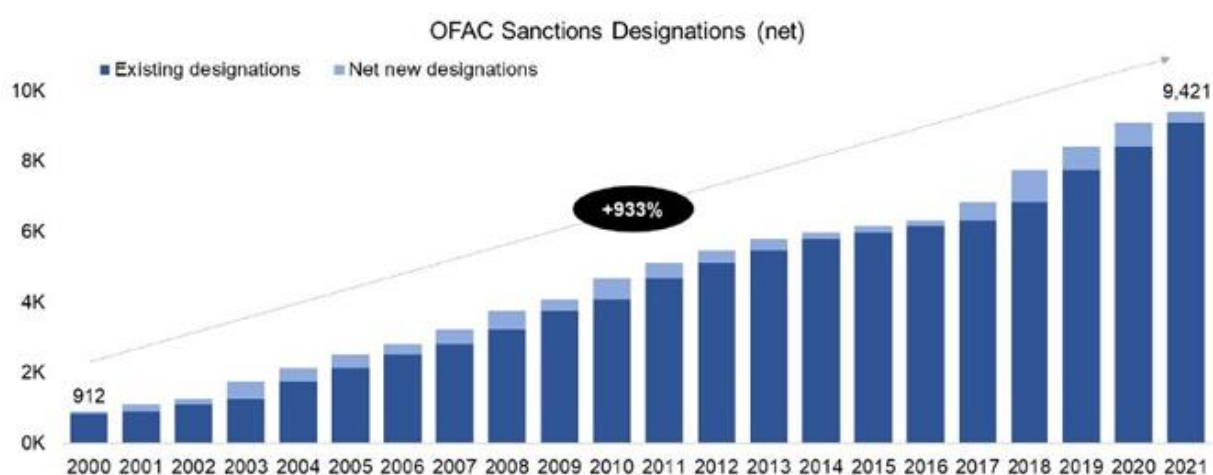
*Secondary sanctions prompt particular concerns. Unlike primary sanctions, which focus on activities of U.S. individuals and companies, secondary sanctions generally are directed towards foreign persons. These measures threaten to cut off foreign individuals or companies from the U.S. financial system if they engage in certain conduct with a sanctioned entity, even if none of that activity touches the United States directly. As a result, they are viewed, even by some of our closest allies as extra-territorial attempts to apply U.S. foreign policy to the rest of the world. The risk that sanctions overreach will ultimately drive business activity from the U.S. financial system could become more acute if alternatives to the United States as a center of financial activity, and to the U.S. dollar as the world's preeminent reserve currency, assume a larger role in the global financial system.*

<sup>256</sup> Sans doute une allusion à la France et au contentieux avec BNP Paribas résolu moins de deux ans auparavant.

usage immodéré des sanctions conduise à une perte d'activité pour le système financier américain peut devenir plus dangereux si des alternatives à la prééminence états-unienne se développent.<sup>257</sup> »

323. Mais les préceptes énoncés par Jacob Lew ne sont pas ou peu mis en pratique et les sanctions, intelligentes ou pas, sont devenues un moyen usuel et sans contrôle législatif ou judiciaire effectif à la disposition du pouvoir exécutif. Pour un président américain, ou européen, annoncer de nouveaux trains de sanctions est une manière sans risque de montrer à l'opinion publique que le pays entend jouer un rôle actif sur la scène internationale. Il est ainsi de bon ton d'annoncer des mesures nouvelles visant des oligarques russes ou des entreprises chinoises qui seraient complices de violations des droits de l'homme dans leur propre pays ou d'actes de corruption hors de leurs frontières. Comme l'indique une étude de l'OFAC publiée en octobre 2021, les listes de sanctions concernent plus de douze mille entités désignées comme SDN et leur nombre a pratiquement décuplé en deux décennies.

Figure 21 - Nombre d'entités visées (SDN) par les programmes de l'OFAC de 2000 à 2021<sup>258</sup>



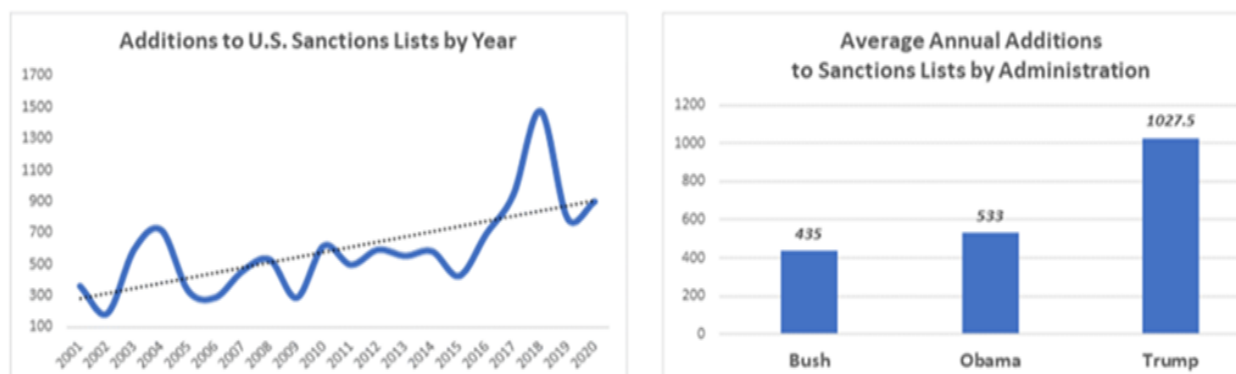
324. L'utilisation des sanctions économiques comme instrument de politique internationale a sensiblement augmenté sous l'administration Trump, qui a particulièrement visé des entités chinoises au cours de ses deux dernières années au pouvoir comme illustré par les graphiques ci-dessous.

<sup>257</sup> Voir le texte original en anglais dans l'avant-dernière note ci dessus.

<sup>258</sup> *The Treasury 2021 Sanctions Review*, p. 2, <https://home.treasury.gov/system/files/136/Treasury-2021-sanctions-review.pdf>.



Figure 22 - Augmentation nette d'entités classées SDN et comparaison entre les administrations des présidents Bush, Obama et Trump<sup>259</sup>



On voit qu'au fil des années le nombre de restrictions au commerce international est en nette augmentation. L'administration Bush II a été la première à mettre en place un grand nombre de sanctions « intelligentes », mais les amendes relativement faibles (en moyenne par entité sanctionnée moins de \$50 000 en dehors des institutions financières contre plus de \$2,5 millions sous l'administration Obama et \$3 millions sous l'administration Trump<sup>260</sup>) et le manque de suivi ne produisent pas les effets escomptés. L'administration Obama adopte une approche plus ciblée en frappant en particulier les institutions financières (comme dans le cas de BNP Paribas) de très fortes amendes à effet dissuasif, ce qui crée des tensions avec d'autres juridictions. L'administration Trump quant à elle affiche une politique de « pression maximale » unilatérale d'abord dirigée contre l'Iran, puis la Chine. Elle utilise les sanctions primaires et secondaires pour arriver à l'effet désiré. Ainsi le président annonce, parfois de façon très médiatique, de nombreuses mesures de sanctions qui concernent des individus ou de petits groupes d'individus présumés coupables de crimes internationaux, par exemple la persécution de la population ouïgour en Chine ou la suppression de la liberté d'expression à Hong Kong, ou simplement d'atteinte à la souveraineté des États-Unis comme ce fut le cas pour les magistrats de la Cour Pénale Internationale en juin 2020<sup>261</sup>.

<sup>259</sup> Source Gibson Dunn, *2020 Year -End Sanctions and Export Controls Update*, publié le 5 février 2021 : <https://www.gibsondunn.com/2020-year-end-sanctions-and-export-controls-update/>

<sup>260</sup> Chiffres tirés de Early, Bryan & Preble, Keith, « The past, present and future of US sanctions enforcement », *Texas National Security Review*, 21 février 2021, <https://warontherocks.com/2021/02/the-past-present-and-future-of-u-s-sanctions-enforcement/>.

<sup>261</sup> Ces sanctions ont depuis été annulées par l'administration Biden.

325. L'administration Biden a une approche plus modérée et s'efforce d'éviter les sanctions secondaires qui pourraient affecter ses alliés. Cependant le nombre de *delistings* (annulation de qualification de SDN) n'a pas sensiblement augmenté depuis 2021. On note aussi à la suite de l'invasion de l'Ukraine en février 2022 une politique de sanctions ciblées contre les entreprises et ressortissants russes, notamment les oligarques considérés comme corrompus par le système en place. Les entités chinoises sont aussi particulièrement ciblées depuis 2022.

Le recours aux sanctions économiques comme instrument de politique étrangère depuis le début de la décennie est en fait l'apanage de la plupart des économies développées<sup>262</sup>. L'objectif de ces mesures semble être d'envoyer, à peu de frais, des signaux diplomatiques et de frapper l'opinion. On assiste ainsi à une sorte de banalisation des sanctions, mais leur efficacité reste discutable.

### C. Les conséquences de l'application des sanctions intelligentes

326. La mise en place des sanctions intelligentes modifie sensiblement les modes opératoires de l'administration américaine, des acteurs économiques et des institutions financières.

Une première conséquence est que la complexité du système nécessite des moyens budgétaires et humains plus importants. L'administration des sanctions économiques est principalement dévolue à l'OFAC<sup>263</sup>, qui peut émettre des licences ou des exemptions aux règles générales, sur sollicitation des importateurs ou exportateurs. Mais le contrôle et la répression (*enforcement*) sont effectués conjointement par plusieurs ministères (Trésor, Justice et s'il y a une composante militaire, Défense). Les poursuites pénales pour des infractions concernant les sanctions ou d'autres éléments de compliance reviennent au DOJ. On note ainsi la croissance tant de ses budgets que de ses effectifs. Comme le montrent les graphes ci-dessous, fin 2020, les effectifs du DOJ étaient d'environ 11 200 au niveau régional (*District Attorney Offices*) et, au niveau central, 750 pour la seule Division criminelle. L'augmentation des effectifs et des moyens devrait se poursuivre et même s'accélérer. D'après une annonce faite le 2 mars 2022 par le ministre

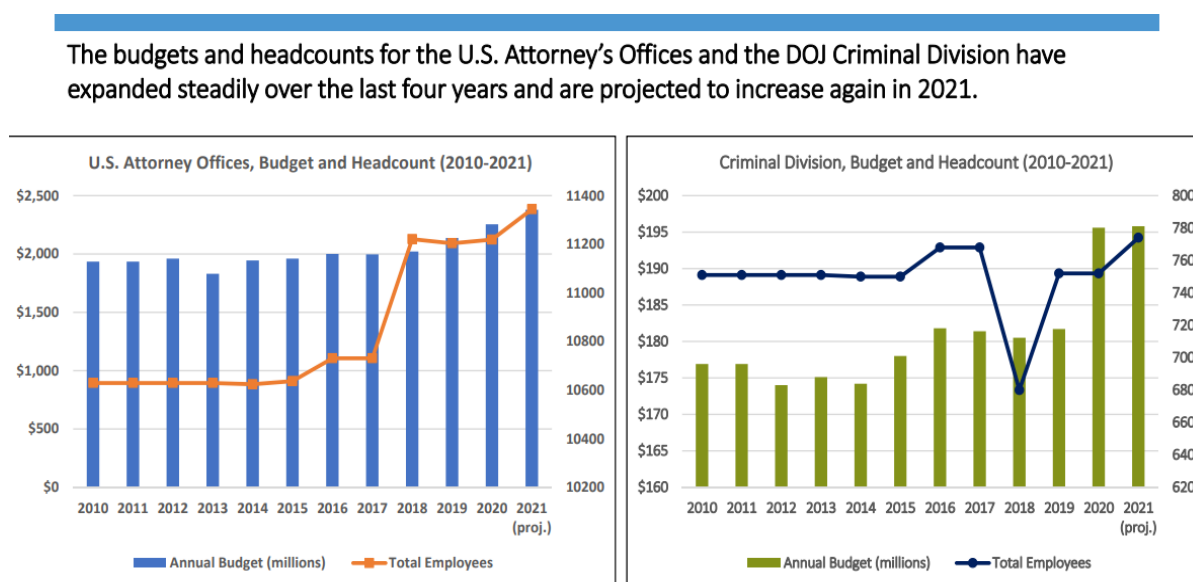
---

<sup>262</sup> Voir par exemple l'étude publiée en janvier 2023 par la firme spécialisée en intelligence artificielle Castellum AI : <https://www.castellum.ai/insights/2022-sanctions-year-in-review>.

<sup>263</sup> Et dans une moindre mesure, au Bureau of Investments Strategy (BIS) du département du Commerce.

de la Justice, Merrick Garland<sup>264</sup>, le DOJ est déjà en train de recruter plus de 120 procureurs adjoints (*DOJ attorneys*) ainsi que plus de 900 nouveaux agents du FBI pour étoffer un nouveau groupe de travail intergouvernemental (*interagency task force*) dont la mission est d'aider à la formulation des mesures de l'OFAC et de contrôler l'application des sanctions contre la Russie ainsi que d'élaborer de nouvelles procédures pour pouvoir saisir les avoirs des oligarques.<sup>265</sup> Ces agents, une fois formés, pourraient aussi se voir confier des dossiers de lutte contre la corruption dont le DOJ est en charge. Ces mesures devraient entraîner une dépense budgétaire annuelle supplémentaire de l'ordre de \$360 millions que le Congrès devrait approuver sans difficulté.

*Figure 23 - Augmentation des budgets et des effectifs des bureaux des procureurs fédéraux régionaux (US Attorney's Offices) et de la Division criminelle du DOJ<sup>266</sup>*



<sup>264</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ, *Attorney General Merrick B. Garland Announces Launch of Task Force KleptoCapture. Task Force Will Surge Federal Law Enforcement Resources to Hold Accountable Corrupt Russian Oligarchs*  
<https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-merrick-b-garland-announces-launch-task-force-kleptocapture>.

<sup>265</sup> Le nom évocateur du groupe de travail est *Russian Sanctions and Klepto Capture*. Voir l'étude publiée le 15 mars 2022 par le cabinet Skadden, *DOJ Reveals White Collar Crime Enforcement Priorities: Key Themes From the March 2022 ABA National Institute on White Collar Crime*.  
<https://www.skadden.com/insights/publications/2022/03/doj-reveals-white-collar-crime-enforcement-priorities>.

<sup>266</sup> Graphes préparés par le cabinet Gibson Dunn, *White Collar Enforcement Outlook 2021*, d'après les chiffres publiés par le DOJ *Annual Budget and Performance Summary Reports 2011-2021*. La baisse temporaire des effectifs au niveau central en 2018 est due à une réorganisation au début de l'administration Trump.  
 Voir : <https://www.gibsondunn.com/webcast-white-collar-enforcement-outlook-2021-sanctions-export-controls-aml-and-healthcare-fraud/>

327. Le développement des sanctions secondaires, c'est-à-dire celles qui sont spécifiquement dirigées contre des entités qui commercent avec des SDN ou des cibles de sanctions primaires, pose une nouvelle problématique. Cette pratique consiste à restreindre les échanges avec les pays ciblés par les États-Unis en créant des pressions sur des pays tiers : « si vous commercez avec mon ennemi, je vais vous interdire l'accès au marché américain et vous infliger coûts et amendes pour manquements de compliance à ma réglementation ». Une telle approche a été utilisée par exemple pour décourager les firmes européennes de commercer avec l'Iran ou à participer aux chantiers du gazoduc Nordstream 2 sous la mer Baltique, entre la Russie et l'Allemagne. Par nature, ces mesures sont extraterritoriales et constituent une ingérence dans la conduite de la politique économique d'autres États ou plus généralement d'entreprises et d'individus non américains. Comme l'écrit Emmanuel Breen : « Les régimes de sanctions [américains] créent [...] des risques juridiques significatifs pour les entreprises. Ces risques sont aggravés pour les entreprises qui n'ont pas correctement anticipé l'ampleur de la portée extraterritoriale de la législation américaine, la vigueur de la réaction du DOJ ou le coût élevé d'un défaut de coopération avec les autorités<sup>267</sup>. » Pour essayer de contrer cette ingérence, plusieurs juridictions, dont la France, l'Union européenne, la Russie et la Chine, ont créé des systèmes de blocage dont le but est de protéger les entités sous leur autorité en interdisant aux régulateurs américains l'accès à des informations de commerce international. Cependant, tant que l'économie américaine reste dominante, aucun des systèmes de blocage ne semble efficace. De fait, les sociétés internationales qui opèrent aux États-Unis peuvent se trouver au centre de conflits de juridiction sans solution apparente. Nous reviendrons sur cette problématique dans notre deuxième partie.

328. Enfin, les activités des banques sont profondément touchées par la mise en place des régimes de sanctions et des systèmes de compliance particulièrement complexes et coûteux qu'elles rendent obligatoires. L'évolution technologique et le développement de l'intelligence artificielle permettent de créer des systèmes sophistiqués de filtrage et blocage des transactions et de comptes rendus quasi automatiques (*reporting*) aux autorités de surveillance. Mais ce sont les intermédiaires financiers, principalement les banques, qui assument non seulement les frais opérationnels additionnels mais aussi la responsabilité juridique. Les obligations de contrôle et de vigilance requièrent des banques qu'elles s'assurent de l'identité et de la respectabilité non

---

<sup>267</sup> Breen, Emmanuel, *op. cit.*, p. 71.

seulement de leurs clients, mais des tierces personnes impliquées dans les transactions ; qu'elles vérifient qu'aucune partie présente sur l'une des nombreuses listes d'entités suspectes ne participe, même indirectement, aux transactions et que chaque écriture puisse être justifiée par une documentation vérifiable et complète<sup>268</sup> à la disposition des régulateurs. Ces derniers peuvent, à leur discrétion, décider d'engager des poursuites tant au titre de la lutte contre la corruption (FCPA) que pour infraction aux régimes de sanctions économiques. Toute banque qui ne respecterait pas ses obligations de compliance ou ignorerait les instructions de l'OFAC ou autres organismes fédéraux<sup>269</sup> -s'expose à de très sévères pénalités.

Il est difficile de chiffrer précisément les budgets additionnels que le nouveau système de contrôles exige car il faudrait prendre en compte non seulement les coûts directs (achat ou location des logiciels, systèmes de filtrage, calibrage des paramètres, *reporting*) et les charges de personnel qui s'y rattachent, mais aussi les coûts indirects comme ceux liés à la nécessité d'augmenter la capacité des systèmes informatiques, de recourir à des consultants et le temps pris par les instances dirigeantes pour traiter ces questions. À titre anecdotique, le dirigeant d'une grande banque française aux États-Unis<sup>270</sup> interrogé en juin 2022 estime que plus de 20 % de ses coûts opérationnels sont liés à des tâches de compliance, et que le coût des contrôles que nécessitent les programmes de sanctions sont supérieurs à celui entraîné par les obligations de lutte contre la corruption bien que certains logiciels (filtrage) puissent être utilisés à plusieurs fins. Selon une étude réalisée par une société de conseil en gestion des risques, Lexis Nexis, les coûts globaux opérationnels liés à la compliance pour les institutions financières aux États-Unis et au Canada

---

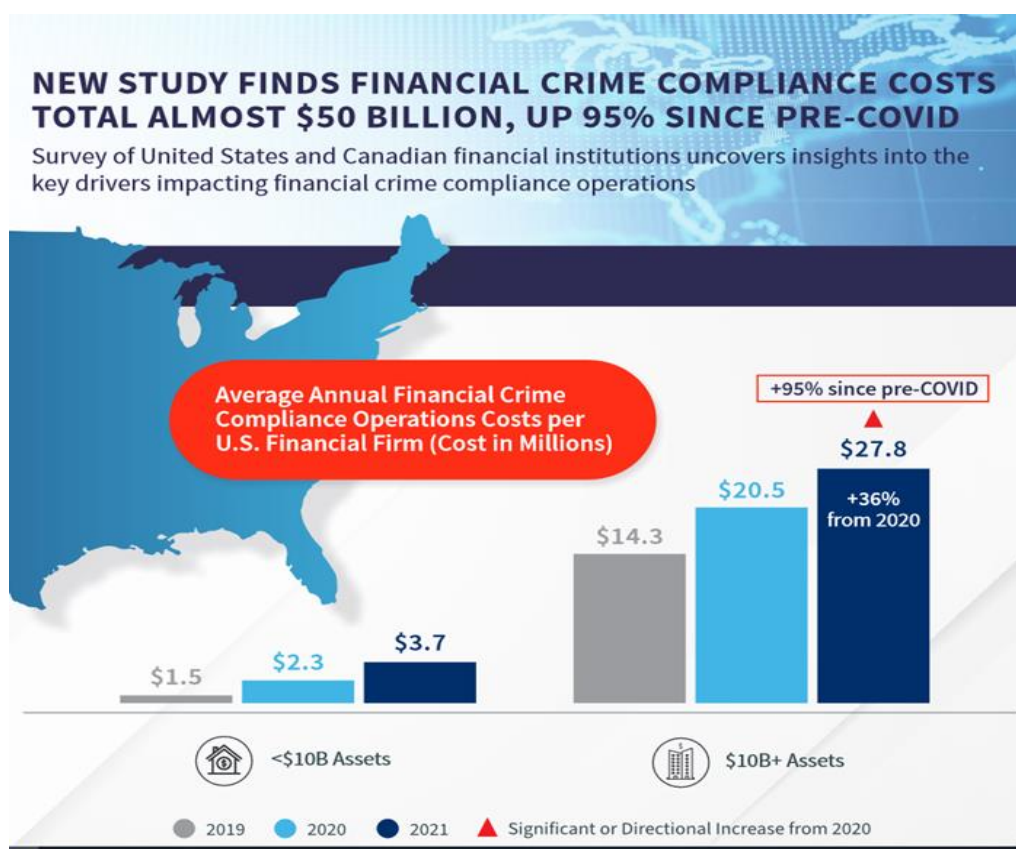
<sup>268</sup> La documentation pour certaines opérations de commerce international peut être particulièrement complexe et délicate à vérifier : connaissances maritimes et vérification de tous les documents y afférents, certificats nécessaires pour certains produits (par exemple les « certificats Kimberley » pour le commerce des diamants), obtention des licences OFAC ou BIS s'il y a lieu, etc.

<sup>269</sup> En plus de l'OFAC, les transactions internationales peuvent être interdites par le U.S. Department of Commerce's Bureau of Industry and Security (BIS) qui publie une *BIS Entity List* où figurent des entreprises considérées comme représentant des menaces stratégiques pour les intérêts des États-Unis. La liste comprend des personnes américaines ou étrangères frappées de restrictions ; il est totalement interdit de commercer avec certaines alors que pour d'autres il faut nécessairement solliciter une licence. Par exemple, environ 150 entreprises liées au conglomérat chinois de télécommunications Huawei figurent sur la liste SDN. Le département de la Défense (DOD) peut aussi émettre des restrictions aux importations et exportations lorsqu'elles risquent de porter atteinte aux intérêts militaires des États-Unis. Lors des contrôles notamment des banques, les représentants de l'OFAC jouent un rôle de coordination.

<sup>270</sup> Mr Marc André Poirier, directeur général de Crédit agricole pour les Amériques dans une conversation le 27 juin 2022.

auraient atteint près de cinquante milliards en 2021, ce qui représente une augmentation de 95 % depuis 2019 et de 36 % entre 2020 et 2021 :

*Figure 24 - Augmentation des coûts de compliance dans l'industrie bancaire aux États-Unis et Canada de 2019 à 2021<sup>271</sup>*



329. Les effectifs et moyens techniques consacrés à cette nouvelle forme de compliance bouleversent les anciens modèles de rentabilité économique. Il se crée aussi, comme c'est d'ailleurs recommandé par les régulateurs internationaux, une nouvelle « culture du risque » selon laquelle la moindre activité qui présente pour l'entreprise un risque considéré au-dessus d'un niveau acceptable est rejetée. Les banques et autres intermédiaires sont ainsi amenés à considérer leurs coûts de compliance et à évaluer les risques lorsqu'ils établissent leurs plans stratégiques. Cela les conduit souvent à réduire ou à supprimer certaines activités, comme les relations avec les correspondants (*correspondant banking*), à restreindre les formes de financement du commerce international (*trade financing*) et, plus généralement, à refuser de servir des segments de marché

<sup>271</sup> Lexis Nexis, *True Cost of Financial Crime Study for the United States and Canada*, Infographics, p.1 : [https://risk.lexisnexis.com/-/media/files/financial%20services/infographics/lhrs-tcoc-us-can%202021\\_infographic-nxr15099-00-0921-en-us.pdf](https://risk.lexisnexis.com/-/media/files/financial%20services/infographics/lhrs-tcoc-us-can%202021_infographic-nxr15099-00-0921-en-us.pdf).

que les autorités pourraient considérer comme représentant un risque élevé. Ce mouvement de « débancarisation » au plan transnational prive donc certains secteurs, en particulier dans les pays pauvres ou à faible infrastructure, de services bancaires et peut sérieusement freiner leur développement économique et social.

330. Les banques deviennent ainsi un rouage essentiel non seulement dans la lutte contre la corruption transnationale mais aussi dans le fonctionnement des régimes de sanctions modernes. Il leur incombe de se doter, à leurs frais, de systèmes informatiques de plus en plus sophistiqués et utilisant des techniques nouvelles mais en suivant strictement les directives des autorités ; il leur faut aussi former en permanence leur personnel, y compris les hauts dirigeants, et adapter leurs stratégies. Cette évolution, comme nous l'avons vu, était déjà bien amorcée pour les banques américaines, mais est plus difficile et coûteuse pour les institutions d'autres pays, habituées à des systèmes et des normes différents, d'autant plus que les superviseurs américains peuvent se montrer très sévères à l'égard d'entités étrangères parfois maladroites dans leurs relations avec les régulateurs.

331. Ce n'est donc pas tant la législation américaine contre la corruption transnationale, en particulier le FCPA, qui est dirigée contre les entités européennes, mais bien plutôt la réglementation sur les sanctions économiques de l'OFAC, sa mise en œuvre unilatérale et ses contrôles tatillons qui ont été à la source de lourdes pénalités qui ont durement touché les banques et entreprises européennes et françaises en particulier.

# CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE: UN LIVRE ET DEUX RAPPORTS PARLEMENTAIRES

332. L'antiaméricanisme et la critique des États-Unis ne sont pas un phénomène nouveau en France. Au XVIII<sup>e</sup> siècle déjà, Buffon pensait que la flore et la faune du Nouveau Monde sont des dégénérescences de celles qu'on trouve en Europe<sup>272</sup>. Nous reviendrons dans notre deuxième partie sur quelques épisodes du contentieux franco-américain mais, après avoir montré comment le système américain de lutte contre la corruption s'est constitué au cours des siècles, nous sommes plus spécialement concernés ici par les accusations portées par certains juristes respectés et au moins deux rapports parlementaires récents. En effet la critique du système juridique américain, notamment en ce qui concerne les mécanismes de lutte contre la corruption et les sanctions, devient particulièrement acerbe et médiatisée au cours de la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle notamment en réaction aux fortes pénalités imposées par les autorités américaines à des entreprises françaises comme Alstom (2013) et BNP Paribas (2014).

On peut douter du bien-fondé d'au moins certaines des affirmations formulées autour d'un livre et deux rapports parlementaires qui ont été largement débattus. Après une brève description de chacun de ces documents, nous présentons une analyse critique de certains arguments avancés par les auteurs.

## **1. *Deals de Justice* : des analyses pertinentes malgré un sous-titre provocateur**

333. En 2013 la publication de *Deals de Justice*, un livre de moins de deux cents pages, attire l'attention non seulement du landerneau judiciaire mais aussi d'un vaste public français sur les moyens et les pratiques de la justice américaine. Il s'agit d'un ouvrage collectif dirigé par Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber<sup>273</sup> réunissant avocats et spécialistes du droit des affaires qui analyse les mécanismes de la justice américaine et comment ses décisions touchent les entreprises françaises.

---

<sup>272</sup> Voir Meunier, Sophie : *Anti-Americanisms in France*, Princeton University, French Politics, Culture & Society, Summer 2005, Vol. 23, No. 2 (Summer 2005), pp. 126-141, Berghahn Books, 2005.

<sup>273</sup> Tous deux ont aimablement accordé des entretiens à l'auteur qui s'est aussi entretenu avec Astrid Mignon-Colombet qui a écrit un des chapitres de l'ouvrage collectif.



Le diagnostic en conclusion du livre reste pertinent : « Que le marché “pur ” soit un mythe on le sait depuis longtemps : il a besoin de règles de droit (luttant contre la tendance au monopole ou contre la corruption qui l’empêche de produire ses effets vertueux) non seulement pour l’étayer mais tout simplement pour lui permettre d’exister. Si la première puissance économique, la mieux placée pour le faire, se charge de les faire respecter, qui s’en plaindra ? Dans ce monde où aucune instance ne surplombe les États, ce tiers ne peut être qu’impur en mélangeant les intérêts moraux et les siens propres. La puissance américaine se hisse au-dessus des autres nations pour tenter de mettre un peu d’ordre dans la mondialisation, mais ses intérêts ne sont pas loin... Un tel système... a l’immense vertu d’exister et d’être efficace. Il n’est donc pas possible de se réfugier dans un anti-américanisme aussi répandu que stérile...

Cette évolution interpelle tout d’abord l’Europe judiciaire. Le temps n’est-il pas venu pour elle de s’organiser, non pas pour contrer ce système mais pour le rendre plus universel ? <sup>274</sup> »

334. Près de dix ans après la publication des lignes ci-dessus, la solution préconisée par les auteurs de *Deals de Justice* est encore évasive : le Brexit et la sortie du Royaume Uni de l’Union Européenne diminuent la perspective d’une Europe judiciaire forte qui pourrait faire contrepoids « à armes égales », à la puissante et bien huilée machine judiciaire américaine. Toutefois l’annonce aux États-Unis d’une politique judiciaire impliquant une meilleure coordination avec les autres États (*non-piling on policy*), la résolution coordonnée de quelques gros dossiers (Société Générale, Airbus) et le lancement en Europe d’EPPO (*European Public Prosecutor’s Office*) suscitent des espérances que nous analyserons en détail. *Deals de Justice* nous semble une analyse, presque une dissection, clinique et raisonnable, d’un système différent de celui en vigueur sur le continent européen. On peut cependant regretter un sous-titre provocateur, « Le marché américain de l’obéissance mondialisée », qui augmente peut être les ventes en librairie mais verse de l’huile sur un sujet déjà brûlant.

Le débat en effet monte en intensité avec la publication de deux rapports parlementaires et des débats parfois passionnés qui font l’objet d’une large couverture médiatique en France, d’autant plus que le premier rapport (Lellouche Berger) est publié lors des discussions sur la loi Sapin II et le second (Gauvain) est pour partie un bilan de l’application de cette loi que nous analyserons plus en détail dans notre deuxième partie.

---

<sup>274</sup> *Op. cit.* p. 187, 188, 189

## **2. Le rapport Lellouche-Berger et la question du ciblage et de l'extraterritorialité**

335. Le *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine*<sup>275</sup> est le résultat des travaux d'une commission de huit membres de l'Assemblée Nationale constituée en février 2016, présidée par Pierre Lellouche et dont la rapporteur est Karine Berger. Le rapport note dès l'introduction : « On constate une surreprésentation évidente des entreprises européennes dans les dossiers relatifs à l'application de certaines lois américaines, qu'il s'agisse de celles punissant la violation des embargos financiers internationaux des États-Unis (les banques européennes ont payé pratiquement toutes les plus grosses amendes américaines à ce titre) ou encore de la corruption internationale (les entreprises européennes ont versé les deux tiers des plus grosses amendes à ce titre) »<sup>276</sup>.

336. Le rapport interroge sur « un possible ciblage des entreprises européennes et sur la loyauté de certaines pratiques des administrations américaines... Le trouble est accentué par la nature des manquements qui justifient, selon les autorités américaines, les sanctions financières qu'elles infligent. Dans certains cas, celles-ci sont évidemment légitimes .... Mais certaines dispositions répressives appliquées par les États-Unis suscitent plus de débats en raison de leur caractère extraterritorial : il en est ainsi pour celles sanctionnant des versements de corruption effectués par des entreprises non américaines au bénéfice d'officiels non-américains pour obtenir des contrats sur un sol non-américain, ou encore celles prétendant interdire à des banques non américaines d'opérer certaines transactions financières avec des entités ou des pays également étrangers...

C'est la question de l'extraterritorialité qui est là posée : un État peut-il imposer ses lois hors de son territoire, lequel constitue la limite "naturelle" de sa souveraineté ?.. L'application de fait extraterritoriale de certaines législations américaines n'est pas fondée sur une revendication délibérée d'extraterritorialité, mais sur des interprétations larges, voire "tirées par les cheveux", du critère de compétence territoriale<sup>277</sup> – ainsi du raisonnement selon lequel toute opération bancaire libellée en dollars dans le monde finit par donner lieu à une compensation effectuée sur le sol américain. [Ainsi les États-Unis font] du droit, plus précisément de certaines législations

---

<sup>275</sup> Disponible sur le site de l'Assemblée Nationale <https://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i4082.pdf>.

<sup>276</sup> *Idem* p. 9.

<sup>277</sup> C'est nous qui soulignons.

dans le champ économique, un instrument de politique étrangère et de promotion des intérêts économiques américains<sup>278</sup> »

Le rapport publie des accusations graves portées par certaines des personnes auditionnées ; deux hauts fonctionnaires<sup>279</sup> qui dénoncent « une stratégie américaine de domination économique » et même « une stratégie hégémonique permettant un véritable racket ». Concernant Alstom, plusieurs personnalités françaises auditionnées par la mission (dont au moins une occupant une position officielle) ont fait état de l'implication des services de renseignement américains : ceux-ci ont clairement été associés à la procédure, voire selon certaines déclarations ont été à sa source<sup>280</sup>.

337. Toutefois, le rapport nuance l'analyse des causes du phénomène qu'il décrit : «... L'édiction croissante de règles à portée extraterritoriale est probablement inéluctable dans une situation d'intensification constante des échanges et de globalisation. Et toute puissance économique significative peut être tentée, pour des raisons légitimes (lutter contre le crime international, la corruption, le blanchiment, le financement du terrorisme...) ou moins honorables, de jouer la carte d'une application "activiste" de législations extraterritoriales. Il faut enfin être conscient que les normes juridiques qui se diffusent mondialement ne sont pas seulement le fait des États et entités politiques, mais aussi d'acteurs privés, notamment des entreprises (par exemple les entreprises transnationales qui uniformisent les clauses de leurs contrats avec leurs fournisseurs, celles de l'internet qui imposent à tous les utilisateurs de leurs services leur conception de la protection des données personnelles ou de la liberté des contenus...). De ce point de vue, la mondialisation économique est le vrai moteur de la remise en cause de la souveraineté juridique nationale des États<sup>281</sup>. »

---

<sup>278</sup> Rapport Lellouche Berger, p. 10.

<sup>279</sup> M<sup>me</sup> Leslie Varenne et M. Eric Denécé, directeur du Centre français de recherche sur le renseignement-Cf2R. Ils sont les auteurs de : *Racket américain et démission d'État – Le dessous des cartes du rachat d'Alstom par General Electric*, rapport de recherche n° 13, décembre 2014.

<sup>280</sup> *Op. cit.*, p. 19.

<sup>281</sup> *Idem* p. 11.

### **3. Le rapport Gauvain : noircir le tableau**

338. L'argument du favoritisme des autorités américaines envers les sociétés de leur pays est repris dans le rapport Gauvain :<sup>282</sup> « Les poursuites engagées [par les autorités américaines] semblent être motivées économiquement et les cibles choisies à dessein. Les grandes entreprises américaines sont, pour la plupart, épargnées de toute poursuite et seules de grandes entreprises européennes et asiatiques, en concurrence directe avec des entreprises américaines, sont visées...<sup>283</sup>

Les risques de divergences juridiques entre les États-Unis et l'Europe semblent s'accroître en matière de sanctions économiques unilatérales. Les procédures judiciaires pour violation des sanctions internationales n'ont à cet égard rien à voir avec le combat éthique qui était mis en avant s'agissant des enquêtes anticorruptions : elles ne sont que le prolongement d'une action politique du gouvernement, au seul service du pouvoir exécutif américain et, en passant, des entreprises américaines.<sup>284</sup> »

Le rapport se fait l'écho d'accusations graves sur l'administration de la justice aux États-Unis. Il ne traite pas de l'évolution vers la justice négociée en France à la suite de l'adoption de la loi Sapin 2 et présente une analyse particulièrement négative des pratiques américaines. Nous en détaillons certains éléments dans notre évaluation critique.

### **4. Une évaluation scientifique critique : des erreurs et omissions**

339. Nous essayons ici de répondre à l'affirmation en prémices des rapports Lellouche- Berger et Gauvain et analyserons plus en détail dans la deuxième partie de cette thèse la pertinence de leurs recommandations. Nous ne couvrons ici que quelques points qui nous paraissent essentiels pour une évaluation objective. Des réponses plus précises aux questions soulevées ou contre-arguments se trouvent dans les notes en bas de page.

---

<sup>282</sup> Gauvain, Raphaël, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, rapport présenté à l'Assemblée Nationale le 26 juin 2019. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000532.pdf>

<sup>283</sup> *Idem*, p. 3, Synthèse.

<sup>284</sup> *Idem*, p. 4.

La question de base est donc de savoir dans quelle mesure il y aurait « une surreprésentation évidente des entreprises européennes dans les dossiers relatifs à l'application de certaines lois américaines » contre la corruption et les embargos. Quelles en sont les manifestations et comment l'expliquer ?

340. Le rapport Lellouche-Berger distingue, à juste titre, deux sortes de pénalités : celles motivées par la lutte contre la corruption internationale d'agents publics d'une part et d'autre part celles pour non-respect des sanctions économiques américaines.<sup>285</sup> Ainsi le rapport indique qu'« entre 1977 et 2014, 30 % des enquêtes ouvertes dans le cadre de la loi FCPA ont visé des entreprises étrangères mais celles-ci ont réglé 67 % des amendes collectées... Depuis 2008... les autorités américaines se sont mises à “taper fort” [principalement] sur les entreprises européennes.<sup>286</sup> »

341. Trois ans plus tard les griefs sont repris et accentués dans le rapport Gauvain : « Le bilan des vingt dernières années est édifiant : plusieurs dizaines de milliards de dollars d'amendes ont été réclamées à des entreprises françaises, européennes, sud-américaines et asiatiques, au motif que leurs pratiques commerciales, leurs clients ou certains de leurs paiements ne respectaient pas le droit américain, alors même qu'aucune de ces pratiques n'avait de lien direct avec le territoire des États-Unis et/ou que ces entreprises se conformaient au droit de leur pays (s'agissant des sanctions internationales). Les exemples sont légion et ont fait les titres de la presse internationale... [La] longue série d'entreprises non américaines condamnées aux États-Unis pour des faits commis un peu partout dans le monde sauf aux États-Unis, pourrait prêter à sourire s'il n'y avait pas [des] problèmes fondamentaux en jeu.... Surtout, les poursuites engagées semblent être motivées économiquement et les cibles choisies à dessein. Les grandes entreprises américaines sont, pour la plupart, épargnées de toute poursuite et seules de grandes entreprises européennes et asiatiques, en concurrence directe avec des entreprises américaines, sont visées<sup>287</sup> »

Pour appuyer ces accusations, les deux rapports parlementaires présentent des listes de pénalités américaines pour la période de 1977 à 2014 pour le rapport Lellouche-Berger et 2008 à 2018 pour le rapport Gauvain. Les données incluses dans ces listes nous semblent correctes,

---

<sup>285</sup> Rapport précité, p. 27

<sup>286</sup> *Idem* p.28

<sup>287</sup> *Op. cit.* p. 3 et 4.

toutefois nous notons que les statistiques citées dans les rapports semblent choisies pour frapper le lecteur de l'aspect injuste des pénalités.<sup>288</sup>

342. Ainsi le rapport Gauvain inclut un tableau qui est une « Liste des entreprises condamnées au titre du FCPA entre 2008 et 2018 (amendes de plus de \$ 100 millions) », accompagné du commentaire suivant : « Il est frappant de constater que ces procédures informelles [NPA et DPA] conclues par des accords touchent d'abord et avant tout des entreprises non américaines : le tableau... montre qu'en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, les autorités américaines utilisent leurs pouvoirs pour viser en priorité des entreprises non américaines et assez souvent européennes<sup>289</sup>. » Cette affirmation est en contradiction avec les statistiques compilées par le FCPA Clearinghouse de l'Université de Stanford<sup>290</sup>.

Le même rapport indique comme source le cabinet Ikarian. Or le fondateur de ce cabinet français n'est autre que Frederic Pierucci qui, comme le précise le site du cabinet, a été arrêté alors qu'il était aux États-Unis et mis en accusation par les autorités américaines pour « avoir participé à des faits présumés de corruption en Indonésie dans le cadre d'un contrat qu'Alstom a obtenu en 2003<sup>291</sup> ». Frederic Pierucci est l'auteur d'un livre à succès, *Le Piège américain*<sup>292</sup> dans lequel il explique : « En 2013 j'ai été arrêté à New York par le FBI et poursuivi pour une affaire de corruption. Je n'ai pas touché un centime dans cette transaction<sup>293</sup> mais les autorités américaines m'ont enfermé pendant plus de deux ans – dont quatorze mois dans une prison de très haute sécurité. Un véritable chantage pour obliger Alstom à payer la plus gigantesque amende jamais infligée par les États-Unis<sup>294</sup>, et à se vendre à General Electric, son grand concurrent américain. Mon histoire illustre la guerre secrète que les États-Unis livrent à la France et à l'Europe en

---

<sup>288</sup> Il est surprenant qu'aucun des rapports ne fasse référence aux statistiques sur les poursuites américaines compilées par l'École de droit de l'Université de Stanford qui est pourtant une source connue et respectée par de nombreux juristes.

<sup>289</sup> Rapport Gauvain, page 19. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000532.pdf>

<sup>290</sup> Voir les données en introduction de cette thèse et dans le titre second de la première partie.

<sup>291</sup> <https://www.ikarian.eu/qui-sommes-nous/lequipe-ikarian/les-dirigeants/>.

<sup>292</sup> Pierucci, Frederic, avec Aron, Mathieu, *Le Piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, J.-C. Lattès, 2019.

<sup>293</sup> En droit américain, comme en droit français, il y a corruption lorsque une proposition, a fortiori un paiement, est fait à un agent public étranger (voir *supra*) ; le fait qu'un intermédiaire (a fortiori un ordonnateur) perçoive ou non « un centime » est immatériel à la commission du délit.

<sup>294</sup> Le cas Alstom s'est soldé aux États-Unis par un accord de type DPA et une pénalité (*settlement*) de \$772 millions. Or le *settlement* le plus élevé aux États-Unis a été le “*tobacco settlement*” de 1998 avec sept producteurs et distributeurs de cigarettes, tous américains, pour un montant global de \$206 milliards, donc plus de 26 fois l'amende d'Alstom.

détournant le droit et la morale pour les utiliser comme des armes économiques<sup>295</sup>. » Le passé et les positions médiatiques prises par le fondateur du cabinet Ikarian ne font pas nécessairement de lui un expert objectif du système judiciaire américain.

L'auteur du rapport d'ailleurs ne se cache pas d'avoir repris à son compte<sup>296</sup>, en les enjolivant parfois, les accusations de Frederic Pierucci : « La mission a auditionné à plusieurs reprises un ancien cadre dirigeant du groupe Alstom qui nous a confirmé le caractère arbitraire du déroulé de l'enquête conduite par le DOJ :

- le champ de l'infraction n'est pas précisé<sup>297</sup> ;
- la personne mise en cause n'a pas accès au dossier<sup>298</sup> ;
- des conditions d'incarcération indignes<sup>299</sup> ;
- une enquête conduite exclusivement à charge<sup>300</sup> ; et,
- un chantage permanent à une condamnation pénale lourde<sup>301</sup>. »

Selon le député Gauvain, « Il est impératif que la France élabore une stratégie pour contenir les assauts de l'extraterritorialité judiciaire lui permettant de réaffirmer sa souveraineté et de protéger ses entreprises et les millions d'emplois qui en dépendent<sup>302</sup>. »

343. Ainsi, alors que *Deals de Justice* présentait en 2013 à un large public francophone certaines caractéristiques du système judiciaire américain, il nous paraît que les deux rapports parlementaires et leurs auteurs, surtout au cours des débats et des rencontres avec les médias, ont

---

<sup>295</sup> *Idem*, quatrième de couverture.

<sup>296</sup> Rapport Gauvain, page 18

<sup>297</sup> Ces affirmations semblent en contradiction avec le récit que fait Frederic Pierucci lui-même de son inculpation dans son livre où il relate les propos que lui adresse le procureur quelques heures après son arrestation à JFK : « Monsieur Pierucci, je m'appelle David Novick et je suis procureur fédéral dans le Connecticut en charge du dossier Alstom, votre employeur. Vous avez été interpellé dans le cadre des poursuites pour corruption que nous avons ouvertes contre votre société... Vous êtes accusé d'avoir participé à des actes de corruption visant un parlementaire indonésien dans le cadre du contrat de Tarahan. C'est de la corruption d'agent public étranger et cela relève du *Foreign Corrupt Practices Act*... Comme le prévoit la législation américaine votre groupe en a aussitôt été informé. » *Le Piège américain*, p. 21.

<sup>298</sup> Cette affirmation est en contradiction avec le principe de *discovery* expliqué plus haut. Dans son livre (p. 33 et s.) Pierucci reconnaît qu'Alstom a mandaté un cabinet d'avocats qui a accès au dossier mais se montre très critique de la compétence des avocats chargés de son cas.

<sup>299</sup> Seraient-elles meilleures en France ?

<sup>300</sup> Les procédures employées à l'encontre de Pierucci ont strictement suivi les règles de *discovery* qui sont applicables aux États-Unis et différentes de celles de l'instruction en France

<sup>301</sup> Rapport Gauvain p. 18. En fait le procureur américain a, au début de la procédure, proposé un *plea bargain* que Pierucci a refusé. Certains de ses collègues et subordonnés ont accepté des offres semblables et ont ainsi bénéficié de peines réduites. Voir l'analyse du cas Alstom dans la deuxième partie de la thèse.

<sup>302</sup> Rapport Gauvain, p. 5.

eu tendance à « noircir le tableau ». Il est aussi surprenant que le rapport Gauvain, remis au premier Ministre le 26 juin 2019, ne comprenne pas une analyse de l'accord de résolution coordonnée conclu entre le PNF français et le DOJ américain qui a donné lieu à la CJIP et au DPA acceptés par la Société générale plus d'un an auparavant, le 24 mai 2018. Dans les recommandations, l'insistance sur des mesures souverainistes semble stérile et mal adaptée au cadre européen. En revanche, l'adoption de nouvelles procédures judiciaires en France, la CJIP en particulier, et une politique de meilleure coordination entre autorités de poursuite ont déjà permis de régler des dossiers particulièrement délicats comme l'affaire Airbus. On note par ailleurs qu'au cours de récentes années, plusieurs sociétés américaines comme Amazon, Citi, Google, JP Morgan Chase ou McDonald ont accepté de payer des amendes substantielles en France ou en Europe sans que la légitimité des procédures employées à leur rencontre ne soit fondamentalement remise en cause ou contestée par les autorités ou la communauté des affaires aux États-Unis.

344. On peut donc déplorer une attitude de confrontation de principe de certains parlementaires français alors qu'il y a évidemment des problèmes de fond quant à l'exercice extraterritorial de certaines décisions américaines et les conflits que créent ces pratiques.

C'est précisément la problématique des relations entre les États-Unis et les autres juridictions dans le cadre de la lutte contre la corruption transnationale que nous allons maintenant examiner en essayant de dégager quelques axes de coopération pratique et effective.



# SECONDE PARTIE : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION AU PLAN INTERNATIONAL : LES RELATIONS ENTRE LE SYSTÈME AMÉRICAIN ET LES AUTRES SOUVERAINS

345. La lutte contre la corruption transnationale est devenue une priorité internationale vers la fin du xx<sup>e</sup> siècle. Mais cette lutte a pour cadre des systèmes juridiques différents et anciens dans lesquels les doctrines juridiques ont évolué. L'objectif de notre étude est donc maintenant d'analyser non plus les systèmes eux-mêmes mais les rapports entre ceux-ci. Notre préoccupation est d'évaluer les politiques de coopération judiciaires (ou leur absence) entre États et en particulier les mécanismes permettant de résoudre d'éventuelles divergences.

Pour pouvoir correctement appréhender les caractéristiques changeantes et les moyens spécifiques employés par les systèmes juridiques en place, il est nécessaire et utile de retracer la manière dont se sont développés les rapports entre eux. Une difficulté provient de l'évolution de la signification de certains concepts fondamentaux comme la souveraineté et l'extraterritorialité.

Les relations entre systèmes sont gérées par chaque État de manière autonome, souvent en collaboration plus ou moins profonde avec les autres dans le cadre de ce que le droit américain nomme *International Comity* (généralement traduit par « courtoisie internationale »), mais parfois aussi en opposition. Nous analysons donc, à l'aune de la coopération judiciaire (ou de son absence), l'évolution des rapports et principalement les modes de résolution des conflits de compétence, d'abord dans le titre premier, sur le plan bilatéral franco-américain, puis, dans le titre deuxième, à l'échelle multilatérale.

# INTRODUCTION : LES AMBIGUÏTÉS DE LA SOUVERAINETÉ ET DE L'EXTRATERRITORIALITÉ

346. Ayant précédemment montré comment le système américain de lutte contre la corruption a été formé depuis la création des États-Unis et son fonctionnement actuel, nous analysons dans cette deuxième partie comment il interagit avec les systèmes d'autres « juridictions » (nationaux ?). Pour bien comprendre les différences de conceptions, il est d'abord nécessaire de clarifier deux notions qui sont à la base de griefs officiellement exprimés, entre autres, par la France : la souveraineté et l'extraterritorialité.

## **A. Les significations de la souveraineté**

347. La souveraineté est la notion la plus controversée de l'histoire, de la doctrine et de la pratique du droit international public... Le terme « souveraineté » a connu « une histoire longue et mouvementée durant laquelle il a pris des acceptions, des connotations et des tonalités différentes en fonction du contexte et des objectifs de ceux qui l'employaient<sup>1</sup> » comme l'expose la thèse soutenue en 2012 à l'université de Strasbourg par Bal Lider<sup>2</sup>. Par définition, le souverain n'est soumis à aucune autorité, mais est source de celle-ci. Pour Jean-Jacques Rousseau, le souverain<sup>3</sup> est « le peuple » mais il ne précise pas s'il s'agit de peuples (au pluriel) comme les Français, les Genevois, les Suisses ou autres.

Notre propos ici n'est pas de faire une étude détaillée des différentes conceptions de la souveraineté, mais plutôt d'évoquer rapidement la conception actuelle de la souveraineté dans les milieux académiques. Notre objectif est de retracer historiquement la mise en place du concept dans le cadre des relations internationales et internes aux États-Unis.

---

<sup>1</sup> Lider, Bal, *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Droit. Université de Strasbourg, 2012. Français. ffNNT : 2012STRAA001ff. p. 16. La thèse de Mr Lider est consultable à : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00721073>.

<sup>2</sup> Pour étayer cette affirmation, il fait référence notamment à Chaumont C., « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, p. 116. Il fait aussi référence à Carillo-Salcedo J.-A., « Droit international et souveraineté des États... », et Steinberger H., « Sovereignty », dans *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt (dir.), Elsevier, vol. 4, 2000, p. 50.

<sup>3</sup> « La souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner, et le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même. », *Du Contrat social*, chap.2.1 (1762).

348. Dans un ouvrage récent, *The Sovereign* (Le Souverain)<sup>4</sup>, le philosophe et historien américain Stephen Eric Bronner<sup>5</sup> explique que la souveraineté sert souvent de paravent à des régimes autoritaires<sup>6</sup>, mais qu'on peut aussi concevoir une souveraineté cosmopolite, donc au-dessus des États ; ce serait par exemple une souveraineté régionale, comme l'Union européenne, voire mondiale comme les Nations Unies. Selon Bronner, le concept de souveraineté remonterait à la Rome ancienne, mais aurait été articulé sous une forme populaire pour la première fois en France par le philosophe et homme politique Jean Bodin (1530- 1596) qu'il considère comme établissant un lien avec les théories de Nicholas Machiavel (1469-1527) et Thomas Hobbes (1588-1679) : tous trois sont les défenseurs d'une forme d'absolutisme<sup>7</sup>. La notion de souveraineté, et un peu plus tard de souveraineté étatique, devient alors une doctrine prônant l'ordre et permettant de mettre fin à l'anarchie créée par les guerres de religion en Europe. En proclamant qu'il n'y a pas d'autorité supérieure au souverain et en renforçant et légitimisant les pouvoirs des dirigeants politiques en place, on établit un nouvel ordre juridique qui, même s'il crée des risques de tensions entre États, permet d'éliminer (ou de considérablement réduire) le désordre et pose les fondements nécessaires à l'instauration de la paix.

## 1. Conception westphalienne et conception actuelle

349. « Dans la doctrine internationale, on a généralement tendance à considérer les traités de Westphalie [de 1648] comme le point de départ de l'émergence du système international dans sa configuration actuelle<sup>8</sup>. » C'est alors que se met en place au niveau mondial un système global d'États nations. Chaque État peut choisir son souverain (un roi, un prince, un potentat ou « le peuple ») sans ingérence, au moins théoriquement, des autres États. Chaque État a une compétence exclusive sur son territoire (défini par traité entre les États), sa population (les personnes qui résident sur son territoire) et ses institutions (l'organisation de son système politique, judiciaire,

<sup>4</sup> Bronner, Stephen Eric, *The Sovereign*, Taylor & Francis Group, 2020. ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/nyulibrary-ebooks/detail.action?docID=6228913>.

<sup>5</sup> Professeur à l'université Rutgers, Co-Directeur du Council For Diplomacy and Dialogue, auteur de nombreux ouvrages académiques.

<sup>6</sup> Bronner note d'ailleurs que parmi les récents présidents américains, celui qui utilise le plus le terme de « souveraineté (*sovereignty*) » est Donald Trump qui a employé le mot 27 fois dans son discours du 18 septembre 2017 aux Nations Unies.

<sup>7</sup> « *Sovereignty reaches back to ancient Rome, but it was first popularly articulated by the French statesman and legal philosopher, Jean Bodin (1530–1596). His work bridges the epochs of Niccolò Machiavelli (1469–1527) and Thomas Hobbes (1588–1679) and, like them, he favored absolutism* », Bronner, *ibid.*, p. 2.

<sup>8</sup> Lider, Bal, *op. cit.* p. 30.

social et économique). En application du principe de non-ingérence, concomitant de la souveraineté, les États s'interdisent d'intervenir dans les affaires des autres. En outre, chaque État jouit d'un monopole dans l'exercice de fonctions régaliennes sur son territoire : régler les activités économiques et les rapports sociaux, rendre la justice, lever des taxes et impôts et recourir et utiliser la force (organisation de la police et de l'armée). Ces principes fondamentaux sont encore aujourd'hui généralement admis partout dans le monde (avec quelques nuances). Ainsi le recueil officiel des lois et réglementations des États-Unis en matière de relations internationales précise dans son édition de 1987 : « La loi internationale moderne est habituellement considérée comme datant de la paix de Westphalie. Des changements majeurs ont été apportés à cette loi mais son concept de base et ses formes générales sont demeurés essentiellement intacts.<sup>9</sup> »

350. Or le monde dans lequel le droit international est censé s'exercer a considérablement évolué depuis les traités de Westphalie.

Un nouvel ordre universel s'est créé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et, comme nous l'avons vu, les États-Unis en sont la puissance dominante. Le changement s'est accéléré au cours des trois dernières décennies avec un « monde plat », globalisé et digitalisé où les communications, et donc les échanges, sont pratiquement instantanés et où la technologie conditionne les rapports, ce qui accentue les inégalités. Cette accélération et ces inégalités sont d'ailleurs renforcées par la pandémie de la Covid qui met à jour dépendances et interdépendances entre les États (pour obtenir et produire les ressources essentielles à leurs populations) et pourrait aboutir à un système universel bipolaire avec, d'un côté les pays dont le régime repose sur les principes de l'État de droit (*Rule of Law*) et, de l'autre, ceux dont le système se fonde sur une hiérarchie au faîte de laquelle se trouve un « souverain » qui peut être un individu ou un groupe<sup>10</sup> détenteur du pouvoir final.

351. Dans son livre, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalisation*<sup>11</sup>, publié en 1996, Saskia Sassen, sociologue néerlandaise qui enseigne à l'université de Columbia (New York),

---

<sup>9</sup> *Third Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, American Institute, Saint Paul, 1987, vol. I : « *Modern international law is commonly dated from the Peace of Westphalia... There have been major changes in that law, but its basic concept and general outlines have remained essentially intact* » (p. 19).

<sup>10</sup> Le plus souvent un parti politique, les dirigeants de l'armée et/ou de la police. Cette forme de souveraineté peut être inscrite dans un document de type constitutionnel ou simplement être une coutume effective.

<sup>11</sup> Sassen, Saskia, *Losing Control?: Sovereignty in an Age of Globalization*, New York Columbia University Press, 1996.

estime que les États, dans le système international contemporain, ne sont pas nécessairement obligés de sacrifier leur souveraineté sur l'autel de la mondialisation, mais que se développe une souveraineté à plusieurs niveaux. La mondialisation mène ainsi à une transformation de la souveraineté et à son transfert, au moins partiel, vers des corps supranationaux, tels que des organisations mondiales spécialisées dans certains domaines (aviation, santé, postes et télécommunications, commerce maritime) qui établissent des protocoles et normes universels. De plus les sociétés multinationales qui dominent certains secteurs comme les services numériques, la vente par internet ou les marchés financiers créent également de nouvelles normes. Dans cette conception, la souveraineté demeure un élément important des relations internationales mais elle n'est plus exclusivement l'apanage des États nations. Il y a en quelque sorte une « dénationalisation » ou « déterritorialisation » de la souveraineté. Paradoxalement, à l'origine, ce sont les « vieux » États nations qui ont encouragé la création des organismes supranationaux et continuent d'y exercer une forte influence. Les entités supranationales n'ayant pas ou peu de moyens de coercition, elles dépendent des États pour veiller à l'application du nouveau système de gouvernance et de souveraineté mixte. Il appartient donc à chaque État de s'adapter à cette évolution pour préserver, voire augmenter, sa part de souveraineté ; certains y réussissent mieux que d'autres.

352. Cette vision est reprise par Amitav Acharya, universitaire d'origine indienne et professeur de relations internationales à American University (Washington DC), spécialiste des pays asiatiques. Il étudie notamment le cas de Singapour, petit État qui a su tirer avantage de la mondialisation pour développer des secteurs d'activité à haute valeur ajoutée, ce qui lui permet en retour de consolider une renommée internationale de premier plan. Ainsi dans le cas de Singapour, c'est précisément parce que le pays constitue une métropole et a su démontrer son indépendance (on pourrait dire « souveraineté ») vis-à-vis des grandes puissances, que cette ville-État a été choisie comme lieu de rencontre pour la première réunion historique entre les présidents des États-Unis et de la Corée du Nord. Pour Acharya, « la mondialisation peut probablement contribuer à la détérioration de la souveraineté des États asiatiques, bien que l'ampleur de cette érosion puisse être exagérée et qu'il faille faire une distinction entre l'érosion de la souveraineté et la dilution de l'exclusivité territoriale. Nonobstant les risques de perte de souveraineté, l'État en Asie n'a pas été un acteur réticent au scénario de la mondialisation mais plutôt un participant actif cherchant à en tirer avantage, malgré des résultats mitigés, pour étendre sa puissance et son influence. Les

avantages stratégiques de la mondialisation sont bien compris dans la région, comme ses implications pour la survie des régimes. Aussi longtemps que les deux ne sont pas en conflit, l'attraction de la mondialisation continuera à être supérieure aux préoccupations résultant d'une réelle ou d'une soi-disant perte de souveraineté<sup>12</sup> ».

## 2. La notion de « souveraineté tribale » en droit américain

353. À l'aune des critères juridiques communément utilisés aux États-Unis le besoin quasi obsessionnel de certains dirigeants politiques étrangers, particulièrement français, d'affirmer leur souveraineté en tant qu'homonyme d'indépendance est difficile à appréhender. L'idée d'une souveraineté partagée, inhérente à la création d'un État fédéral et d'une économie décentralisée, est naturelle depuis longtemps pour les juristes américains. En fait la question de la souveraineté a initialement été soulevée après l'indépendance américaine, dans le cadre des relations avec les groupes indigènes et de ce que les constitutionnalistes nomment le débat de la « souveraineté tribale » (*tribal sovereignty*) ou « souveraineté interne » (*internal sovereignty*).<sup>13</sup> Parmi les juristes américains, les experts en souveraineté sont des spécialistes en droit des Amérindiens (*Indian Law*). Les premiers traités passés avec les tribus indiennes ainsi que les lois et statuts fédéraux leur reconnaissent une « souveraineté subordonnée » (*subordinate sovereignty*). En 1832 la Cour Suprême, dans sa décision *Worcester vs Georgia*<sup>14</sup>, reconnaît le droit de la nation Cherokee à l'autodétermination (*self government*). Selon le juge à la Cour Suprême McLean, celle-ci est « dépendante » (*depend on*) des États-Unis mais « possède beaucoup des attributs de la souveraineté<sup>15</sup> » ; il en résulte une « relation particulière » (*peculiar relation*). Cette décision implique une sorte de régime de tutelle<sup>16</sup> qui sera d'ailleurs repris par la SDN près de neuf décennies plus tard lors de la création au niveau international du système des mandats.

---

<sup>12</sup> Acharya, Amitav, « Mondialisation et souveraineté: une réévaluation de leur lien », *Revue internationale de politique comparée*, 2001/3 Vol. 8 | pages 383 à 394, article disponible en ligne <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-politiquecomparee-2001-3-page-383.htm>.

<sup>13</sup> Voir l'article de Peter d'Errico, "Sovereignty: A brief History in the Context of US Indian Law", *American Political Landscape Series*, Phoenix, Arizona, Oryx Press, 2000, p. 691-693.

<sup>14</sup> Voir *Justia US Supreme Court: Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/31/515/>.

<sup>15</sup> *Possess many of the attributes of sovereignty*.

<sup>16</sup> Alors qu'en 1832 une évolution juridique vers une forme de souveraineté des tribus indiennes semblait possible, le cours de l'histoire est changé par la décision du président Andrew Jackson qui, ignorant les arrêts de la Cour Suprême, décide d'expulser de force en 1838 les Cherokees de leurs terres ancestrales en Géorgie. Cet épisode est

Au XIX<sup>e</sup> siècle la politique quasi systématique de déportations internes des tribus indiennes lors de la Conquête de l'Ouest<sup>17</sup> conduit à une dépendance accrue à l'égard de l'État fédéral. Dans une décision de 1886, *United States vs Kagama*<sup>18</sup>, la Cour Suprême prend note de l'état de misère des populations indiennes et ne reconnaît de souveraineté qu'à l'État fédéral ou à ceux fédérés<sup>19</sup>. Le débat sur la notion de souveraineté reprend toutefois en 1934, en pleine période de New Deal, avec le passage de la loi dite *Indian Reorganization Act* qui ressuscite le concept de souveraineté tribale en reconnaissant des pouvoirs législatifs, administratifs et réglementaires propres aux tribus reconnues et en les exemptant de certaines lois fédérales. Une jurisprudence particulièrement complexe se développe alors : dans un jugement de 1973, *McClanahan vs Arizona*<sup>20</sup>, la Cour Suprême décide qu'une taxe de l'État d'Arizona n'est pas applicable aux membres de tribus indigènes en raison du principe de souveraineté tribale ; en 1997, elle va encore plus loin dans *Idaho vs Cœur d'Alene Tribe*<sup>21</sup>, lorsqu'elle indique qu'il convient d'accorder aux tribus indiennes le même statut qu'à des souverains étrangers qui jouissent de l'immunité<sup>22</sup>. Certains auteurs<sup>23</sup> citent en sens contraire d'autres décisions judiciaires qui réaffirment la subordination des tribus à l'État fédéral, ce qui accentue le flou autour de la notion de souveraineté en droit américain.

354. Le débat sur l'interprétation de la souveraineté prend d'ailleurs un aspect international lorsque les États-Unis votent contre l'adoption la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones aux Nations Unies en 2007 au prétexte qu'elle encourage des ingérences dans les prérogatives d'États souverains. Alors que l'administration Trump a eu une attitude hostile<sup>24</sup> à l'égard des droits

---

connu comme *the Trail of Tears* (la Route des larmes) ; on estime que 16 000 Indiens ont été déportés et cantonnés dans des réserves. Voir <https://www.history.com/topics/native-american-history/trail-of-tears>.

<sup>17</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie, chapitre 2.

<sup>18</sup> Voir Justia US Supreme Court : *United States vs Kagama*, 118 US 375 (1886) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/375/>

<sup>19</sup> La Cour déclare notamment : "*Indians are within the geographical limits of the United States. The soil and the people within these limits are under the political control of the Government of the United States, or of the States of the Union. There exist within the broad domain of sovereignty but these two...The power of the General Government over these remnants of a race once powerful, now weak and diminished in numbers, is necessary to their protection, as well as to the safety of those among whom they dwell.*" (Extrait de l'article précité d'Errico).

<sup>20</sup> Voir Justia US Supreme Court, *McClanahan vs Arizona State Tax Commission*, 411 US 164 (1973) : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/164/>.

<sup>21</sup> Voir Justia US Supreme Court, *Idaho v. Cœur d'Alene Tribe of Idaho*, 521 U.S. 261 (1997) : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/261/>.

<sup>22</sup> « *Indian tribes ... should be accorded the same status as foreign sovereigns, against whom States enjoy Eleventh Amendment immunity.*

<sup>23</sup> Vine Deloria Jr et Clifford Lytle mentionnés dans l'article précité.

<sup>24</sup> « haineuse » selon le Groupe International de Travail pour les Peuples Autochtones (GIPTA) qui est rattaché au « système onusien pour les peuples autochtones ». Voir <http://www.gitpa.org/Processus%20Frame.htm>.

des peuples autochtones, la nomination par l'administration Biden d'une Amérindienne, Deb Haaland, comme ministre de l'Intérieur (et donc responsable des relations fédérales avec les tribus indiennes en territoire américain) présage d'une approche plus constructive. Néanmoins il paraît certain que les débats académiques entre juristes américains (et peut-être leurs collègues internationaux) sur la signification du concept de souveraineté, interne ou internationale, sont loin d'être clos.

Ainsi, évoquer la « souveraineté de la France » dans des discussions avec des universitaires américains lorsqu'on débat de la portée extraterritoriale de lois telles le FCPA, paraît bien grandiloquent sinon un brin désuet<sup>25</sup>.

355. Paradoxalement les limites de la souveraineté dans le monde actuel avaient été dûment notées dans le rapport Lellouche-Berger : « Les États-Unis ne sont pas les seuls à édicter un droit économique à portée extraterritoriale et à l'appliquer. D'autres États ou entités le font, à commencer par l'Union européenne ; mais aussi, déjà et sans doute de plus en plus à l'avenir, les grands pays émergents. En effet, l'édiction croissante de règles à portée extraterritoriale est probablement inéluctable dans une situation d'intensification constante des échanges et de globalisation... Il faut enfin être conscient que les normes juridiques qui se diffusent mondialement ne sont pas seulement le fait des États et entités politiques, mais d'acteurs privés, notamment des entreprises (par exemple les entreprises transnationales qui uniformisent les clauses de leurs contrats avec leurs fournisseurs, celles de l'internet qui imposent à tous les utilisateurs de leurs services leur conception de la protection des données personnelles ou de la liberté des contenus...). De ce point de vue, la mondialisation économique est le vrai moteur de la remise en cause de la souveraineté juridique nationale des États<sup>26</sup>. »

Il semble que cette mise en garde n'ait pas été entendue par certains parlementaires et commentateurs français. On peut ainsi regretter l'utilisation d'un concept aussi peu précis et prêtant à interprétation que « souveraineté » dans le titre du second rapport parlementaire<sup>27</sup> en trois ans sur les relations franco-américaines, d'autant plus que la principale solution suggérée, le

---

<sup>25</sup> Tacky.

<sup>26</sup> Rapport Lellouche-Berger, p. 11.

<sup>27</sup> Le titre officiel du rapport Gauvain est : *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*.



renforcement des systèmes de blocage, s'est avérée illusoire. Cette approche brouille le débat plutôt qu'il ne l'éclaircit alors qu'il existe une réelle problématique des relations internationales.

## **B. L'extraterritorialité est un concept reconnu en droit international**

### **1. Les éléments de la souveraineté dans la conception westphalienne : territoire, population, pouvoir de coercition**

356. Dans la conception westphalienne, le territoire, dans son acceptation géographique, est un des éléments nécessaires à la constitution de l'État, les autres éléments étant la population (ou, pour être plus précis, les habitants) et l'allégeance à un même souverain ou système politique. Pour Max Weber, considéré comme le précurseur de la sociologie moderne, ce qui distingue l'État des autres entités politiques c'est que lui seul a le monopole de l'usage légitime de la force<sup>28</sup>.

357. « Il existe de nombreuses définitions du territoire, le plus souvent opposées ou au moins complémentaires à celle de l'espace.<sup>29</sup> » Les définitions de l'État sont aussi très nombreuses et contestées : un politologue en 1931 en aurait recensé 145<sup>30</sup>. Cela complique fortement la délimitation de l'extraterritorialité, concept qui, par essence, signifierait absence de territorialité. Comme l'explique la brochure d'un colloque sur la question organisé à Angers<sup>31</sup> en 2019 : « L'extraterritorialité dérange lorsqu'elle est subie, mais elle arrange lorsqu'elle est perçue comme un outil de projection de la puissance étatique. Dans les années 1980, la doctrine s'est penchée sur la définition de l'extraterritorialité et sur ses limites en termes de légalité internationale, sans jamais parvenir à un consensus... Plus que jamais, le concept est aujourd'hui chargé d'une forte dimension politique, qui rend son analyse objective d'autant plus difficile. On l'associe souvent à

---

<sup>28</sup> « L'État est cette communauté humaine qui, à l'intérieur d'un territoire déterminé [...] revendique pour elle-même et parvient à imposer le monopole de la violence physique légitime », Max Weber, *Le Savant et le Politique*, trad. de l'all. par Catherine Colliot-Thélène, Paris, La Découverte, 2003, « La politique comme profession et vocation », p. 118, cité par Eabrasu Marian, « Les états de la définition webérienne de l'État », *Raisons politiques*, 2012/1 (n° 45), p. 187-209. DOI : 10.3917/rai.045.0187.

URL : <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2012-1-page-187.htm>.

<sup>29</sup> D'après Nicolas Verdier, « Variations sur le territoire », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002/4,, p. 1031-1065.

URL : <https://www.cairn.info/revue-Annales-2002-4-page-1031.htm>.

<sup>30</sup> D'après Eabrasu Marian, « Les états de la définition webérienne de l'État », *ibid.* p. 187-209.

<sup>31</sup> « Extraterritorialités et droit international », colloque annuel de la Société française pour le droit international. Angers, 23 et 24 mai 2019. Voir le site de la SFDI : <https://www.sfdi.org/publications/extraterritorialites-et-droit-international-colloque-dangers/>.

une forme d'unilatéralisme impérialiste, en oubliant par ailleurs que l'extraterritorialité est également pratiquée par l'Union Européenne et certains de ses États membres. De plus, pour certains domaines [droits de l'homme, protection de l'environnement, par exemple], loin d'être interdit, son exercice est commandé par le droit international lui-même... La thématique est classiquement abordée selon une grille de lecture publiciste, qui conduit à s'interroger sur l'existence d'un titre de compétence étatique et sur la licéité de l'action d'un État. Dans la pratique la plus récente, cette approche est concurrencée par une logique privatiste, qui repose sur la définition d'un lien de rattachement et, éventuellement, sur la coordination des ordres juridiques. » Nous nous bornerons à quelques commentaires sur l'absence de consensus sur la définition, et donc les limites, de l'extraterritorialité et sur le rappel que le droit français lui-même, au moins depuis l'institution du code pénal, applique parfois des principes extraterritoriaux.

358. Comme nous l'avons indiqué, la notion moderne de l'État remonte aux traités de Westphalie de 1648. Auparavant les rapports entre personnes ou groupes de personnes étaient essentiellement régis selon des codes et préceptes d'origine religieuse (droit canon) ou fondés sur un droit coutumier lui-même basé sur des liens personnels (droit romain) : à Rome un guerrier gaulois et un marchand phénicien n'étaient pas jugés de la même manière même s'ils avaient commis des délits semblables. Du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle, la notion de territorialité du droit et de l'État souverain devient prépondérante, mais en pratique connaît de nombreuses exceptions. Certaines subsistent, comme le principe de l'immunité diplomatique. Une autre exception au XIX<sup>e</sup> siècle est le développement du système des capitulations<sup>32</sup> qui permettait aux ressortissants d'un État de continuer à être régis par des tribunaux spéciaux qui disaient le droit du pays de rattachement et non celui de l'État d'établissement.

359. Après la Première Guerre mondiale, se crée un nouveau paradigme des relations internationales prescrivant entre États des rapports fondés sur un nouveau droit international inspiré par une doctrine mise en avant notamment par le président américain Wilson<sup>33</sup> mais acceptée par les principales puissances de l'époque, y compris la France. Le principe de base est que tous les États qui sont membres d'une nouvelle organisation supranationale, la Société des

---

<sup>32</sup> Dans l'empire ottoman en particulier. On pourrait y ajouter le système des concessions en Chine qui juridiquement étaient des enclaves.

<sup>33</sup> Le président Wilson toutefois n'a pu convaincre le Congrès américain de ratifier le traité de Versailles, en conséquence les États-Unis ne sont jamais devenus membres de la SDN et de la CPJI.

Nations (SDN), sont souverains. Ils sont tenus de ne pas recourir à la guerre<sup>34</sup>, mais au droit international pour résoudre d'éventuels litiges. Une cour internationale, la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI)<sup>35</sup>, est établie pour statuer sur de possibles différends, y compris en ce qui concerne la compétence des États et la territorialité (ou extraterritorialité) de la loi.

## 2. L'absence de consensus en droit international ; l'arrêt du *Lotus* et ses ambiguïtés

360. En 1927 la CPJI est amenée à statuer sur l'affaire du *Lotus*<sup>36</sup>, un cas qui lui est soumis conformément aux procédures en vigueur depuis la constitution de la Cour par deux États souverains en litige, la Turquie et la France. Sa décision est considérée par la plupart des juristes comme le fondement de la doctrine moderne en matière de compétence des États et d'extraterritorialité ; la décision étant parfois évoquée de manière contradictoire, nous citons ici verbatim son principal paragraphe :

361. « La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international

---

<sup>34</sup> La guerre est officiellement mise « hors la loi » par le pacte Briand Kellog de 1928 qui est par la suite ratifié par 63 pays dont les États-Unis, qui « condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles ».

<sup>35</sup> La CPJI, première juridiction internationale à vocation universelle, siège à La Haye, Pays Bas. Elle trouve son origine dans l'article 14 du Pacte de la SDN du 28 avril 1919. Son statut est adopté par l'Assemblée de la SDN le 13 décembre 1920. Elle compte à l'origine 11 juges de nationalités différentes ; leur nombre passe à 15 en 1930. Ses « décisions », mais non ses « opinions », ont un caractère obligatoire pour les États. La CPJI, en sommeil lors de la Seconde Guerre mondiale est remplacée par la Cour Internationale de Justice en 1946.

<sup>36</sup> Les faits et l'analyse juridique de l'affaire du *Lotus* sont relatés dans le rapport Lellouche-Berger (pages 71 et 72). Nous en reproduisons ici un passage : « Le *Lotus* était un navire français qui avait accidentellement abordé un navire turc en haute mer, provoquant son naufrage et le décès de plusieurs marins de nationalité turque. Le *Lotus* ayant ensuite fait relâche en Turquie, l'un de ses officiers (français) avait été poursuivi pénalement par la justice turque pour homicide involontaire. La justice turque fondait sa compétence sur la nationalité des victimes. Le gouvernement français, s'inscrivant dans une conception stricte de la compétence territoriale, a dénoncé ces poursuites en soutenant que la Turquie ne pouvait pas poursuivre pénalement des faits survenus hors de son territoire (en haute mer) et alors que le prévenu ne se trouvait pas sur un navire battant pavillon turc. Dans sa décision, la CPJI a donné raison à la Turquie en tranchant en sa faveur une question de droit centrale : pour revendiquer une compétence judiciaire extraterritoriale, un État doit-il se fonder sur un titre de compétence que le droit international lui reconnaîtrait ? Ou bien suffit-il que cette revendication ne soit pas contraire au droit international ? La CPJI a choisi la seconde option, en invoquant le principe de souveraineté étatique : “le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci [...]. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas [...]. Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté” ».

coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de le faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.<sup>37</sup> »

362. Le jugement de la CPJI dans l'affaire du *Lotus* a été interprété de différentes manières<sup>38</sup>. Parmi les juristes français, le vice-président du Conseil d'État est d'avis que « les États disposent certes d'une « large liberté » pour définir leur compétence normative qu'ils exercent d'une manière non exclusive et concurrente, ainsi que l'a jugé dans l'affaire du *Lotus* en 1927 la Cour permanente de justice internationale. Toutefois, cette compétence étatique ne saurait s'exercer d'une manière déraisonnable, en autorisant la saisine des organes d'un État en dehors de tout lien avec l'ordre juridique du for<sup>39</sup>. » Dans cette conception, l'extraterritorialité de la loi est possible même si elle est subordonnée à d'autres principes.

363. Le rapport Lellouche-Berger quant à lui évalue la doctrine émanant de ce cas en ces termes :

« Dans l'affaire du *Lotus*, il a donc été jugé :

– d'une part que le principe de souveraineté permet aux États d'édicter des normes éventuellement extraterritoriales, sous réserve de ne pas entrer en contradiction avec une règle

---

<sup>37</sup> CPJI 7 septembre. 1927, publication de la CPJI, série A, n°10.

<sup>38</sup> Pour une discussion juridique détaillée de l'affaire du *Lotus* et de la jurisprudence qui en découle, voir en particulier Handeyside, Hugh « *The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship Ever Afloat?* », 29 *Mich. J. Int'l L.* 71 (2007), <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol29/iss1/3>.

<sup>39</sup> Sauve, Jean Marc, *Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la Chimère ?*, Discours du 20 mai 2015, disponible sur le site du Conseil d'État : [https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/comprendre-et-reguler-le-droit-globalise-ou-comment-dompter-la-chimere#\\_edn12](https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/comprendre-et-reguler-le-droit-globalise-ou-comment-dompter-la-chimere#_edn12).

positive du droit international (c'est l'application aux États, au nom de la souveraineté, du principe, fondé sur la liberté s'agissant des individus, selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est permis) ;

– d'autre part, qu'en l'espèce, aucune règle du droit international n'interdit une compétence juridictionnelle pénale extraterritoriale fondée sur la nationalité (des victimes). Le principe de compétence dite "personnelle" était ainsi validé.

La doctrine dominante en France considère en outre que, si les États ont donc une faculté d'édiction de normes éventuellement extraterritoriales, ils doivent pourtant être en mesure de fonder leurs prétentions extraterritoriales sur un facteur de rattachement suffisant.

La contrariété au droit international de législations extraterritoriales ne va donc pas de soi ; elle ne peut être appréciée qu'au cas par cas et il faut pouvoir invoquer des règles positives contraires (principes du droit international ou, mieux, engagements conventionnels) ou l'absence de facteur de rattachement suffisant<sup>40</sup>. »

364. On voit ainsi, que même en suivant les interprétations des juristes français sans doute plus strictes que celles d'auteurs américains, l'existence de lois extraterritoriales américaines<sup>41</sup> dans un but légitime, comme la lutte contre la corruption transnationale ou le terrorisme, ne constitue pas une infraction au droit international.

365. Pour conclure sur ce point, on notera l'extraterritorialité de plus en plus assumée de dispositions du droit français comme de celui de l'Union européenne.

Le droit français, comme c'est le cas pour la plupart des juridictions, connaît des applications territoriales, mais aussi personnelles. Il permet donc des poursuites à l'étranger dans les cas prévus par la loi. De manière générale<sup>42</sup>, la loi française peut s'appliquer lorsque l'infraction est commise hors du territoire de la République si le délit est commis par un Français ou que la victime est de nationalité française. Le droit français est donc applicable, sous certaines conditions, à des infractions commises à l'étranger (a) si celles-ci sont liées à des infractions en France, ou (b)

---

<sup>40</sup> Rapport Lellouche-Berger, p. 72.

<sup>41</sup> À cet égard certaines affirmations du rapport Gauvain apparaissent infondées ou exagérées (« Les lois à portée extraterritoriale auxquelles la France est confrontée violent les principes généraux du droit international public... L'extraterritorialité est par définition une atteinte à la souveraineté des États. »). Rapport Gauvain, p. 11.

<sup>42</sup> D'après Renaud Jaune, « Règles pénales et administratives de la lutte anticorruption : l'influence des normes étrangères et internationales », *Revue française d'administration publique*, 2020/3 (N° 175), p. 650. DOI : 10.3917/rfap.175.0645. <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2020-3-page-645.htm>.

s'il s'agit d'infractions connexes, c'est-à-dire occasionnées par des manœuvres collectives ayant un rapport avec la France ou des Français ; (c) dans les cas d'infractions qui sont l'accessoire d'autres infractions commises en France, en particulier en matière de blanchiment et de financement du terrorisme. En outre, une infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors que l'acte lui-même ou une de ses composantes ou une conséquence se produit sur le territoire national.

366. La loi pénale française, même en l'état du droit applicable avant l'entrée en vigueur de la loi *Sapin 2*, permet de faire condamner les faits de corruption transnationale<sup>43</sup>. Ainsi sont passibles de poursuites selon le code pénal : (a) le délit de corruption active lorsqu'il concerne un agent public d'un État étranger ou d'une organisation internationale (article 435-3), (b) ou de magistrats étrangers ou internationaux (article 435-7) ; (c) le délit de corruption passive commis par les mêmes personnes (articles 435-1 et 435-9) ; (d) le délit de trafic d'influence active commis par les mêmes personnes (articles 453-4 et 453 et 453-10) ; le délit de trafic d'influence passive commis par ces personnes (articles 453-2 et 453-8).

Les dispositions extraterritoriales du droit français concernent les personnes physiques et morales. Elles s'appliquent aux sociétés immatriculées en France comme à l'étranger si leur siège de direction effective se trouve en France. « Une [...] application de cette législation a eu lieu dans le volet français de l'affaire dite *Pétrole contre nourriture*. L'affaire porte sur les pratiques de corruption à grande échelle entretenues par le régime de Saddam Hussein, après la première guerre du Golfe, pour obtenir de la part de responsables étrangers leur soutien en vue d'autorisations d'exportation de pétrole iraquien censées financer l'aide alimentaire aux populations civiles. À partir d'avril 2005, la justice française met en cause plusieurs personnalités, dont l'ancien ministre de l'Intérieur Charles Pasqua, et la compagnie Total. En 2013, le tribunal correctionnel de Paris relaxe les prévenus. La cour d'appel de Paris condamne toutefois Total à une amende de 750 000 euros en 2016<sup>44</sup> ».

---

<sup>43</sup> D'après Emmanuelle d'Achon et Charles Trotman, « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », Rapport public de l'Inspection générale des Finances, juin 2016. <https://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2016/2016-M-051.pdf>

<sup>44</sup> Renaud Jaune, *op. cit.* p. 645-659.

367. Par ailleurs au niveau européen, le droit de l'Union Européenne et la jurisprudence qui se construit autour de celui-ci sont par essence extraterritoriaux puisqu'ils s'imposent à chaque État de l'Union et à tous les États qui composent cette dernière. Par définition, l'élaboration du droit européen implique un abandon (l'expression officielle est « partage de souveraineté ») au moins partiel des souverainetés nationales. Le rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'Union Européenne publié en mai 2022 par le Haut Comité Juridique de la place financière de Paris (HCJP)<sup>45</sup> décrit bien « l'effet Bruxelles (*Brussels Effect*)<sup>46</sup> » comme la capacité unilatérale de l'Union à réguler les marchés globaux. Certaines réglementations européennes comme celles concernant la protection des données personnelles, la RGDP, ou les activités financières, les décisions du Conseil de résolution unique, ont clairement vocation à s'imposer à des pays tiers. Le comité voit ainsi l'extraterritorialité comme un « vecteur de promotion des valeurs et des intérêts européens, en exigeant des sujets de droit de pays tiers le respect de règles et standards économiques et extra-économiques (droits de l'homme, environnement, données personnelles, etc.)<sup>47</sup>. »

368. Ainsi reprocher au droit américain l'emploi de principes qu'on retrouve en droit français et européen ne nous semble pas une approche constructive. Comme l'observe Régis Bismuth : « L'extension de l'espace juridique s'appuie sur des espaces économiques qui ne coïncident plus avec le territoire de l'État. Alors que le développement de l'intégration économique sans intégration normative suggérerait une mondialisation débridée et incontrôlable, diverses expériences de l'extraterritorialité montrent que ces nouveaux espaces économiques constituent un levier puissant de régulation. Mais ils le sont aussi bien pour ceux souhaitant mener une guerre par le droit que pour ceux déterminés à affronter les grands problèmes de notre temps<sup>48</sup>. » Comme le résume Hervé Guyader, président du Comité Français pour le Droit du Commerce International, « l'extraterritorialité d'une loi est parfaitement envisageable dans l'ordre juridique international [si] un lien de rattachement existe, qu'il soit territorial, personnel ou résultant d'une atteinte aux

---

<sup>45</sup> *Rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne du Haut Comité juridique de la place financière de Paris*, mai 2022, [https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport\\_46\\_f.pdf](https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_46_f.pdf).

<sup>46</sup> Le terme aurait été inventé par Anu Bradford, professeure à Columbia University d'origine finlandaise, auteure de *The Brussels Effect. How the European Union rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

<sup>47</sup> *Rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne du Haut Comité juridique de la place financière de Paris*, p. 2.

<sup>48</sup> Régis Bismuth, « Occuper des espaces par le droit », *Inflexions*, 2020/1 (N° 43), p. 123-128.  
DOI : 10.3917/infle.043.0123. URL : <https://www.cairn.info/revue-inflexions-2020-1-page-123.htm>.

intérêts internationaux d'un État<sup>49</sup> ». La condition nécessaire est donc la légitimité du rattachement.

369. À notre sens le vrai problème du contentieux franco-américain dans le cadre de la lutte contre la corruption n'est pas celui d'une souveraineté mal définie ou d'une extraterritorialité qui existe de longue date en droit français, mais celui de l'unilatéralité de certaines lois et dispositions américaines. Ces prémices étant établies, nous sommes maintenant en mesure d'analyser l'évolution des relations entre systèmes afin de pouvoir dégager les voies qui permettraient de développer une coopération transnationale plus fonctionnelle dans la lutte contre la corruption.

---

<sup>49</sup> Hervé Guyader, « Extraterritorialité des lois américaines, entre mythes et réalité », *Revue Lamy droit des affaires*, n°157, 2020.



# **TITRE PREMIER : DES RELATIONS BILATÉRALES COMPLEXES**

370. Les relations franco-américaines remontent à la création des États-Unis. Mais la collaboration judiciaire entre les deux pays au cours de plusieurs phases n'a pas toujours répondu aux attentes ou aux espérances exprimées par les parties. Même si la coopération est devenue plus étroite grâce au nouveau cadre international et transatlantique que nous l'analyserons dans le second titre, les différentes crises bilatérales passées ont laissé des séquelles.

## CHAPITRE 1. DES CONTENTIEUX ET DES DIFFÉRENCES D'INTERPRÉTATION ANCIENS

371. La France se considère comme le premier allié des États-Unis. Si, historiquement, c'est bien la victoire franco-américaine de Yorktown le 9 octobre 1781<sup>1</sup> qui pérennise l'existence des États-Unis, et qu'il est parfaitement légitime de célébrer l'amitié franco-américaine, les relations entre les deux pays sont demeurées complexes et n'ont pas toujours été harmonieuses. Notre préoccupation ici n'est pas de remettre en cause une coopération vieille de plus de deux siècles et régulièrement célébrée, mais d'essayer de comprendre les raisons de ce qui semble parfois révéler une incompréhension mutuelle. Issus de traditions juridiques différentes, la *common law* d'une part et le droit codifié d'autre part, les divergences entre les systèmes judiciaires mis en place de part et d'autre de l'Atlantique étaient prévisibles. Nous analyserons, principalement du point de vue américain, les circonstances de l'apparition des différends ainsi que les modalités de leur résolution ou de leur contournement.

372. Dès la proclamation de l'indépendance en 1776, une partie des détenteurs des pouvoirs aux États-Unis (magistrats, parlementaires, membres de l'administration) se montrent réfractaires à des pratiques diplomatiques et judiciaires usuelles en Europe. Nous avons vu les problèmes rencontrés par Benjamin Franklin, premier ambassadeur des États-Unis en France<sup>2</sup> : lorsqu'il reçoit de Louis XVI son « présent du congé », certains de ses collègues l'accusent publiquement de corruption. La jeune république se veut un exemple de vertu et, dans ses premières années, s'efforce en priorité de consolider une gouvernance nationale américaine et de n'entretenir que des relations a minima avec les puissances européennes<sup>3</sup>. Cette posture de « chacun chez soi » devient

---

<sup>1</sup> Jour où le général britannique Cornwallis et son armée chargée de mater la rébellion des patriotes américains se rendent à La Fayette et Washington. L'indépendance des États-Unis est ensuite formellement reconnue par la Grande Bretagne par le traité de Paris signé le 3 septembre 1783

<sup>2</sup> Voir infra, I<sup>re</sup> partie, chapitre 1.

<sup>33</sup> Ainsi dans son discours d'adieu du 19 septembre 1796 George Washington à la fin de son second mandat présidentiel, prescrit : « *Against the insidious wiles of foreign influence (I conjure you to believe me, fellow-citizens) the jealousy of a free people ought to be constantly awake, since history and experience prove that foreign influence is one of the most baneful foes of republican[...]. Here let us stop. Europe has a set of primary interests which to us have none; or a very remote relation.* » (Contre les ruses insidieuses de l'influence étrangère (croyez-moi, je vous en conjure, chers concitoyens), la jalousie d'un peuple libre doit être constamment en éveil, car l'histoire et l'expérience prouvent que l'influence étrangère est un des plus funestes ennemis de la république [...]. Arrêtons-nous ici. L'Europe a un ensemble d'intérêts primordiaux qui, pour nous, n'en ont aucun ; ou une relation très éloignée)

Voir *George Washington's Farewell Address*, publié par *The Federalist Papers Project*, p.11,

en 1823 la doctrine officielle du pays avec la proclamation de la doctrine Monroe<sup>4</sup>. Mais progressivement lorsque les États-Unis s'affirment comme la première puissance mondiale, la politique américaine adopte des ambitions plus internationalistes et donc de nouvelles doctrines concernant les rapports avec les autres juridictions.

Pour expliquer cette évolution, nous évoquerons brièvement quelques différends jusqu'à la fin du xx<sup>e</sup> siècle. Ils établissent le contexte historique de notre étude et expliquent la persistance, du côté américain, de préjugés antifrçais (Section 1). Nous examinerons ensuite le développement des doctrines utilisées pour résoudre les conflits de loi en insistant sur le principe de la « courtoisie internationale ». Nous expliquerons les doctrines qui l'accompagnent et leurs conséquences en jurisprudence (Section 2). Enfin nous terminerons ce chapitre en évaluant la portée de la présomption de non-extraterritorialité, cette dernière étant différemment appréciée selon les juristes (Section 3).

## **Section 1. Quatre différends franco-américains jusqu'à la fin du xx<sup>e</sup> siècle**

373. Sont ici examinées quelques instances de divergences franco-américaines qui ont laissé des séquelles, car ces différends ont contribué à donner outre Atlantique une impression négative des pratiques françaises. Les épisodes décrits sont peu ou mal connus en France. Nous les présentons, car ils font partie du cursus universitaire habituel des juristes états-uniens, magistrats, avocats ou universitaires ; ils peuvent donc influencer leurs appréciation, jugement ou traitement dans des cas impliquant des entités françaises. L'étude se concentrera sur quatre crises, du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle, qui ont suscité des tensions dans les rapports entre les deux pays et restent gravées dans la mémoire collective américaine : l'activisme du citoyen Genet, l'affaire XYZ, la question des réparations et le retrait français de l'OTAN.

---

<sup>444</sup> Voir infra.  
<https://thefederalistpapers.org/wp-content/uploads/2012/12/Washingtons-Farewell-Address-.pdf>.

## A. L'activisme du citoyen Genet

374.L'« Affaire du citoyen Genet (*Citizen Genet Affair*) » est à l'origine de la codification des droits et limites de l'immunité diplomatique par le Département d'État<sup>5</sup> et de la formulation de la doctrine de neutralité des États-Unis.<sup>6</sup>

Après le renversement de la monarchie en France en 1792, le gouvernement républicain girondin arrive au pouvoir. Désirant, sous l'influence de Brissot, établir dans le monde l'« Empire de la Liberté<sup>7</sup> » la France se trouve quelque mois plus tard en guerre avec non seulement la Grande Bretagne mais aussi l'Autriche-Hongrie et l'Espagne qui possède de nombreuses colonies aux Amériques. Dans cet environnement, Edmond Charles Genet, Girondin convaincu, est nommé ministre aux États-Unis en remplacement de l'ancien ambassadeur qui avait été désigné par Louis XVI. Sa lettre de mission, approuvée par un comité de la Convention nationale en janvier 1793, lui enjoint de rallier les États-Unis, « République sœur », à la cause révolutionnaire. Elle lui permet, depuis l'étranger, de lever des fonds et des troupes ou d'armer des navires dans les ports américains pour appuyer les efforts du gouvernement français. Genet est aussi chargé de négocier le remboursement anticipé des dettes contractées par les États-Unis pour financer leur guerre d'indépendance. Ses lettres de créances, adressées au « Congrès des États-Unis de l'Amérique septentrionale », indiquent soit que le gouvernement girondin ignorait l'entrée en vigueur en 1789 de la constitution américaine, soit qu'il entendait s'immiscer dans les affaires internes des États-Unis, et, dans les deux cas, constituent un affront diplomatique à l'autorité de l'administration de George Washington<sup>8</sup>.

375.Genet débarque le 8 avril 1793 dans le port de Charleston (Caroline du Sud) où, parlant bien l'anglais, il organise aussitôt des événements politiques, lève des fonds et arme des navires corsaires dans le but de capturer des bateaux anglais ou espagnols. Il adresse une correspondance à Thomas Jefferson, alors ministre des Affaires Étrangères (*Secretary of State*) du président

---

<sup>5</sup> Équivalent du ministère des Affaires Étrangères.

<sup>6</sup> Voir le site officiel du Département d'État, *The Citizen Genet Affair 1793-1794*, <https://history.state.gov/milestones/1784-1800/citizen-genet>.

<sup>7</sup> Voir «*Editorial Note: The Recall of Edmond Charles Genet*», *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-26-02-0629-0001>. [Source d'origine: *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 26, 11 May–31 August 1793, ed. John Catanzariti. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 685 a 692.]

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 2.

Washington, mais ne se rend à Philadelphie, où siège alors le gouvernement américain, que plus d'un mois plus tard. De son côté, le président Washington hésite sur la position à adopter aussi bien à propos des ambitions de la toute nouvelle république française que de l'activisme de celui qui se fait appeler « *Citizen Genet* ». Parmi les membres du gouvernement, Alexander Hamilton, secrétaire au Trésor, soutient que les bonnes relations avec la Grande Bretagne, qui domine les océans et le commerce international, sont primordiales, alors que Thomas Jefferson est idéologiquement plus proche de la France. Après discussions, le président Washington signe, en accord avec son cabinet, le 22 avril 1793 une *Proclamation de neutralité*, dont copie est adressée à Genet. Le 18 mai, ce dernier est reçu par le président Washington et ses principaux ministres<sup>9</sup> ; la réunion est houleuse et l'envoyé français défie ouvertement le Président en annonçant qu'il continuera à armer des navires, ce qu'il estime être son droit en application du traité de commerce franco-américain de 1778, mais aussi du nouveau droit naturel et des volontés des peuples américain et français. Genet poursuit ses activités d'agitation politique en territoire américain, fonde une Société des Amis de la Liberté et de l'Égalité, ignore les injonctions du gouvernement fédéral ordonnant aux corsaires français de quitter les ports américains et, en juillet transforme un navire pris aux Anglais, *Little Sarah*, en un corsaire français.

Excédé par ce comportement, le gouvernement américain décide de demander le rappel de Genet. Sur instructions de Washington, Jefferson prépare une lettre aux autorités françaises détaillant les transgressions commises mais insistant sur le désir américain de maintenir, et si possible développer, dans le respect des souverainetés des États, l'amitié franco-américaine<sup>10</sup>. La lettre officielle, accompagnée d'un dossier complet de documents justificatifs, est datée du 16 août 1793 ; elle est transmise à l'ambassadeur américain en France par courrier maritime spécial. Jefferson prévient Genet de la démarche deux semaines plus tard pour être certain qu'il ne pourra intercepter le courrier. Entre-temps à Paris, Robespierre et les Jacobins ont pris le pouvoir et accusent les Girondins de trahison. Après avoir pris connaissance de la demande américaine, le Comité de Salut Public qui dirige alors le pays reproche publiquement à Genet d'avoir délibérément saboté les relations entre les « républiques sœurs » et en septembre dépêche quatre commissaires en Amérique pour remplacer Genet et procéder, avec l'appui des autorités

---

<sup>9</sup> Voir <https://www.bing.com/videos/search?q=citizengenet&docid=608014133380669553&mid=ED0476261706D78769B2ED0476261706D78769B2&view=detail&FORM=VIRE>.

<sup>10</sup> D'après Dumas Malone, historien américain et spécialiste de Jefferson, ce document est un exemple d'habileté et de diplomatie : " *One of the ablest and most skillful of all his (Jefferson's) diplomatic papers*".

américaines, à son arrestation et transfert en France pour y être jugé<sup>11</sup>. Genet, mis au courant des développements politiques en France, contacte alors Jefferson et, sur son conseil, écrit au président Washington pour lui demander l'asile politique, qui lui sera accordé. Lorsque les émissaires français se présentent à l'administration américaine, on leur explique que le remplacement de Genet et la reconnaissance de la neutralité américaine sont les seules attentes des États-Unis et l'incident est clos<sup>12</sup>.

376. L'affaire du citoyen Genet est considérée par les juristes américains comme une étape décisive dans l'établissement de l'autorité du président (Washington) et du ministre des Affaires étrangères (Jefferson) dans la conduite des relations avec les autres juridictions souveraines sans nécessairement avoir besoin d'en référer au Congrès<sup>13</sup>. Elle conduit à la doctrine de la « *Vesting Clause*<sup>14</sup> (clause des pouvoirs investis qui consacre l'autorité du président dans les affaires internationales) » qui fait du président le seul organe à pouvoir exprimer la position des États-Unis (mais qu'il peut déléguer) et évite ainsi de parler « avec plusieurs voix. » Elle aboutit ainsi à une codification plus stricte des moyens dont les États-Unis disposent pour gérer les relations diplomatiques.

## **B. L'affaire XYZ et la « quasi-guerre » de 1798-1800**

377. Cette affaire est sans doute le premier contentieux de « corruption officielle » entre la France et les États-Unis et se déroule dans le cadre d'une « quasi-guerre » entre les deux pays<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> À l'époque le Comité de Salut Public avait pouvoir de décision sur les matières considérées comme disciplinaires ce qui signifiait que Genet serait presque certainement condamné à la guillotine.

<sup>12</sup> Genet devient américain en 1794 et s'établit alors dans l'État de New York où il vit en gentleman farmer jusqu'à son décès en 1834. Il y épouse même une des filles du gouverneur Clinton. Un de leurs descendants, Edmond Charles Clinton-Genet rejoint l'escadrille Lafayette pendant la Première Guerre mondiale et est le premier aviateur américain mort au champ d'honneur en 1917.

<sup>13</sup> Le cabinet de Washington comprenait des représentants des deux principaux partis et le Congrès n'avait aucun intérêt à s'immiscer.

<sup>14</sup> Cette doctrine est évoquée dans plusieurs décisions de la Cour Suprême, y compris *Zivotofsky vs Kerry* en 2015 qui réaffirme les pouvoirs exclusifs du Département d'État. Voir Wuerth, Ingrid B., « *Zivotofsky v. Kerry: A Foreign Relations Law Bonanza (July 10, 2015)* », 109 *American Journal of International Law*, 2015, Forthcoming, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-31, Disponible sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2629273>.

<sup>15</sup> Voir les archives officielles du Département d'État : *Office of the Historian, Foreign Service Institute United States Department of State: "The XYZ Affair and the Quasi-War with France, 1798–1800."* <https://history.state.gov/milestones/1784-1800/xyz>.

En 1794 les États-Unis concluent avec la Grande Bretagne un traité de paix et de commerce<sup>16</sup> (the *Jay Treaty*) alors qu'en France un nouveau régime, le Directoire, arrive au pouvoir. Certains de ses membres estiment que le traité anglo-américain est une violation du traité d'Alliance et de Commerce conclu en 1778 avec la France. Le Directoire en 1796 autorise la capture de vaisseaux sous pavillon américain par les corsaires français. Plusieurs navires sont arraisonnés et rançonnés et le président américain, John Adams, dépêche à Paris trois émissaires<sup>17</sup> pour restaurer l'harmonie entre les deux nations. À leur arrivée en France en octobre 1797, les émissaires ne peuvent obtenir un rendez-vous avec le ministre des Affaires Étrangères nommé par le Directoire, Charles Maurice de Talleyrand, pour des discussions de fond, mais sont approchés par des intermédiaires : Nicholas Hubbard (nom de code : W), Jean Hottinguer (X), Pierre Bellamy (Y), et Lucien Hauteval (Z)<sup>18</sup> qui les informent des exigences posées par le ministre : prêt à des conditions favorables des États-Unis à la France ; indemnisation pour les biens saisis par les Américains (mais pas ceux saisis par les Français) ; révision du traité de 1778 et, avant toute négociation officielle, une commission de 50 000 livres (soit \$250 000 à l'époque) devant être versée à Talleyrand à titre personnel. La délégation américaine est choquée par ces demandes et interrompt les négociations<sup>19</sup> ; elle adresse des comptes rendus qui font l'objet de fuites aux États-Unis et suscitent un vif sentiment anti-français. Le président Adams, mis sous pression, communique au Congrès et à la presse une partie des rapports de la délégation, mais en remplaçant les noms des intermédiaires français par les lettres WXYZ ; il demande aussi et obtient du Congrès des fonds supplémentaires pour développer la marine de guerre états-unienne qui est chargée de protéger les intérêts américains. Il ne va toutefois pas jusqu'à déclarer officiellement la guerre. Durant cette période de « quasi-guerre » (1798-1800), chaque pays arraisonne quelques navires de l'autre, les incidents aboutissent à des morts des deux côtés, principalement autour des Antilles où des Américains soutiennent la révolte de Toussaint-Louverture contre les colons français à Saint-

<sup>16</sup> John Adams, ministre américain à la cour de Saint James, avait joué un rôle actif dans les discussions et allait assumer la présidence des États-Unis en mars 1797.

<sup>17</sup> Elbridge Gerry, Charles Cotesworth Pinckney et John Marshall ; ce dernier devient ensuite président (*Chief Justice*) de la Cour Suprême des États-Unis.

<sup>18</sup> L'écrivain Pierre Beaumarchais qui avait aidé à financer la guerre d'indépendance américaine aurait aussi été impliqué.

<sup>19</sup> Lorsque la demande de « commission » pour Talleyrand lui a été présentée, Pinckney aurait répondu : “*No, not a sixpence.* (Non, pas six sous)”

Source: Wikipedia: [https://en.wikipedia.org/wiki/XYZ\\_Affair#CITEREFStinchcombe1977](https://en.wikipedia.org/wiki/XYZ_Affair#CITEREFStinchcombe1977)

Domingue (Haïti). Mais au niveau des gouvernements, on veut éviter l'escalade<sup>20</sup>. Des discussions indirectes se poursuivent et, surtout, le 9 novembre 1799, Napoléon Bonaparte, par le coup d'État du 18 brumaire, prend le pouvoir en France. Il reçoit le 2 mars 1800 aux Tuileries les nouveaux émissaires américains nommés par Adams. Bien que Talleyrand reste ministre des Affaires étrangères, c'est Joseph Bonaparte, frère de Napoléon, qui mène les négociations et le 3 octobre est signé un accord dans sa propriété de Mortefontaine (Oise) qui met fin à la quasi-guerre.

378. La nouvelle convention franco-américaine abroge le traité d'alliance de 1778 et confirme ainsi le désengagement (*desentanglement*) des États-Unis des affaires européennes<sup>21</sup>. L'accord prévoit la restitution mutuelle des propriétés capturées, la liberté du commerce entre les parties selon le principe de la nation la plus favorisée (ce qui pour la France représente un recul par rapport aux « droits exclusifs »), la liberté du commerce neutre sauf pour la contrebande de guerre. Selon l'historien français Jean-Baptiste Duroselle « cette convention a beaucoup fait pour assurer la bienveillance de Bonaparte et elle a ainsi préparé le terrain pour l'achat de la Louisiane deux ans plus tard.<sup>22</sup> »

379. Malheureusement, pour l'opinion américaine, l'affaire XYZ conforte le mythe que la corruption est généralisée en Europe (principalement en France) alors que les Américains, eux, sont par nature vertueux.

### C. La question des réparations (1919-1939)

380. Les articles du traité de Versailles concernant les réparations sont probablement les clauses les moins lues, les plus discutées, les moins comprises et les plus controversées selon une historienne américaine, spécialiste de la période entre les deux guerres mondiales<sup>23</sup>. Elles sont aussi la cause de malentendus persistants entre la France et les États-Unis durant les deux décennies qui suivent la fin de la Première Guerre mondiale.

---

<sup>20</sup> Voir par exemple l'analyse de l'historien français J.-B. Duroselle, *La France et les États-Unis. Des origines à nos jours*, Le Seuil, « L'Univers historique », 1976, 290 pages. ISBN : 9782020044110.

DOI : 10.3917/lisrel.duros.1976.01, <https://www.cairn.info/la-france-et-les-etats-unis--9782020044110.htm>

<sup>21</sup> Pour plus d'un siècle, selon un commentaire des archives du Département d'État.

<sup>22</sup> Duroselle, Jean-Baptiste, *op. cit.*, p. 47 et 48.

<sup>23</sup> Sally Marks, professeure à Rhodes Island College, lauréate de plusieurs prix. Voir en particulier Marks, Sally, *The Illusion of Peace: International Relations in Europe, 1918-1933*, Palgrave MacMillan, 2003.



Les réparations allemandes, principalement dues à la France et la Belgique, sont juridiquement énoncées par l'article 231 du traité qui met fin à la « Grande Guerre », signé à Versailles le 28 juin 1919<sup>24</sup> : « Les Gouvernements alliés et associés déclarent et l'Allemagne reconnaît que l'Allemagne et ses alliés sont responsables, pour les avoir causés, de toutes les pertes et de tous les dommages subis par les Gouvernements alliés et associés et leurs nationaux en conséquence de la guerre, qui leur a été imposée par l'agression de l'Allemagne et de ses alliés. » La portée de cet article est toutefois sérieusement limitée par l'article 232 dont nous citons les deux premiers alinéas : « Les Gouvernements alliés et associés reconnaissent que les ressources de l'Allemagne ne sont pas suffisantes, en tenant compte de la diminution permanente de ces ressources qui résulte des autres dispositions du présent traité, pour assurer complète réparation de toutes ces pertes et de tous ces dommages.

Les gouvernements alliés et associés exigent toutefois, et l'Allemagne en prend l'engagement, que soient réparés tous les dommages causés à la population civile de chacune des puissances alliées et associées et à ses biens pendant la période où cette puissance a été en état de belligérance avec l'Allemagne, par ladite agression par terre, par mer et par les airs, et, d'une façon générale, tous les dommages tels qu'ils sont définis à l'annexe ci-jointe<sup>25</sup>. »

381. Ces formulations, pour le moins ambiguës, sont le résultat d'une série de malentendus. Le premier vient du rôle même qu'entendent jouer les États-Unis. Si journalistes et historiens reconnaissent unanimement que l'entrée en guerre américaine en 1917 a été un facteur décisif de la victoire des Alliés (France, Grande Bretagne, Italie, Serbie, et Japon principalement) contre les Puissances Centrales (Allemagne, Autriche-Hongrie, Empire Ottoman, Bulgarie), l'administration américaine du président Wilson ne se considère pas comme une puissance « alliée » mais « associée ». Le traité de Versailles, comme les autres traités qui mettent fin à la Première Guerre mondiale (Sèvres, Trianon, Saint-Germain, Neuilly) établissent bien dans leurs préambules cette distinction, sur l'insistance de la délégation américaine à la Conférence de la Paix.

---

<sup>24</sup> Le texte du traité a été publié au *JORF* du 11 janvier 1920, p. 458 et suivantes. Le texte complet est disponible en ligne sur le site officiel de digithèque MJP : <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles.htm#h>.

La partie 8 du traité a pour titre « Réparations » et inclut les articles 231 à 247.

Voir : <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles8.htm>.

<sup>25</sup> L'annexe est une liste exhaustive et générale des types de dommages qui peuvent être couverts par ladite clause.

382. Les deux principaux négociateurs des traités ont des personnalités très différentes : Woodrow Wilson, ancien professeur de droit et protestant sévère peut se montrer rigide<sup>26</sup> alors que Georges Clemenceau, hôte de la conférence dont il contrôle soigneusement l'intendance, est un habile politicien, préoccupé avant tout de « faire payer l'Allemagne ». Le président américain ne se considère pas tant comme un belligérant que comme un juge de paix qui n'est intervenu qu'à la suite de violations flagrantes du droit international, notamment les torpillages de navires neutres par les sous-marins allemands. Il entend jouer un rôle arbitral ou quasi judiciaire pour « assurer une paix durable<sup>27</sup> ». Il est l'auteur d'un *Plan de paix* en 14 points<sup>28</sup>, publié le 9 janvier 1918, qui établit les conditions du nouvel ordre mondial qu'il désire instaurer. C'est d'ailleurs séparément, avec les États-Unis et sur la base des 14 points, que l'Allemagne engage le 5 octobre 1918 les premiers pourparlers<sup>29</sup> qui aboutissent à l'armistice du 11 novembre 1918.

383. Un autre malentendu tient au rôle dévolu à la Société des Nations (*League of Nations*), nouvel organisme supranational dont la création est prévue par le programme des 14 points. Wilson souhaite en faire la base d'un système de gouvernance internationale fondé sur le droit alors que les Alliés, et principalement la France, bien qu'ayant avalisé le programme des 14 points, sont très réticents à abandonner une partie de leur souveraineté. Le point de désaccord le plus sérieux entre les États-Unis et les Alliés concerne la culpabilité et les obligations de l'Allemagne. L'administration américaine désire une paix « sans vaincus ni vainqueurs » qui seule pourrait garantir tranquillité et prospérité internationales à terme. La position française, renforcée par les nombreux discours et promesses électorales en ce sens, est au contraire que l'Allemagne est coupable et « doit payer ».

384. Au début de la conférence de paix, la délégation française propose de démanteler l'Empire allemand, ce que les délégués américains ne peuvent accepter au nom du principe des nationalités (un des 14 points). On aboutit donc à des compromis. La délégation allemande, qui n'est convoquée qu'à la fin des discussions, estime que les culpabilités sont pour le moins partagées et

---

<sup>26</sup> À tel point qu'il ne pourra faire ratifier par le Congrès américain ni le traité de Versailles ni l'adhésion des États-Unis à la SDN. Ces déconvenues peuvent être au moins partiellement expliquées par la maladie, Wilson ayant probablement contracté la grippe espagnole lors de son séjour en France.

<sup>27</sup> Voir Marks, Sally *op. cit.*

<sup>28</sup> Voir Becker Jean-Jacques, *Le traité de Versailles*, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2019 <https://www.cairn.info/le-traite-de-versailles--9782130815679.htm>.

<sup>29</sup> Les États-Unis tiennent informées la Grande Bretagne et la France qui participent activement aux discussions à partir de la fin octobre.

qu'on lui impose un diktat. Il y avait probablement un problème de traduction de l'article 231 qui explique la réaction indignée de la délégation allemande : le texte officiel indique « [...] l'Allemagne accepte la responsabilité de l'Allemagne et de ses alliés pour avoir causé toutes les pertes et les dommages[...] », alors que l'édition du gouvernement allemand se lit « l'Allemagne admet, que l'Allemagne et ses alliés, en tant que responsables de la guerre, sont responsables des pertes et des dommages [...] »<sup>30</sup> Les États-Unis toutefois maintiennent une attitude nettement plus conciliante envers l'Allemagne que la France ; ce sont en fait deux de leurs délégués, Norman Davis et John Foster Dulles, qui sont les principaux rédacteurs des articles 231 et suivants, pensant qu'ils avaient trouvé un compromis raisonnable entre les positions de Wilson d'une part et Clemenceau et Lloyd George d'autre part. Trois décennies plus tard, devenu Secrétaire d'État (ministre des Affaires Étrangères), Foster Dulles déclare publiquement que le traité de Versailles fut un échec et portait en lui les germes de la Seconde Guerre mondiale ; il explique en 1954 que « les efforts visant à mettre en faillite et humilier une nation incitent seulement un peuple à la vigueur et au courage pour briser les liens qui lui sont imposés. Les interdictions [...] incitent donc les actes qui sont interdits.<sup>31</sup> »

Ce n'est que le 5 mai 1921<sup>32</sup>, à la conférence de Londres, après bien des discussions, que le montant (132 milliards de marks or pour l'ensemble des puissances centrales, soit l'équivalent de trois fois le PNB total allemand de 1913) et le calendrier des réparations sont fixés. On s'aperçoit au bout de quelques mois qu'elles plombent l'économie allemande qui entre dans une phase d'hyperinflation et de crise sociale et politique, créant chez les Allemands un sentiment d'injustice et de rejet qui fait le lit du nazisme. En janvier 1924, pour remédier au défaut de paiement allemand, les troupes françaises occupent la Ruhr, ce qui accroît les tensions entre anciens alliés. Un autre point de friction est créé par le remboursement de la dette de guerre due aux États-Unis que la France estime liée à la question des réparations. Ainsi le montant et le calendrier des réparations font l'objet de plusieurs négociations internationales au sein de commissions présidées par des diplomates américains : un plan Dawes est mis en place en 1924

---

<sup>30</sup> D'après notamment un article publié en 1926 par deux professeurs de l'Université de Stanford, Robert Binley et A C Mahr, cité dans Wikipédia : « Article 231 du traité de Versailles »

Voir : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Article\\_231\\_du\\_trait%C3%A9\\_de\\_Versailles](https://fr.wikipedia.org/wiki/Article_231_du_trait%C3%A9_de_Versailles);

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Soit près de deux ans après la signature du traité de paix.

puis remplacé par le plan Young en 1930<sup>33</sup>, jusqu'à un moratoire Hoover<sup>34</sup> en 1931 qui lui-même précède la conférence de Lausanne de 1932 qui gèle « temporairement » les réparations comme les dettes de guerre dues par la France et la Grande Bretagne aux États-Unis. Les effets de la crise mondiale de 1929 compliquent encore la situation et en 1933 le nouveau chancelier, Adolf Hitler, bloque tous les paiements allemands.

385. Cependant le critique le plus acerbe des positions françaises est John Maynard Keynes. À partir de 1930, il devient le maître à penser des économistes et hommes politiques anglais et américains<sup>35</sup>. Keynes participe, comme jeune conseiller du Trésor britannique, à la conférence de la paix de 1919 mais n'a pas alors un rang lui permettant d'influencer les décisions. Pour lui il est patent que le traitement réservé à l'Allemagne ne peut que générer de nouvelles crises ; pour protester il démissionne, rentre à Londres et rédige *Les conséquences économiques de la paix*, (*The Economic Consequences of the Peace*) livre qui démontre ses qualités d'écrivain<sup>36</sup> qui s'ajoutent à ses talents d'économiste. Il met en garde contre ce qu'il qualifie de « paix carthaginoise (*Carthaginian peace*) » qui aboutit à ruiner l'Allemagne avant de la voler en exigeant qu'elle importe des produits français avec des crédits qui lui font défaut<sup>37</sup> et fait des portraits sans concession des dirigeants politiques de l'époque<sup>38</sup>. Les arguments économiques de Keynes sont discutables et réfutés notamment par Jacques Bainville et Étienne Mantoux en France, mais son livre connaît un très grand succès de librairie. Il contribue à diffuser l'idée qui fait long feu aux États-Unis que ce sont les vainqueurs de 1918 eux-mêmes, principalement la France, qui ont par manque de vision saboté la paix et créé les prémices de la crise de 1929 et de la Seconde Guerre

---

<sup>33</sup> C'est pour faciliter le règlement des dettes souveraines qu'est établie en 1930 la Banque des Règlements Internationaux (BRI) à Bâle. « Banque centrale des banques centrales » son rôle est confirmé et étendu en 1944 par les *accords de Bretton Woods* qui sont à la base du système financier international.

<sup>34</sup> Du nom du président des États-Unis qui était personnellement intervenu.

<sup>35</sup> Son ouvrage *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, paru en 1936, est considéré comme la bible de la pensée économique jusqu'aux années 1970 ; Keynes est aussi un des principaux théoriciens des accords de Bretton Woods.

<sup>36</sup> Keynes fait partie du cercle d'écrivains connu sous le nom de *Bloomsbury Group* qui domine la littérature anglaise entre les deux guerres ; les autres membres incluent Vanessa Bell, Virginia Woolf, E M Forster et Lytton Strachey.

<sup>37</sup> D'après Sally Marks, *The Illusion of Peace: International Relations in Europe, 1918 – 1933*, p. 159.

<sup>38</sup> Clemenceau, selon Keynes, ne pense qu'à affaiblir l'Allemagne. Keynes écrit : « *This is the policy of an old man, whose most vivid impressions and most lively imagination are of the past and not of the future. He sees the issue in terms of France and Germany, not of humanity and of European civilization struggling forwards to a new order.* » (C'est là la politique d'un vieillard, dont les impressions les plus fortes et l'imagination la plus vivante sont pour le passé et non l'avenir. Il voit la question en termes de France et Allemagne, pas de l'humanité et de la civilisation européenne en marche vers un ordre nouveau.)

mondiale. À l'issue de celle-ci, Keynes, devient un des principaux architectes du nouveau système financier international.

#### D. Le retrait français de l'OTAN

386.« La France, un allié fiable, responsable et engagé » proclame en bannière le site anglophone de France Diplomatie sous l'onglet OTAN<sup>39</sup>. Cette affirmation, légitime aujourd'hui, aurait paru beaucoup plus contestable de 1966 à 2009. Le retrait français du commandement unifié de l'OTAN (et non de l'organisation elle-même) demeure dans la mémoire de nombreux Américains, surtout s'ils sont âgés de plus d'une soixantaine d'années, une blessure, ou plus exactement une vexation, que certains commentateurs politiques orientés ne manquent pas d'aviver si cela conforte leur point de vue<sup>40</sup>.

Comme pour le problème des réparations entre les deux guerres mondiales, les questions de personnalités ne sont pas étrangères à la création d'un climat de récriminations réciproques.

387.L'OTAN (Organisation du Traité de l'Atlantique Nord) est mise en place par le traité de Washington du 4 avril 1949 comme une alliance militaire défensive de douze pays,<sup>41</sup> essentiellement pour contrer les visées de l'Union Soviétique (l'actuelle fédération de Russie) et de ses États satellites en Europe orientale. L'OTAN comporte une structure militaire, avec un commandement intégré sous contrôle américain, et une structure civile. En cette époque de guerre froide, la puissance dominante, militairement comme économiquement, est sans conteste les États-Unis. Ils sont les seuls avec l'URSS à posséder la bombe atomique. Il paraît donc normal que seuls les militaires américains puissent décider du déploiement d'armes nucléaires. Toutefois, c'est en France que se trouvent le siège de l'OTAN (palais de Chaillot puis porte Dauphine), le commandement allié en Europe<sup>42</sup> et des bases militaires qui créent des milliers d'emplois. Dans les décennies qui suivent la création de l'OTAN, le Royaume Uni, puis la France, développent

---

<sup>39</sup> *France: a reliable, responsible and inclusive ally*, site France Diplomatie consulté le 17 juin 2021 <https://www.diplomatie.gouv.fr/enns/france-and-nato/french-foreign-policy/security-disarmament-and-non-proliferation/our-alliances-and-cooperation>.

<sup>40</sup> C'est par exemple le cas du commentateur politique Richard Chesnoff, soutien du président George W. Bush, qui publie en 2005 un pamphlet au titre significatif *The Arrogance of the French* (Sentinel Books)

<sup>41</sup> Belgique, Danemark, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume Uni, États-Unis et Canada. La Grèce, la Turquie, l'Allemagne et l'Espagne rejoignent l'organisation les années suivantes. À partir de 1999, les pays d'Europe de l'Est, de la Baltique et des Balkans sont aussi admis.

<sup>42</sup> SHAPE, *Supreme Headquarters of Allied Powers in Europe*, installé à Rocquencourt (Yvelines).

leurs propres moyens nucléaires qui restent néanmoins bien inférieurs aux capacités américaines. Cependant en France, peu de temps après son retour au pouvoir, le général de Gaulle adresse le 17 septembre 1958 un mémorandum au président américain et au Premier ministre britannique<sup>43</sup> proposant une nouvelle structure qui établirait un commandement militaire tripartite, donnant à la France et au Royaume Uni un statut égal à celui des États-Unis<sup>44</sup>. La proposition reçoit des réponses polies mais sans suite. Le président français, depuis la création du gouvernement de la France Libre à Londres en 1940, a des relations « compliquées » avec les autorités américaines qui lui auraient préféré comme chef de guerre l'amiral Darland, puis le général Giraud. Il est donc méfiant à l'égard « des Anglo-Saxons », rejette toute hégémonie et souhaite se rapprocher de l'Allemagne du chancelier Adenauer. Il estime que la structure militaire de l'OTAN l'empêche de jouer le rôle qu'il entend assumer sur la scène internationale. Il écrit donc le 7 mars 1966 une lettre manuscrite au président Johnson l'avisant que « la France se propose de recouvrer sur son territoire l'entier exercice de sa souveraineté »<sup>45</sup>. En conséquence, toutes les installations militaires américaines devront être fermées et tous les personnels militaires évacués à la date limite du 1<sup>er</sup> avril 1967. La demande de la France est juridiquement recevable selon les usages diplomatiques et les termes du traité, mais elle a surtout une portée politique et, encore aujourd'hui, on peut s'interroger sur le bien-fondé de quitter le commandement intégré quand on reste membre de la structure civile de l'OTAN.

---

<sup>43</sup> Respectivement Dwight Eisenhower, ancien commandant des forces alliées, et Harold MacMillan.

<sup>44</sup> D'après Anand Menon, *France, NATO, and the limits of independence, 1981–97* (2000) p. 11 ; cité par Wikipedia : *Foreign Policy of Charles de Gaulle*:  
[https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign\\_policy\\_of\\_Charles\\_de\\_Gaulle](https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_policy_of_Charles_de_Gaulle)

<sup>45</sup> Lettre du président Charles de Gaulle au président Lyndon Johnson le 7 mars 1966 :  
<https://otan.delegfrance.org/Archive-Lettre-du-President-de-la-Republique-Charles-de-Gaulle-au-President>.

Beaucoup aux États-Unis sont perplexes<sup>46</sup> et considèrent la demande, et la façon dont elle est formulée, comme un affront<sup>47</sup>. Aucune des autres puissances membres de l'organisation ne suit la position française et le siège de l'OTAN est alors transféré de Paris à Bruxelles. Le Congrès, la presse et l'opinion publique américaines multiplient les déclarations reprochant à de Gaulle une politique de cavalier seul qui affaiblit l'Alliance et qualifiant les Français de *free riders* (parasites, profiteurs)<sup>48</sup> qui veulent bénéficier de la protection militaire américaine mais n'assument pas leurs obligations.

388. Les « événements » de 1968 puis le départ du général de Gaulle détournent l'attention publique. Les années suivantes, bien que n'étant pas techniquement intégrées dans le commandement militaire de l'OTAN, les troupes françaises participent à des manœuvres et à plusieurs missions militaires approuvées par les Nations Unies aux côtés des forces américaines et d'autres armées européennes, notamment dans l'ancienne Yougoslavie, en Irak (1990), en Afghanistan et en Lybie. En 2009, sur demande du président Sarkozy, la France réintègre le commandement unifié<sup>49</sup>. Toutefois l'idée que les Français veulent tirer avantage de la protection militaire américaine mais rejettent l'idée de contribuer aux efforts de l'OTAN refait surface dans l'opinion américaine à la suite du refus français de participer à la campagne en Irak en 2003.

---

<sup>46</sup> La réponse du président Johnson dans sa lettre du 22 mars 1966 exprime en termes diplomatiques la perplexité (*puzzlement*) américaine : *I am puzzled by your view that the presence of allied military forces on French soil impairs the sovereignty of France. Those forces have been there at French invitation pursuant to a common plan to help insure the security of France and her allies. I have always viewed their presence as a wise and far-seeing exercise of French sovereignty.* (Je suis surpris par votre point de vue que la présence de forces militaires alliées sur le sol français attente à la souveraineté de la France. Ces forces sont là à l'invitation de la France dans le but d'assurer la sécurité de la France et de ses alliés. J'ai toujours considéré leur présence comme l'exercice sage et à long terme de la souveraineté française). Source : Archives nationales américaines : [https://www.nato.int/nato\\_static\\_fl2014/assets/pdf/pdf\\_history/20190401\\_e1-france-LBJ-response-to-deGaulle\\_032266.pdf](https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_history/20190401_e1-france-LBJ-response-to-deGaulle_032266.pdf)

<sup>47</sup> Selon une boutade maintes fois entendue, le président Johnson téléphone au général Eisenhower, son prédécesseur à la Maison Blanche, et l'informe que le général de Gaulle exige que tous les militaires américains quittent le sol français. Eisenhower, pince sans rire, lui demande : « Les morts aussi ? ».

<sup>48</sup> En plus de la question de l'OTAN, il existait des divergences entre la France et les États-Unis sur d'autres sujets dont le Vietnam, le système monétaire international et le rôle du dollar, Israël et le Moyen Orient et le Canada.

<sup>49</sup> La lettre du 22 mars 1966 de Johnson à de Gaulle citée ci-dessus se termine par le paragraphe : « *Indeed, we find it difficult to believe that France, which has made a unique contribution to Western security and development, will long remain withdrawn from the common affairs and responsibilities of the Atlantic. As our old friend and ally her place will await France whenever she decides to resume her leading role* » (Et nous avons peine à croire que la France, qui a apporté une contribution unique à la sécurité et au développement du monde occidental va rester longtemps à l'écart des affaires et responsabilités de l'Atlantique. En tant que vieil ami et allié, sa place attend la France dès qu'elle décidera de reprendre son rôle essentiel.)

Figure 25 - Dessin du caricaturiste Mike Peters publié le 15 février 2003<sup>50</sup>



389. La crise de l'OTAN, comme le cas du citoyen Genet, l'affaire XYZ et la question des réparations marquent des périodes de tension dans les relations franco-américaines et sont perçues de manière différente selon qu'on se trouve d'un côté de l'Atlantique ou de l'autre. Notre objectif n'est pas d'en faire ici une analyse exhaustive, mais de souligner d'une part que les mêmes événements historiques sont interprétés différemment et d'autre part qu'une fois les esprits calmés et des approches rationnelles adoptées, des solutions mutuellement acceptables finissent par prévaloir. La relation franco-américaine est ainsi sur le long terme fluide et fluctuante.

## **Section 2. Les doctrines américaines sur les conflits de juridictions**

390. Sur le plan judiciaire, le caractère changeant de la relation franco-américaine s'explique aussi par la diversité des théories des relations internationales et des doctrines invoquées par les autorités américaines. Certaines de ces doctrines s'accordent facilement avec les principes défendus par les juristes français alors que d'autres paraissent plus difficilement compatibles.

<sup>50</sup> Mike Peters Editorial Cartoons, Image # 2864. The Cartoonist Group: <https://www.cartoonistgroup.com>.



Nous avons vu que le système constitutionnel américain repose sur plusieurs piliers dont la séparation des pouvoirs (qui justifie les doctrines de déférence) et le fédéralisme (qui limite les prérogatives du pouvoir central). En matière de relations internationales, le cadre est encore plus complexe et les magistrats américains peuvent se référer à plusieurs types de sources dont des grands principes généraux, des *canons* juridiques (c'est-à-dire des traités de méthodologie pour arriver à des décisions) et des doctrines dont les applications peuvent mener à des résultats très différents. Toutes ces sources ont abouti à une vaste jurisprudence qui continue de se développer. Stephen Breyer, juge à la Cour Suprême, pense que le magistrat moderne a l'obligation de tenir compte des droits étrangers<sup>51</sup> et estime qu'environ le tiers des affaires soumises à la Cour Suprême concernent les rapports avec d'autres droits<sup>52</sup>. Les juristes ont publié de très nombreux traités et articles présentant diverses théories sur le droit et les obligations des États-Unis dans le domaine des relations internationales<sup>53</sup>. Nous n'en présentons ici qu'une synthèse en concentrant nos explications sur le principe originel de la courtoisie internationale (A) ; un *canon* au nom évocateur de *Charming Betsy*, mais qui est toujours l'objet de discussions d'interprétation (B) et différentes doctrines utilisées dans la jurisprudence récente (C).

### **A. Le principe d'*International Comity* : la courtoisie internationale**

391. Le concept de courtoisie internationale en droit américain est très large, ancien et sujet à interprétations<sup>54</sup>. Il a été élaboré initialement au XVII<sup>e</sup> siècle par le juriste hollandais Ulrich Huber puis repris par le juge anglais Lord Mansfield<sup>55</sup> et s'est inscrit dans le cadre des relations internationales mis en place par les traités de Westphalie (1648) qui établissent un paradigme de souveraineté territoriale : les États sont souverains dans les limites de leurs territoires, mais

---

<sup>51</sup> « [...] Être à l'écoute de ceux qui comprennent le contenu des droits étrangers [...] est pleinement en accord avec la formulation démocratique et l'interprétation de notre droit. Écouter de "multiples voix" pour rechercher une application plus harmonieuse des différents droits qui peuvent produire des effets extraterritoriaux se révélera souvent être le meilleur moyen d'écouter les voix américaines qui ont donné vie et finalités à ces lois. », Breyer, Stephen, *La Cour Suprême, le droit américain et le monde*, édition française Odile Jacob, 2015, p. 21.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>53</sup> Une recherche sur le catalogue en ligne de l'École de Droit de l'université de New York sur les termes *international relations* a généré plus de 32 000 résultats.

<sup>54</sup> Le présent développement est fondé en partie sur un article du professeur William S. Dodge de l'université de Californie, Davis School of Law, Dodge, William S., « *International Comity in American Law* » (*January 30, 2015*). 115 *Columbia Law Review* 2071, *UC Davis Legal Studies Resarci Paper No. 470*. Disponible sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2558175> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2558175>

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 13.

s'efforcent aussi d'entretenir des relations amicales (commerciales en particulier) avec les autres États souverains. Selon Huber, rien n'est plus préjudiciable au commerce international que des contrats valides dans certaines juridictions, mais pas dans d'autres. Il convient donc que les États s'entendent entre eux pour assurer notamment la validité des contrats transfrontaliers et assurer un minimum de protection aux marchands lorsqu'ils se trouvent en territoire étranger. L'objectif de la courtoisie internationale est de résoudre ces frictions par des dispositions pratiques qui constituent le socle du droit international privé. Cette doctrine prévoit donc des exceptions à la règle générale, notamment sous forme d'immunités, et consiste en fait en une limitation de la souveraineté. Lord Mansfield va plus loin et considère que, dans le domaine commercial, les droits acquis dans un État (celui de signature du contrat) sont transposables à d'autres États (lieux d'exécution du contrat) et fait entrer la notion d'*international comity* dans la *common law*<sup>56</sup>. Le concept est naturellement repris par le droit américain : en 1812 le juge fédéral Story estime que la doctrine de Huber « fait désormais partie du droit national de tous les pays civilisés.<sup>57</sup> »

392. Durant le XIX<sup>e</sup> siècle, de nombreuses décisions de la Cour Suprême font référence à la *comity*. La plus connue date de 1895 : *Hilton vs Guyot*<sup>58</sup>. Elle reconnaît la validité et la force exécutoire en territoire américain de décisions judiciaires prises par des cours étrangères sous certaines conditions<sup>59</sup>. Selon cette conception, les tribunaux américains non seulement se doivent de reconnaître les décisions des cours étrangères, mais sont tenus de les faire appliquer. S'il y a conflit avec une loi ou un règlement local, le tribunal américain a la possibilité, dans chaque cas particulier, de ne pas appliquer la règle de droit local sous réserve qu'il existe un système reconnu de réciprocité avec la juridiction étrangère concernée. Dans le cas spécifique *Hilton vs Guyot*, la Cour Suprême estime que les décisions judiciaires rendues en France, pays qui ne rend pas exécutoires sur son territoire les jugements rendus par les cours américaines et dont le processus judiciaire est différent des États-Unis, ne sont pas admissibles pour recevoir les avantages de

<sup>56</sup> C'est la jurisprudence du cas *Robinson vs Bland* de 1760.

<sup>57</sup> *Has become incorporated in the code of national law in all civilized countries.*

<sup>58</sup> *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/159/113/>

<sup>59</sup> En particulier, la décision étrangère doit être le résultat d'un processus judiciaire qui respecte la *rule of law* ; le jugement étranger doit être *fair* (juste), impartial (qui respecte les droits de la défense et ne montre aucun préjugé), définitif (c'est-à-dire que les droits de recours ont été épuisés dans la juridiction d'origine) et qu'on puisse présumer que le système judiciaire de la juridiction d'origine accorderait une déférence similaire aux décisions prises par des tribunaux américains (réciprocité).

Voir Dodge, William S, « *International Comity in American Law* », *Columbia Law Review* 2071, 30 janvier 2015, note 105, p. 2090.

l'*international comity* en raison de l'absence de réciprocité<sup>60</sup>. En revanche, dans une autre décision de 1895, *Ritchie vs McMullen*<sup>61</sup>, la Cour Suprême reconnaît que le jugement d'un tribunal canadien peut bénéficier d'un traitement selon le principe de courtoisie internationale en raison de la similitude des systèmes juridiques et des conditions de réciprocité entre les deux États souverains. Les critères énoncés dans la décision *Hilton vs Guyot* sont par la suite incorporés dans des codes (*statutes*) et la jurisprudence fédérale comme celle des États fédérés ; il y est fait référence dans de nombreux documents administratifs américains régissant les relations internationales.

393. Si dans certains cas le principe de courtoisie internationale rend exécutoire aux États-Unis des décisions judiciaires étrangères, il peut aussi être invoqué, dans le cadre du principe d'immunité souveraine, pour limiter la compétence des tribunaux et de l'exécutif américains sur des avoirs ou des personnes liés à un souverain étranger.

C'est par exemple le cas dans une autre décision de 1812 de la Cour Suprême, *The Schooner Exchange vs McFaddon*<sup>62</sup>, celle-ci en faveur des intérêts français. Dans le cas précis, l'*Exchange* est un navire construit aux États-Unis et dont les propriétaires initiaux sont John McFaddon et William Greetham, citoyens américains. En 1810, en application de la législation française alors en vigueur<sup>63</sup>, le vaisseau est saisi puis réarmé par la marine française qui en fait un navire de guerre battant pavillon tricolore. En 1812, à la suite d'une tempête dans l'Atlantique Nord, l'*Exchange*, qui entre-temps a pris le nom de *Balaou*, est contraint de faire relâche pour réparations dans le port de Philadelphie. Les propriétaires initiaux saisissent alors les tribunaux fédéraux en Pennsylvanie pour obtenir la restitution du navire. Après des jugements en sens opposés en première instance et en appel, le cas arrive à la Cour Suprême. Dans la décision rédigée par le juge Marshall, la Cour note que si le bâtiment se trouve bien dans un port sous juridiction américaine et a pu appartenir à des citoyens américains, il est entré en territoire américain en tant que navire de guerre d'une nation amie et que le souverain américain, en application des us et coutumes internationaux, est libre de renoncer à l'application de sa souveraineté (*waive jurisdiction*). De plus la loi internationale et les us et coutumes garantissent certaines immunités :

---

<sup>60</sup> *Judgments rendered in France, or in any other foreign country, by the laws of which our own judgments are reviewable upon the merits, are not entitled to full credit and conclusive effect when sued upon in this country* ». Voir les deux notes ci-dessus.

<sup>61</sup> *Ritchie v. McMullen*, 159 U.S. 235 (1895) : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/159/235/>.

<sup>62</sup> *The Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812) : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/>.

<sup>63</sup> En application du blocus continental décidé par l'empereur Napoléon.

lorsqu'un État accepte sur son territoire le passage de souverains, de diplomates ou de militaires étrangers il est présumé que l'État hôte a, au moins tacitement, renoncé à exercer sa juridiction sur les entités présentes temporairement sur son territoire<sup>64</sup>. Dans ces conditions, la requête de McFaddon est sans fondement juridique (*without standing*) et le navire est libre de repartir. Cette décision est considérée par les juristes américains comme la première formulation de la théorie de l'immunité souveraine.

394. Le principe de courtoisie internationale conduit à d'autres interrogations liées à des questions d'extraterritorialité que les tribunaux américains ont dû examiner. Par exemple : (a) la courtoisie internationale devrait-elle limiter l'application des lois anti-trust au seul territoire américain ? (b) Si un État souverain, ou une de ses émanations, souhaite intentier une action judiciaire aux États-Unis, sa demande est-elle recevable (*has standing*)<sup>65</sup> ? (c) Dans quelle mesure la conduite d'enquêtes transnationales selon le processus *de discovery* est-elle compatible avec le principe de la courtoisie internationale<sup>66</sup> ? La jurisprudence est touffue et les réponses varient selon les circonstances, les époques et même les tribunaux impliqués<sup>67</sup>. Le concept de courtoisie internationale n'est pas une doctrine statique ; par nature les questions de réciprocité et l'environnement politique y exercent leur influence ; « ses contours sont à la fois imprécis et flexibles, et les décisions judiciaires qui en résultent difficiles à prédire.<sup>68</sup> »

395. D'après une étude<sup>69</sup>, les tribunaux américains à partir des années 1960, dans un contexte politique international où la domination américaine est contestée<sup>70</sup>, prennent conscience que le mécanisme de *discovery* leur permet d'exiger par le système des *subpoena*<sup>71</sup> la production de tout document, qu'il soit aux États-Unis ou à l'étranger<sup>72</sup>. Ces pratiques conduisent au développement

<sup>64</sup> « A principle of public [international] law is that national ships of war, entering the port of a friendly power open for their reception, are to be considered as exempted by the consent of that power from its jurisdiction » La formulation laisse entendre que, s'il s'agissait d'un navire marchand, la décision aurait été différente.

<sup>65</sup> L'*Alien Tort Statute* permet une réponse positive à cette question. Voir plus loin.

<sup>66</sup> Le rapport Gauvain y voit un problème majeur d'asymétrie entre les procédures américaine et française.

<sup>67</sup> Les tribunaux de première et deuxième instance aux États-Unis sont liés par la jurisprudence de leur *circuit* (ressort), pas nécessairement celle des tribunaux d'autres ressorts. La Cour Suprême par contre a compétence sur l'ensemble des *circuits*.

<sup>68</sup> Selon Lexis Nexis : « *Comity is not a static doctrine; its reciprocal nature and political underpinnings make its contours both flexible and somewhat unpredictable.* » Source : Lexis Nexis Practical Guidance on Chapter 15.

<sup>69</sup> De Diego Zambrano du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton. Voir Zambrano, Diego, « *A Comity of Errors: The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery* » (January 25, 2015). *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, Vol. 34, (2016), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2564797>.

<sup>70</sup> À cause de la guerre au Vietnam en particulier.

<sup>71</sup> Subpoena Voir p

<sup>72</sup> Voir Zambrano, Diego, *ibid.*, p. 61 et suivantes.

d'une sorte d'impérialisme judiciaire américain au détriment des autres juridictions. Ainsi dans son édition de 1965 le *Restatement of Foreign Relations Law* recommande que l'application du principe de courtoisie internationale fasse, au cas par cas, l'objet d'un test incluant cinq facteurs : (a) évaluation des « intérêts nationaux vitaux » des parties intéressées ; (b) les difficultés (*hardship*) pour la partie à l'étranger que peut entraîner le processus de *discovery* ; (c) dans quelles proportions l'action requise se déroulerait à l'étranger ; (d) la nationalité de la personne concernée et (e) la mesure dans laquelle l'action requise pourrait aboutir à une remédiation<sup>73</sup>. L'évaluation de certains de ces facteurs peut être subjective et on passe ainsi à une application très conditionnelle au cas par cas, alors que le processus de *discovery* devient de plus en plus intrusif<sup>74</sup>. En réaction à ces invasions judiciaires, plusieurs juridictions, dont la France, établissent des systèmes de blocage, plus ou moins efficaces, et une convention multilatérale, la convention de La Haye, entrée en vigueur en 1972, crée un mécanisme pour la demande de documents à l'étranger par lettres rogatoires.

396. Cependant les tribunaux, et surtout les procureurs, américains trouvent la procédure prévue par la convention de La Haye lente et lourde et, en pratique, continuent de s'adresser directement ou par avocats interposés aux firmes ou individus concernés<sup>75</sup>. En 1987, la décision de la Cour Suprême *Aérospatiale*<sup>76</sup> crée une jurisprudence qui affaiblit encore la portée du principe de

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 62. "The balancing test announced by the Restatement Second of Foreign Relations urged courts to weigh five factors: (1) the "vital national interests of each of the states," (2) the "hardship" imposed on the person, (3) the "extent" to which "required conduct is to take place" in the foreign country, (4) the nationality of the person, and (5) the extent to which enforcement can "be expected to achieve compliance" ».

<sup>74</sup> En 1968, une cour de New York ordonne la production de documents qui sont archivés en Allemagne : "It is no longer open to doubt that a federal court has the power to require the production of documents located in foreign countries if the court has in personam jurisdiction of the possession or control of the material." (*US vs First National City Bank*, 396F. 2<sup>nd</sup> 897, 1968) cité par D. Zambrano, *op.cit.* p. 63.

<sup>75</sup> Les demandes par lettre rogatoire doivent être traduites dans la langue du pays récipiendaire et transiter par les ministères de la Justice et des Affaires étrangères des juridictions concernées avec à chaque étape la possibilité d'un veto (motivé) ou une demande d'explication supplémentaire.

<sup>76</sup> *Société nationale [Aérospatiale] vs. District Court [of Southern Iowa]*, 482 U.S. 522 (1987) : *International comity does not require in all instances that American litigants first resort to Convention procedures before initiating discovery under the Federal Rules. In many situations, Convention procedures would be unduly time-consuming and expensive, and less likely to produce needed evidence than direct use of the Federal Rules. The concept of comity requires, in this context, a more particularized analysis of the respective interests of the foreign and requesting nations than a blanket "first resort" rule would generate. Thus, the determination whether to resort to the Convention requires prior scrutiny in each case of the particular facts, sovereign interests, and likelihood that such resort will prove effective.* (La courtoisie internationale n'exige pas dans tous les cas que les plaideurs américains recourent d'abord aux procédures de la Convention avant d'entamer la procédure de *discovery* préalable en vertu des règles fédérales. Dans de nombreuses situations, les procédures de la Convention seraient excessivement longues et coûteuses, et moins susceptibles de produire les preuves nécessaires que l'utilisation directe du droit fédéral. Le concept de courtoisie exige, dans ce contexte, une analyse plus particulière des intérêts

courtoisie internationale. Dans le cas spécifique, que nous analyserons plus loin<sup>77</sup>, la Cour estime (par 5 voix contre 4) que la convention n'a pas de caractère obligatoire et exclusif. Dans son arrêt, la Cour Suprême affirme bien l'existence du principe de courtoisie internationale, mais se garde de définir les conditions précises dans lesquelles il serait applicable. En fait pendant plus de deux décennies, de nombreux avocats et procureurs américains considèrent la décision *Aérospatiale* comme un blanc-seing pour en quelque sorte éclipser la doctrine de la courtoisie internationale et poursuivre des procédures de *discovery* à l'encontre de personnes étrangères.<sup>78</sup>

397. Pendant la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle, même si la notion de courtoisie internationale est parfois mentionnée, les tribunaux et surtout les enquêteurs américains mènent de nombreux processus de *discovery* sans trop s'embarrasser de savoir si ceux-ci touchent une ou plusieurs juridictions. C'est aussi au cours de cette période que des accords de compromis (*settlements*) plus ou moins forcés, condamnent les sociétés étrangères à des pénalités de plus en plus lourdes<sup>79</sup>.

398. Toutefois, certains juristes pensent qu'à partir de 2010, on assiste à une « résurrection » de la courtoisie internationale<sup>80</sup>. En fait, on observe que dans certains cas (*Statoil* en 2004 et *Siemens* en 2008) des autorités étrangères prennent elles-mêmes l'initiative de prendre langue avec les régulateurs américains pour résoudre en coopération des cas de corruption transnationaux. Sur le plan judiciaire, plusieurs décisions de la Cour Suprême dont nous reparlerons (*Morrison* en 2010, *Kiobel* en 2013)<sup>81</sup> laissent présager une jurisprudence moins nationaliste et une déférence accrue envers les souverains étrangers. Le concept de courtoisie internationale apparaît à nouveau dans une décision de la Cour Suprême en 2018 (*Animal Science Products, Inc., et al. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd*) ; la Cour<sup>82</sup> indique que les décisions judiciaires de tribunaux de

---

respectifs de la nation étrangère et de la nation requérante que ne le ferait une règle générale de "premier recours". Ainsi, la décision de recourir ou non à la Convention exige un examen préalable dans chaque cas des faits particuliers, des intérêts souverains et de la probabilité qu'un tel recours s'avère efficace.), Justia: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/522/>.

<sup>77</sup> Voir chapitre 8.

<sup>78</sup> Voir Zambrano Diego, *A Comity of Errors: The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery*, p.71 et suivantes.

<sup>79</sup> Voir tableau ci-dessus

<sup>80</sup> C'est la thèse défendue par D. Zambrano dans *A Comity of Errors: The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery*.

<sup>81</sup> Pour D. Zambrano, d'autres cas jugés par les cours de New York marquent aussi cette tendance, *Daimler, Motorola* et *Gucci*, et un changement de paradigme.

<sup>82</sup> La décision a été rédigée par la juge Ruth Ginsburg et approuvée à l'unanimité par les membres de la Cour Suprême; dans ce cas précis, l'affaire des vitamines C, il s'agissait de savoir si la décision d'une cour chinoise sur le prix de produits pharmaceutiques s'imposait aux États-Unis, même en violation des lois anti-trust américaines. Sur le fonds, la Cour n'a pas tranché mais renvoyé l'affaire devant la cour d'appel.

souverains étrangers doivent être soigneusement examinées par les tribunaux américains, mais ces derniers ne sont pas nécessairement tenus de mettre en œuvre les décisions de tribunaux étrangers<sup>83</sup>. Une nouvelle étape dans cette direction est la résolution coordonnée avec les autorités britanniques et françaises du cas *Airbus* en 2020<sup>84</sup> : un magistrat américain ayant approuvé un *Deferred Prosecution Agreement* (DPA), le DOJ reconnaît publiquement que d'autres juridictions ont des intérêts primordiaux dans le règlement de cette affaire<sup>85</sup>.

399. Ainsi le concept de courtoisie internationale demeure toujours vivant mais ses facettes sont devenues plus complexes et restent entourées d'un certain flou. Le professeur William Dodge en a dressé un inventaire : la courtoisie peut être déclinée sous forme prescriptive (créant des obligations pour une juridiction : par exemple autoriser une entité souveraine ou une émanation de celle-ci à engager une procédure devant les tribunaux américains) ou restrictive (par exemple les notions d'immunité souveraine ou diplomatique qui interdisent les poursuites contre certaines entités ou personnes) et conduit à de multiples doctrines dérivées et plus ou moins suivies. Une délimitation, à notre sens peu claire, de la courtoisie internationale est déjà proposée dans la décision *Hilton* de 1895 : « La courtoisie, au sens judiciaire, n'est pas une question d'obligation d'une part ; ni une manifestation de simple courtoisie et bonne volonté d'autre part. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation permet sur son territoire [l'application] des décisions des branches législative, exécutive ou judiciaire d'une autre nation, prenant dûment en compte aussi bien son devoir international que le lieu d'adjudication, que des droits de ses propres citoyens ou de toutes autres personnes qui sont placées sous la protection de ses lois<sup>86</sup>. »

---

Voir *U.S. Supreme Court Decides that Chinese Government's Interpretation of PRC Law Should Not Receive Conclusive Deference in Vitamin C Antitrust Case*. Davis Polk & Wardwell, Hong Kong Solicitors [davispolk.com/sites/default/files/2018.07.06\\_us\\_supreme\\_court\\_says\\_interpretation\\_of\\_prc\\_law\\_not\\_to\\_receive\\_deference\\_vitamin\\_c\\_antitrust\\_case.pdf](https://www.davispolk.com/sites/default/files/2018.07.06_us_supreme_court_says_interpretation_of_prc_law_not_to_receive_deference_vitamin_c_antitrust_case.pdf).

<sup>83</sup> « [A] federal court determining foreign law [...] should accord respectful consideration to a foreign government's submission, but the court is not bound to accord conclusive effect to the foreign government's statements [...] When a foreign government makes conflicting statements [...] or, as here, offers an account in the context of litigation, there may be cause for caution in evaluating the foreign government's submission [...] Ruling should be based on many elements, including] the statement's clarity, thoroughness, and support; its context and purpose; the transparency of the foreign legal system; the role and authority of the entity or official offering the statement; and the statement's consistency with the foreign government's past positions. » *Animal Science Product, Inc., et al. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, No. 16-1220, 585 U.S.\_ (2018).

<sup>84</sup> Voir chapitre 8.

<sup>85</sup> Voir Perez, Michel, *The Airbus Triple Resolution: A Landmark Case in Europe and America*, NYU Law School PCCCE Blog: [https://wp.nyu.edu/compliance\\_enforcement/?s=airbus](https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/?s=airbus).

<sup>86</sup> « "Comity," in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the

400. Les juristes américains eux-mêmes ont des appréciations très différentes<sup>87</sup>. Selon le juge à la Cour Suprême Antonin Scalia, le principe devrait être retiré des décisions judiciaires ; pour Michael Ramsay, c'est une source de confusion pour les magistrats et Pamela Bookman observe que la courtoisie internationale peut pratiquement vouloir dire n'importe quoi, alors que Tray Childress suggère qu'il faudrait « reformuler » le principe et en faire une méthode de résolution des conflits de juridictions. Une solution plus cartésienne serait d'énoncer que le principe de courtoisie internationale, selon lequel les tribunaux américains sont tenus de suivre les décisions judiciaires formulées dans le cadre d'autres juridictions, peut s'appliquer, entièrement ou partiellement, mais uniquement au cas par cas et à l'appréciation des magistrats américains.

## **B. Le « canon » *Charming Betsy* : interpréter la loi américaine en évitant les conflits**

401. En droit américain, comme en droit religieux, on nomme *canon* un principe, un dogme qui a valeur universelle. Ainsi le *canon Charming Betsy*<sup>88</sup> complète, tout en étant distinct, le principe de courtoisie internationale. En tant que *canon*, c'est un processus obligatoire que les magistrats américains sont tenus de suivre lorsqu'il peut y avoir un conflit dans l'application d'une loi codifiée (*statute*) américaine avec une loi ou une pratique étrangère. Il tient en une simple maxime, formulée en 1804 par le président de la Cour Suprême, John Marshall : « *An Act of Congress ought never to be construed to violate the laws of nations if any other possible construction remains.* (Un acte du Congrès [c'est-à-dire une loi] ne peut jamais être interprété comme violant la loi des nations tant que demeure une autre interprétation possible).<sup>89</sup> »

---

*legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws.* » *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, p. 163–64 (1895).

<sup>87</sup> Les références dans ce paragraphe proviennent de l'article précité du professeur William S. Dodge, *International Comity in American Law*.

<sup>88</sup> La doctrine moderne évoque le « *canon Charming Betsy* » alors que des textes plus anciens utilisent l'orthographe *Betsey*, avec un « e » avant le « y » final.

<sup>89</sup> U.S. Supreme Court, *Murray v. The Charming Betsey*, 6 U.S. 2 Cranch 64 64 (1804).

Le paragraphe complet dans la décision de la Cour Suprême indique : « *An act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains, and consequently can never be construed to violate neutral rights or to affect neutral commerce further than is warranted by the law of nations as understood in this country.* » (Un acte du Congrès ne doit jamais être interprété comme violant la loi des nations tant que demeure une autre interprétation possible et, par conséquent, ne peut jamais être interprété comme violant les droits neutres ou comme affectant le commerce neutre davantage qu'il n'est garanti par le droit des nations tel qu'on le conçoit dans ce pays.)

Justia, US Supreme Court : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/6/64/>



402. Pour comprendre l'origine du *canon*, il faut remonter à la quasi-guerre franco-américaine<sup>90</sup>. En 1800, à la suite d'arraisonnements de navires américains par des corsaires français et avant l'accord de Mortefontaine, le Congrès américain adopte le *Non-Intercourse Act*, loi interdisant les rapports commerciaux « entre toute personne ou personnes résidant sur le territoire des États-Unis ou sous la protection de la loi américaine, d'une part et, d'autre part, toute personne ou personnes résidant sur le territoire de la République française ou ses dépendances. » Un navire qui violerait cet embargo est susceptible d'être capturé, confisqué, sa cargaison liquidée et son équipage condamné, s'il s'avère que le navire est, même partiellement, propriété d'un citoyen ou résident américain, ou s'il est au service d'un citoyen ou résident des États-Unis. En juillet 1801, la goélette *Charming Betsy* est abordée par un navire de guerre américain sous le commandement du capitaine Alexander Murray qui établit que la goélette est de fabrication américaine, a appartenu à des citoyens américains et que sa destination est la Guadeloupe, territoire français. Toutefois, quelques mois avant l'abordage, le navire a été régulièrement acquis lors d'un marché conclu dans l'île de Saint-Thomas, alors colonie danoise<sup>91</sup>, par Jared Shattuck qui s'identifie comme citoyen danois. Le vaisseau dont il est devenu propriétaire navigue sous pavillon danois. Le capitaine Murray, qui pense appliquer le *Non Intercourse Act*, prend possession de la goélette et la conduit au port de Philadelphie où elle est désarmée, sa cargaison vendue au profit du capitaine Murray et ses hommes, et l'équipage emprisonné en attendant d'être jugé. On découvre ensuite que Jared Shattuck est né aux États-Unis, mais est devenu citoyen danois. Le consul à Philadelphie du Danemark, pays qui est resté neutre durant la quasi-guerre, intervient alors auprès des autorités américaines, affirmant que le vaisseau est légalement sous protection danoise. Il demande la restitution de la goélette, des dédommagements pour saisie illégale et la libération immédiate de l'équipage, ce qui est accordé en première instance et confirmé en appel. Mais le capitaine Murray s'estime lésé par ces décisions et l'affaire est donc transmise à la Cour Suprême. Le juge Marshall dans sa décision reconnaît qu'il existait des présomptions (origine américaine du navire, nationalité de naissance de Jared Shattuck) sur la base desquelles Murray aurait pu estimer de bonne foi que le *Non-Intercourse Act* était applicable. Mais au moment de la capture, la goélette était bien sous pavillon danois selon les pratiques internationalement reconnues et, selon les mêmes coutumes,

---

<sup>90</sup> Voir ci dessus.

<sup>91</sup> L'île de Saint Thomas est vendue par le Danemark aux États-Unis en 1917 et fait désormais partie des îles Vierges américaines.

Jared Shattuck doit être considéré *bona fide* comme citoyen danois. Dans ces conditions, prenant en considération les décisions des autorités danoises relatives à l'enregistrement du navire et la naturalisation du propriétaire, et le Danemark étant resté neutre dans la quasi-guerre franco-américaine, le *Non-Intercourse Act* n'est pas applicable. La goélette doit donc être remise au représentant danois et son propriétaire a droit à des compensations. Dans cette affaire, une interprétation de la loi américaine, considérant que Shattuck étant né aux États-Unis est toujours citoyen américain, était en conflit avec la loi danoise portant sur sa naturalisation en 1797 et les us et coutumes internationaux. Mais la Cour a donné la priorité à l'interprétation danoise.

403. Contrairement au principe de courtoisie internationale qui a fait l'objet de multiples interprétations et discussions, le canon *Charming Betsy* a toujours été respecté par les tribunaux américains. Par exemple en 1988 : il y est fait référence explicitement dans une décision judiciaire *United States vs Palestine Liberation Organization*<sup>92</sup>. Dans ce jugement, le tribunal d'appel décide que l'OLP (*Palestine Liberation Organization* en anglais, PLO) peut conserver un bureau à New York dans le cadre de sa représentation aux Nations Unies, même si une loi antiterroriste des États-Unis, le *Anti Terrorism Act*, interdit toute activité de cette organisation sur le territoire américain<sup>93</sup>. Dans ce cas, la Cour a donné la priorité à l'accord entre les États-Unis et les Nations Unies dont le siège est à New York.

404. Avec le développement de relations internationales de plus en plus globalisées, *Charming Betsy* est utilisé de manière normative pour minimiser les risques de conflits de lois avec les souverains étrangers. Ainsi le code des relations internationales des États-Unis<sup>94</sup> dans sa troisième

---

<sup>92</sup> *United States v. Palestine Liberation Organization*, 695 F. Supp. 1456 (S.D.N.Y. 1988) : « *It has been maxim of statutory construction since the decision in Murray v. The Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 [2 L. Ed. 208] (1804), that "an act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations, if any other possible construction remains...."

Voir Justia : <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/695/1456/2346009/>

<sup>93</sup> La conclusion du jugement précise : « *The Anti-Terrorism Act does not require the closure of the PLO Permanent Observer Mission to the United Nations nor do the act's provisions impair the continued exercise of its appropriate functions as a Permanent Observer at the United Nations. The PLO Mission to the United Nations is an invitee of the United Nations under the Headquarters Agreement and its status is protected by that agreement. The Headquarters Agreement remains a valid and outstanding treaty obligation of the United States. It has not been superseded by the Anti-Terrorism Act, which is a valid enactment of general application.* » (La loi antiterrorisme n'implique pas la fermeture de la mission permanente d'observation de l'OLP auprès des l'ONU, pas plus que les clauses de la loi n'empêchent la poursuite de l'exercice de ses fonctions appropriées d'observateur permanent à l'ONU. La mission de l'OLP à l'ONU est un invité des Nations Unies selon l'Accord de siège et son statut est protégé par cet accord. L'Accord de siège demeure une obligation conventionnelle valide et en vigueur pour les États-Unis. Il n'a pas été remplacé par la loi antiterroriste, qui est un texte valide d'application générale.)

<sup>94</sup> *Restatement of the Law (Third) The Foreign Relations Law of the United States*:

édition de 1990 reprend en l'élargissant la maxime de Marshall : « Dans la mesure de l'équité, une loi des États-Unis doit être comprise de manière à ne pas créer de conflit avec une loi d'une autre juridiction ou un engagement international des États-Unis.<sup>95</sup> » Il existe en fait un désir d'harmonisation partagé par les magistrats de multiples juridictions et on retrouve un langage similaire dans un jugement de 2019 de la Cour européenne de justice.<sup>96</sup> Dans cette perspective, *Charming Betsy* devient, pour les magistrats américains, un moyen de coordination pour promouvoir, en harmonie avec leurs homologues étrangers, certaines doctrines généralement admises (comme la protection des droits de l'homme ou de l'environnement).

L'emploi du *canon* dans les attendus ou motifs des jugements se généralise. Il motive ainsi les magistrats américains à mieux connaître et à tenir compte dans leurs décisions des normes des droits étrangers et du droit international, écrit ou coutumier. Enfin, il encourage aussi la conclusion de traités internationaux ou de conventions afin de fixer des normes qui s'appliquent à un ensemble de juridictions et atténuent les risques d'interprétations différentes et de malentendus. Le juge Breyer note que cette démarche s'inscrit bien dans la tradition américaine car on peut assumer que le Congrès désire que l'interprétation de la loi par les magistrats soit conforme à la loi internationale coutumière<sup>97</sup>. Certains juristes, dont le professeur Hughes, voient ainsi *Charming Betsy* comme un moyen à la fois d'affirmer le principe de séparation des pouvoirs et de promouvoir globalement les systèmes de *Rule of Law* par opposition aux régimes autocratiques.

---

[https://library.law.yale.edu/restatement-law-third-foreign-relations-law-united-states#:~:text=Home-,Restatement%20of%20the%20Law%20\(Third\)%20The%20Foreign%20Relations%20Law%20of,international%20law%20in%20American%20jurisprudence.](https://library.law.yale.edu/restatement-law-third-foreign-relations-law-united-states#:~:text=Home-,Restatement%20of%20the%20Law%20(Third)%20The%20Foreign%20Relations%20Law%20of,international%20law%20in%20American%20jurisprudence.)

<sup>95</sup> « *Where fairly possible, a United States statute is to be construed so as not to conflict with international law or with an international agreement of the United States.* »

Cité par Hughes, Justin, « *The Charming Betsy Canon, American Legal Doctrine and the Global Rule of Law* », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, October 2020, volume 53 Number 4, p. 1156.

<sup>96</sup> Affaire C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond v. Tom Kabinet Internet BV*, 2019 E.C.R. 38 263/18 : « *EU legislation must [...] so far as possible be interpreted in a manner that is consistent with international law, in particular where its provisions are intended specifically to an international agreement concluded by the European Union* » Cité par Hughes, Justin, *ibid.*, p. 1158.

<sup>97</sup> Dans un arrêt de 2004, *F. Hoffmann-Laroche vs Empanagram SA*, la Cour Suprême avalise cette approche : « *This rule of construction [the Charming Betsy canon] reflects principles of customary international law – law that we must assume, Congress ordinarily seeks to follow.* » Voir *Justia F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S. A.*, 542 U.S. 155 (2004), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/155/>

## C. Les doctrines et mécanismes de résolution de conflits avec les juridictions étrangères

405. Afin de mieux comprendre comment naissent certains contentieux judiciaires franco-américains, méritent d'être mentionnés quelques arrêts, théories ou doctrines auxquelles les juges américains peuvent faire référence pour asseoir leurs décisions. Certains éléments se retrouvent, parfois sous des formes légèrement différentes, en droit français (doctrine des effets), d'autres sont spécifiques au système judiciaire américain (*Alien Tort Status*).

Le cas *Filartiga* en 1984 semblait laisser présager une posture plus internationaliste des magistrats américains, mais la jurisprudence, en sens contraire, a plutôt conduit à l'affirmation du principe de non-extraterritorialité. On note ainsi au cours de quatre dernières décennies différentes tendances, parfois dans des directions opposées, que les juristes américains eux-mêmes peinent à démêler. Nous nous limiterons donc ici à une brève analyse des doctrines les plus souvent invoquées et examinerons un cas pratique, l'accord signé par la SNCF en 2014, où l'environnement judiciaire américain a conduit à la signature d'un accord qui n'aurait pas eu de raison d'être en droit français.

### 1. L'*Alien Tort Statute*<sup>98</sup> et ses interprétations (*Filartiga*, *Sosa*, *Kiobel*, *Arab Bank*)

406. Parmi les pratiques justifiant un rôle international accru des États-Unis, l'*Alien Tort Statute*, ou ATS, est la doctrine la plus souvent invoquée. L'ATS est une partie de la section qui traite des affaires internationales (*foreign-affairs-related provisions*) du *Judiciary Act* de 1789 qui organise le système judiciaire américain. Elle dispose : « Les tribunaux de district seront compétents en première instance pour statuer sur toute action civile en responsabilité délictuelle engagée par un étranger, trouvant sa source dans une violation du droit des gens ou un traité auquel les États-Unis sont partie<sup>99</sup> ». La loi contient quatre éléments principaux<sup>100</sup> : a) l'ATS est une procédure au civil (et non au pénal) ; b) elle est engagée par un étranger (*alien*) devant les tribunaux américains ; c) pour réclamer un dédommagement à la suite d'un acte identifié d) comme une violation du droit des gens (*the Law of Nations*) ou un traité auquel les États-Unis sont partie.

---

<sup>98</sup> Voir en particulier le chapitre 6 « S'ouvrir à l'étranger : l'*Alien Tort Statute* et les droits de l'homme » dans l'ouvrage de Stephen Breyer, *La Cour Suprême, le droit américain et le monde*, p.149 et suivantes.

<sup>99</sup> Nous citons ici la traduction en français trouvée dans l'ouvrage ci-dessus, p.150.

<sup>100</sup> D'après Mulligan, S, *The Rise and Decline of the Alien Tort Statute*, Congressional Research Service, June 6, 2018, Washington D.

La loi à l'origine est rédigée comme un moyen de remédier à des incidents diplomatiques antérieurs à l'entrée en vigueur de la constitution américaine en 1789. En 1784 à Philadelphie, le consul général de France, François Marbois, est agressé dans la rue par un ancien officier français, Charles de Longchamps. La France proteste officiellement auprès du Congrès continental, organe souverain des États-Unis selon les *Articles de la Confédération*<sup>101</sup> alors en vigueur, et réclame l'extradition vers la France de l'agresseur. Mais l'État de Pennsylvanie refuse d'obtempérer<sup>102</sup> et le Congrès ne peut que présenter des excuses à la France en expliquant l'imbroglio juridique. Un autre incident a lieu en 1787 lorsqu'un policier de la ville de New York pénètre, pour procéder à une arrestation, dans la maison de l'ambassadeur des Pays-Bas, pays qui se plaint à son tour auprès du Secrétaire d'État récemment nommé, John Jay<sup>103</sup>. Ainsi à l'origine l'objectif de l'ATS est de créer un mécanisme qui, avec le développement de l'immunité diplomatique, permet principalement de résoudre équitablement des problèmes impliquant des personnes étrangères victimes d'actes commis sur le territoire américain.

407. Un usage plus large de l'ATS apparaît en 1794, lorsqu'un groupe d'Américains se joint à des corsaires français lors d'un raid sur la colonie britannique du Sierra Leone. L'ambassadeur britannique aux États-Unis se plaint que le raid est un acte de piraterie en violation du tout récent traité de libre commerce (*Jay Treaty*) entre la Grande Bretagne et les États-Unis et demande que les pirates américains soient punis. En réponse, le ministre de la Justice américain explique qu'il n'a pas compétence pour connaître d'événements qui se sont déroulés loin des côtes américaines mais, faisant allusion aux dispositions de l'ATS, suggère que les victimes des actes de piraterie commis par des Américains intentent une action devant les tribunaux américains qui seraient alors compétents. Le pirate représentait alors l'« ennemi commun de l'humanité ; ainsi dans n'importe quel pays un pirate capturé encourait la pendaison et ses possessions pouvaient être saisies pour dédommager ses victimes. <sup>104</sup> »

Les tentatives de poursuites judiciaires en utilisant l'ATS ont eu des résultats variables.

---

<sup>101</sup> Les *Articles de la Confédération* (*Articles of Confederation*), adoptés par les Treize colonies britanniques d'Amérique du Nord en 1776, établissent un gouvernement central permanent, le Congrès pour les États-Unis, mais chaque État conserve sa souveraineté. Les *Articles* sont remplacés en 1789 par la nouvelle constitution, toujours en vigueur.

<sup>102</sup> La Pennsylvanie décide par la suite de poursuivre Longchamps devant ses propres tribunaux.

<sup>103</sup> Il deviendra par la suite le premier président de la Cour Suprême.

<sup>104</sup> Stephen Breyer, *op. cit.*, p. 152.

#### a. Le cas *Filartiga* et ses suites

408. Pendant près de deux siècles, l'ATS est très peu évoqué dans les plaidoiries devant les tribunaux américains. Il se trouve ressuscité dans les années 1980 grâce à une affaire qui connaît un grand retentissement médiatique : le cas *Filartiga vs. Pena-Irala*, jugé par un tribunal fédéral de New York puis confirmé en 1984<sup>105</sup>. La principale plaignante est Dolly Filartiga, originaire du Paraguay, mais résidente aux États-Unis. En 1976, à Asuncion au Paraguay, le frère de la plaignante a été arrêté, torturé et assassiné dans des conditions particulièrement violentes par un certain Pena-Irala, un des dirigeants de la police paraguayenne aux ordres du dictateur Stroessner. Pena-Irala avait aussi menacé Dolly Filartiga de lui faire subir un sort semblable à celui de son frère, ce qui l'avait conduite à émigrer aux États-Unis. Pena-Irala, le tortionnaire, quitte à son tour le Paraguay pour s'établir à New York en 1980. Apprenant la présence du bourreau de son frère aux États-Unis, Dolly, aidée par un groupe d'avocats militants, dépose une plainte au civil contre Pena-Irala au titre de l'ATS ; son argument est que le meurtre de son frère lui a causé un dommage irréparable ; que les actions de Pena-Irala constituent un délit au regard du droit des gens (torture et assassinat politiquement motivés) et elle demande donc un dédommagement. Le tribunal en première instance se déclare incompétent, mais la plaignante interjette appel et le cas arrive devant la cour présidée par le juge Henry Friendly qui se déclare prêt à écouter le cas : « Nous jugeons qu'un acte de torture commis par un fonctionnaire contre une personne en détention viole les normes du droit international de la personne et, partant, du droit des gens [...] En responsabilité civile, le tortionnaire est devenu comme le pirate et le trafiquant d'esclaves avant lui, *hostis humani generi*, un ennemi de toute l'humanité. <sup>106</sup> » Cette décision autorise la plaignante à poursuivre son action devant le juge du fond qui accorde à Dolly Filartiga et son père Joel des dommages et intérêts de plus de dix millions de dollars. Le jugement toutefois ne peut être exécuté car, après la décision du juge Friendly, Pena-Irala avait quitté les États-Unis pour retourner au Paraguay. Malgré cela, la plaignante se déclare satisfaite d'avoir pu affronter le meurtrier de son frère.

409. L'ATS apparaît alors comme un moyen de saisir les tribunaux de litiges autour des droits humains fondamentaux et, les années suivantes, une série de plaintes sont déposées devant les

---

<sup>105</sup> *Filartiga v. Pena-Irala*, 577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y. 1984),  
<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/577/860/1496989/>

Voir aussi : [https://www.bloomberglaw.com/product/blaw/document/XABG88?utm\\_source=casebriefs](https://www.bloomberglaw.com/product/blaw/document/XABG88?utm_source=casebriefs).

<sup>106</sup> Cité dans Breyer, Stephen, *op. cit.*, p. 153 et 154.

tribunaux américains<sup>107</sup>. La plupart des juges toutefois adoptent des positions plus conservatrices que Henry Friendly, en partie pour éviter que les tribunaux ne soient engorgés par des cas de plaignants étrangers. Progressivement, le domaine d'application de l'ATS se trouve défini plus restrictivement, par exemple les actes commis par des acteurs non étatiques sont en principe exclus<sup>108</sup> alors que les défenseurs et leurs avocats contestent la juridiction américaine au nom du *Foreign Sovereign Immunity Act*.

Trois affaires qui vont jusqu'à la Cour Suprême montrent les difficultés d'application de l'ATS : *Sosa*, *Kiobel* et *Arab Bank*.

#### b. Les limitations de l'ATS : les cas *Sosa*, *Kiobel* et *Arab Bank*

410. Dans la première affaire, *Alvarez-Machain*, citoyen mexicain et médecin, qui travaille pour un gang de narco-trafiquants, est enlevé au Mexique et transféré contre sa volonté par une agence de l'administration américaine aux États-Unis. L'unité qui a procédé à l'enlèvement est dirigée par *Sosa* auquel *Alvarez-Machain*, libéré et de retour au Mexique, réclame des dommages et intérêts sous couvert de l'ATS. Le cas arrive devant la Cour Suprême<sup>109</sup> qui estime dans son jugement de 2004 que l'ATS vise uniquement « un ensemble étroit de violations du droit des gens [définis par le texte de 1789], admettant un recours judiciaire à condition de ne pas entraîner de graves conséquences dans les relations internationales.<sup>110</sup> » La Cour Suprême ne défend pas l'enlèvement et le transfert transfrontalier d'*Alvarez-Machain*, mais note que ce possible délit n'est pas couvert dans le texte original de la loi. En effet, seules trois infractions sont couvertes : violation de sauf-conduits, empiétement sur les droits des ambassadeurs et actes de piraterie (*violation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy*). Or les raisons

---

<sup>107</sup> Selon le juge Breyer, environ 80 de ces plaintes sont examinées au niveau des cours d'appel, *op cit.*, p. 155.

<sup>108</sup> Dans le cas *Karadzic* toutefois, une cour de New York estime qu'une entité politique autoproclamée, Republika Srpska, peut au regard de l'ATS être assimilée à un État : *S. Kadic & Others vs Radovan Karadzic, Defendant-appellee*, 74 F.3d 377 (2d Cir. 1996).

<sup>109</sup> *Sosa v. Alvarez*, Justia : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/692/>.

<sup>110</sup> Nous citons *Machain*, 542 U.S. 692 (2004) : ici l'analyse de Breyer; *op cit.*, p. 168.

Le texte même du jugement est encore plus restrictif, il indique : “*The reasonable inference from history and practice is that the ATS was intended to have practical effect the moment it became law, on the understanding that the common law would provide a cause of action for the modest number of international law violations thought to carry personal liability at the time: offenses against ambassadors, violation of safe conducts, and piracy.* » (La conclusion raisonnable que l'on peut tirer de l'histoire et de la pratique est que l'ATS était destiné à avoir un effet pratique au moment où il est devenu loi, étant entendu que la *common law* offrirait une cause d'action pour le nombre modeste de violations du droit international que l'on pensait pouvoir entraîner une responsabilité personnelle à l'époque : offenses aux ambassadeurs, violation des sauf-conduits et piraterie.)

pour invoquer l'ATS doivent être des violations de normes du droit des gens « spécifiques, universellement reconnues et contraignantes <sup>111</sup> ». Cette position conduit à débouter le plaignant. Ce cas crée une jurisprudence d'interprétation littérale de l'ATS qui se confirme ultérieurement.

411.L'affaire *Kiobel*<sup>112</sup> est jugée en dernier ressort par la Cour Suprême en 2013. Elle met en cause une société de droit privé, Royal Dutch Petroleum Co, plus connue comme le groupe pétrolier Shell. Comme on l'a vu, le droit américain reconnaît la responsabilité civile et pénale des personnes morales<sup>113</sup> et il était donc demandé aux tribunaux de statuer sur la recevabilité d'une plainte dans le cadre de l'ATS. Dans le cas précis, la principale plaignante, Esther Kiobel, réside aux États-Unis mais a émigré d'une région du Nigeria où des filiales du groupe Shell ont fourni une aide matérielle et financière à des groupes armés rattachés à l'armée nigériane. Ces groupes se sont rendus coupables d'exactions (pillages, viols, meurtres, extorsions) qui sont des infractions au droit des gens. Les victimes incluent l'époux d'Esther Kiobel et d'autres membres de sa famille. Mais la Cour Suprême rappelle sa position dans le cas *Sosa* et note que la responsabilité des personnes morales n'est pas prévue dans le texte original de l'ATS ; de plus la présomption de non-extraterritorialité s'applique à l'ATS comme à d'autres lois. Les plaignants sont en l'occurrence déboutés car leur demande ne présente pas de liens suffisants avec les États-Unis.

412.La troisième affaire qui marque les limites pratiques de l'application de l'ATS est le cas *Jesner vs Arab Bank PLC*<sup>114</sup> tranché par la Cour Suprême en 2018. Les plaignants, environ six mille personnes ou leurs héritiers, pour la plupart étrangers, se présentent comme les victimes d'actes commis par des terroristes en Israël, Cisjordanie, Jérusalem et Gaza entre 1995 et 2005. La commission de ces actes, selon les plaignants, a été rendue possible par l'appui matériel et financier que quatre organisations terroristes ont reçu de Arab Bank PLC, banque dont le siège se trouve en Jordanie, mais qui possède une agence à New York par laquelle transitaient des fonds collectés par une institution de bienfaisance au Texas, en réalité une entité paravent pour des groupes islamistes. La banque est accusée d'avoir servi de conduit pour des « paiements aux martyrs », qui sont les sommes versées aux familles des terroristes qui avaient participé aux exactions. Les plaignants sollicitent le blocage et la confiscation des actifs de Arab Bank qui serviraient à

---

<sup>111</sup> *specific, universal, and obligatory*, *Sosa v. Alvarez*, 542 US at 732 p. 3.

<sup>112</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013) ;  
voir <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/>

<sup>113</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie.

<sup>114</sup> Voir <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/16-499/case.pdf>.



indemniser les victimes du terrorisme. Dans sa décision, la Cour, sans s'exprimer sur le fond, rappelle les précédents de *Kiobel* et *Sosa* et note une nouvelle fois que l'ATS ne prévoit pas la saisie ou confiscation de biens de personnes morales, aux États-Unis ou à l'étranger, et annonce qu'en la matière, la décision reviendrait à l'exécutif. Ainsi la conclusion de l'opinion majoritaire rédigée par le juge Kennedy indique que « la formulation de principes de lois qui affectent les relations internationales [...] sont des matières que les organes du pouvoir exécutif sont en meilleure position pour définir et articuler. Pour ces raisons, la déférence judiciaire requiert que toute décision concernant la responsabilité de personnes morales étrangères pour des violations de lois étrangères [non américaines] doit être déterminée en première instance par les organes politiques du gouvernement<sup>115</sup>. »

413. On note ainsi que si l'*American Tort Statute* a suscité chez certains, en particulier dans les années 1980 avec l'affaire *Filartiga*, l'espérance que les tribunaux américains participeraient activement à la poursuite de crimes graves contre l'humanité, en pratique, les juges états-uniens au cours des dernières décennies se sont plutôt efforcés de ne pas empiéter sur les prérogatives du Congrès et, surtout, de l'exécutif. Cette tendance à « botter en touche » de la part des magistrats se manifeste aussi par le développement de la doctrine du *forum non conveniens*.

## 2. La doctrine du *forum non conveniens*

414. Selon cette doctrine, un tribunal a la possibilité de refuser d'écouter un cas lorsqu'il estime qu'une autre juridiction serait plus appropriée. Il ne s'agit pas d'un refus de compétence (qui serait couvert par la doctrine du *forum non competens*), mais d'un transfert de compétence : la cour s'estime compétente mais estime qu'une autre cour serait mieux à même de rendre la justice dans un cas spécifique. La décision de *forum non conveniens* est donc discrétionnaire et, en cas de litige transnational, dépend du seul tribunal américain concerné en première instance. La décision n'est pas un jugement sur le fonds, elle encourage simplement le plaignant, ou les parties, à présenter le cas à une autre juridiction.

---

<sup>115</sup> « *The formulation of principles of international and domestic law are matters that the political branches are in the better position to define and articulate. For these reasons, judicial deference requires that any imposition of corporate liability on foreign corporations for violations of international law must be determined in the first instance by the political branches of the Government.* »

415.L'origine de cette doctrine remonte aux pratiques de droit commercial auxquelles avaient recours les tribunaux écossais du XVIII<sup>e</sup> siècle. Elle s'est ensuite propagée jusqu'aux tribunaux anglais puis américains qui suivent les mêmes principes de *common law*. La préoccupation première des magistrats est double : assurer les parties que le tribunal a les qualifications techniques nécessaires (ce qui n'était pas toujours le cas lorsqu'il s'agissait de litiges concernant des affaires maritimes complexes) et offrir aux parties en litige un endroit géographique adéquat qui leur permette relativement facilement de présenter leurs preuves et surtout de faire comparaître d'éventuels témoins ou experts. Aux États-Unis, la doctrine peut s'appliquer aussi bien au niveau des États fédérés<sup>116</sup> qu'au niveau fédéral. Une autre préoccupation, très pragmatique<sup>117</sup>, apparaît, principalement dans le ressort de l'État de New York, au XX<sup>e</sup> siècle lorsqu'on veut éviter l'engorgement des tribunaux locaux par des affaires impliquant principalement des étrangers. Ainsi la doctrine est un moyen pour le tribunal de se récuser dans les cas « en cube » (*cubed cases*) où le plaignant, le défendeur et éventuellement les victimes se trouvent géographiquement sur le territoire d'une autre juridiction ou à l'étranger. Dans sa version présente, la doctrine repose principalement sur deux décisions de la Cour Suprême : *Gulf Oil Co vs Gilbert* en 1947, qui recommande en particulier l'usage d'un test, et *Piper Aircraft vs Reyno* en 1981 qui s'efforce de délimiter la compétence des tribunaux américains.

416.La première affaire concerne principalement un litige entre un plaignant (Gulf Oil) dont le siège social se trouve dans l'État de New York mais contre un défendeur (Gilbert) qui se trouve en Virginie où les faits matériels (un incendie en l'occurrence) qui ont donné lieu au dépôt de plainte se sont produits. Le plaignant, qui réclame une indemnisation de \$365 000, enregistre initialement la plainte dans l'État de New York, se fondant sur la règle de procédure selon laquelle « au civil, un plaignant peut [à sa discrétion] entamer la procédure dans le ressort judiciaire d'une des parties [plaignant ou défendeur].<sup>118</sup> » La question du choix du tribunal compétent est l'objet d'un appel et, en dernier ressort le cas est soumis à la Cour Suprême. Dans sa décision de 1947,

---

<sup>116</sup> Chaque État fédéré a ses propres *statutes* (codes) en particulier en matière commerciale et en droit privé.

<sup>117</sup> Dans une décision en 1910, *Pietraroia vs NJ & HR Ry. & Ferry Co. (NY 1910)*, un tribunal explique sa décision de se récuser : « Il n'est pas tolérable que le fonctionnement de nos tribunaux chargés d'administrer la justice soit entravé et que les contribuables de cet État [New York] supportent les dépenses engagées pour remédier à des fautes commises dans un autre État pour le seul bénéfice des citoyens de cet autre État [...] », cité par Gardner, Maggie, « *Retiring Forum Non Conveniens* », *New York University Law Review*, 2017, Vol. 92, p. 403

<sup>118</sup> Règle de procédure 28 § 1391(b) U.S.C.: "A civil action may be brought in a judicial district in which any defendant [party] resides [...]"

*Gulf Oil Corp. vs. Gilbert*<sup>119</sup>, la Cour, avant d'attribuer la compétence aux tribunaux de Virginie quant au fonds, recommande que lorsqu'une partie (plaignant ou défendeur) demande un changement de lieu de jugement (*for*), le tribunal procède à un test en deux parties : a) d'abord une évaluation des alternatives (*balancing test*) prenant en considération les conditions d'accès aux preuves ; la proximité géographique des parties avec le lieu envisagé, les intérêts respectifs des parties, la capacité de la Cour à formuler un jugement équitable qui résolve le litige ; puis b) la complexité spécifique du cas, en particulier il convient de s'assurer qu'aucune partie ne subira de préjudice et que les droits de la défense sont effectivement garantis. Le changement de *for* peut être demandé par une des parties, auquel cas la Cour procède au test en deux parties, ou par la Cour elle-même (*sua ponte*) si elle estime, avant même l'ouverture du procès, qu'il existe des circonstances impérieuses qui peuvent motiver le transfert du *for*.

417. La doctrine du *for non conveniens* est encore précisée, en particulier dans le cadre international, par la décision *Piper Aircraft vs Reyno*<sup>120</sup> en 1981. En l'occurrence, les héritiers des victimes d'un accident d'avion survenu en Écosse réclament des dédommagements à la société Piper, fabricant américain de l'appareil qui s'est écrasé mais qui avait été dûment homologué et enregistré au Royaume Uni. Dans ce cas la Cour Suprême, après avoir écouté les avocats des parties, note que les passagers qui ont péri n'ont pas de lien particulier avec les États-Unis et que les cours écossaises sont légitimement compétentes pour juger des litiges émanant d'accidents aériens survenus sur leur territoire, même si les lois applicables sont différentes<sup>121</sup> et que les indemnités habituellement accordées par les tribunaux écossais ne sont pas aussi généreuses que celles octroyées par les cours californiennes. En somme, surtout dans les cas internationaux, si les plaignants dans certaines limites peuvent présenter leur cas à une juridiction américaine s'il existe un lien de rattachement, le fait que la loi en vigueur dans le lieu d'adjudication leur soit plus ou moins favorable, n'est pas un facteur retenu dans une décision de *forum non conveniens* dès lors que le litige peut être résolu de manière procéduralement équitable<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), voir Justia: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/501/>

<sup>120</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981), voir Justia: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/454/235/>.

<sup>121</sup> Selon le lieu d'adjudication la loi applicable serait écossaise ou californienne.

<sup>122</sup> “The possibility of a change in substantive law should ordinarily not be given conclusive or even substantial weight in the *forum non conveniens* inquiry. [...] Even aside from the question whether Scottish law might be applicable in part, all other public interest factors favor trial in Scotland, which has a very strong interest in this litigation. The accident occurred there, all of the decedents were Scottish, and apart from petitioners, all potential parties are either Scottish or English.» (La possibilité d'un changement dans le droit substantiel ne devrait normalement

418. Depuis le cas *Piper* deux décisions de la Cour Suprême, *Sinochem International Co. Ltd. v. Malaysia International Shipping Corp*<sup>123</sup> (2007) et *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. District Court for the Western District of Texas*<sup>124</sup> (2013) affirment et précisent les conditions de la mise en œuvre de *forum non conveniens*. Les tribunaux de première instance ou en appel appliquent régulièrement la doctrine. Par exemple en juin 2020, dans un litige opposant la compagnie aérienne Delta Airlines, dont le siège est à Atlanta, à un passager qui a acheté son ticket en Allemagne mais a déposé sa plainte devant la juridiction d'Atlanta, le juge<sup>125</sup>, sans statuer sur le fonds, a renvoyé l'affaire vers un tribunal allemand. *Forum non conveniens* est ainsi devenu une doctrine permettant aux magistrats américains de se récuser dans des litiges transnationaux.

### 3. La déférence du judiciaire à l'égard de l'exécutif et la doctrine Chevron

419. La « déférence judiciaire (*Judicial Deference*) » est une doctrine constitutionnelle et juridique américaine ancienne mais dont l'invocation s'est multipliée au cours des sept dernières décennies. La doctrine émane de l'interprétation, par les tribunaux, de l'organisation de la séparation des pouvoirs inscrite dans la constitution. Il y a déférence judiciaire lorsque les tribunaux, jusqu'à la Cour Suprême, choisissent de ne pas utiliser leurs prérogatives de contrôle et de pouvoir d'arbitrage « par déférence » envers les décisions prises par des entités d'autres branches du gouvernement, soit la branche législative (le Congrès) ou la branche exécutive (le Président et les administrations/départements ministériels et agences sous son autorité). Dans le cadre de notre étude, c'est principalement la déférence à l'égard du pouvoir exécutif (qui inclut le DOJ et la SEC) qui nous préoccupe. Des débats académiques<sup>126</sup> se poursuivent pour déterminer l'origine précise de la doctrine et ses limites. Mais nous nous limiterons ici à quelques éléments qui touchent à la politique étasunienne de lutte contre la corruption transnationale.

---

pas se voir accorder un poids concluant ou même substantiel dans l'enquête sur le forum non conveniens. [...] Même en dehors de la question de savoir si le droit écossais pourrait être applicable en partie, tous les autres facteurs d'intérêt public favorisent un procès en Écosse, qui a un intérêt très fort dans ce litige. L'accident s'y est produit, tous les défunts étaient écossais et, à part les requérants, toutes les parties potentielles sont soit écossaises soit anglaises.)

<sup>123</sup> *Sinochem Int'l Co. v. Malaysia Int'l Shipping Corp.*, 549 U.S. 422 (2007), voir Justia: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/422/>.

<sup>124</sup> *Atlantic Marine Constr. Co. v. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Tex.*, 571 U.S. 49 (2013). Voir [https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-929\\_olq2.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-929_olq2.pdf)

<sup>125</sup> *Bintu v. Delta Airlines, Inc.*, Civil Action No. 1:19-cv-04775-SDG (N.D. Ga. Jun. 12, 2020).

<sup>126</sup> Voir par exemple Bamzai, Aditya, "The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation", *The Yale Law Journal*, Vol. 126, number 4, February 2017, p.908 et suivantes.

420. Selon Stephen Breyer, juge à la Cour Suprême, « la doctrine énonce que dans certains cas, la constitution ne donne pas au pouvoir judiciaire mais à d'autres branches du gouvernement le pouvoir de décider si une action est en conformité avec elle ; de cette façon les lois, y compris la constitution, ne sont pas nécessairement “silencieuses” ; elles s'appliquent toujours à l'action gouvernementale en question mais il revient au Congrès ou au Président, non aux institutions judiciaires, d'en apprécier la légalité en fonction de la menace pesant sur la sécurité nationale<sup>127</sup>. »

421. Dans son livre *The Age of Deference*, le professeur David Rudenstine énonce : « le consentement du judiciaire de ne pas intervenir dans les cas de sécurité nationale, affaiblit la structure même de contrôles et contrepoids (*checks and balance*) qui est au cœur de la conception constitutionnelle de répartition des pouvoirs [...]. L'ordre constitutionnel ne repose pas seulement sur la distribution du pouvoir en trois branches égales du gouvernement mais sur un système complexe de contrôles et contrepoids qui assume que le pouvoir exécutif n'est pas au-dessus de la loi ; une déférence judiciaire exagérée menace l'ordre constitutionnel.<sup>128</sup> » Comme l'explique l'auteur, la tendance des tribunaux et surtout de la Cour Suprême depuis la Seconde Guerre mondiale a été d'éviter les différends avec le pouvoir exécutif dès que des intérêts de sécurité nationale peuvent être en jeu. Ainsi, dans une décision, depuis très décriée puis annulée, la Cour Suprême le 18 décembre 1944 refuse de lever l'obligation d'internement d'individus d'origine japonaise (*of Japanese descent*) alors que clairement, dans ce cas précis, la personne en question, Fred Korematsu, ne présentait manifestement aucune menace d'ordre militaire<sup>129</sup>. Le prévenu soutient que le décret (*executive order*) ordonnant l'évacuation et l'internement est inconstitutionnel car il repose sur des critères raciaux et discriminatoires et constitue donc une violation des V<sup>e</sup> (mise en accusation injustifiée) et XIV<sup>e</sup> (égale protection sous la loi de tous les citoyens) amendements de la Constitution. Mais dans sa décision, écrite par le juge Black, *Korematsu vs United States*<sup>130</sup>, adoptée par six voix contre trois, la Cour déclare comprendre les souffrances (*hardship*) que la situation crée pour le défendeur, dont la loyauté à l'égard des États-

---

<sup>127</sup> Breyer, Stephen, *La Cour Suprême, le droit américain et le monde*, p. 33.

<sup>128</sup> Rudenstine, David, *The Age of Deference : The Supreme Court, National Security, and the Constitutional Order*, Oxford University Press, Incorporated, 2016, p. 8.

<sup>129</sup> Fred Korematsu, citoyen américain né en Californie et résidant de longue date du comté de San Leandro, refuse pacifiquement de se soumettre à un ordre d'évacuation et d'internement en application d'un décret (*Executive Order*) signé par le président Roosevelt en 1942 ordonnant l'évacuation et l'internement de personnes d'"extraction japonaise" de certaines régions de la côte Ouest des États-Unis. Il est alors arrêté et emprisonné.

<sup>130</sup> Voir *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>.

Unis n'est pas mise en doute, mais affirme qu'en temps de guerre le pouvoir exécutif peut être amené à prendre des décisions exceptionnelles ; elle se garde de statuer sur le fonds mais confirme la validité du décret d'internement<sup>131</sup>. Ce cas est sans doute un exemple extrême de déférence du judiciaire envers les pouvoirs du Président<sup>132</sup>. Les opinions des juges dissidents, Murphy, Roberts et Jackson, sont au moins aussi connues des étudiants en droit américains que la décision elle-même et, fait exceptionnel, celle-ci est officiellement abrogée (*reversed*) en 1984<sup>133</sup>.

422. De nos jours, la capacité juridique d'organismes fédéraux de surveiller les activités d'entités étrangères ou américaines n'est pas contestée, d'autant plus que leurs pouvoirs ont encore été renforcés par la loi AMLA de 2020<sup>134</sup> et que les dispositifs d'enquêtes et de sanctions des organismes administratifs se sont trouvés consolidés.

423. La mise en pratique de la doctrine de la déférence a des conséquences d'au moins trois ordres : d'une part elle décourage les plaignants ou assujettis de demander judiciairement réparation des dommages subis, même s'ils n'ont pas violé la loi ; d'autre part les entités fédérales de régulation<sup>135</sup>, se sentant immunisées, ont tendance à développer de façon autonome leurs propres règles et systèmes de contrôle et sanctions sans nécessairement tenir compte d'intérêts

---

<sup>131</sup> La décision contient le paragraphe suivant : « *Korematsu was not excluded from the Military Area because of hostility to him or his race. He was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures, because they decided that the military urgency of the situation demanded that all citizens of Japanese ancestry be segregated from the West Coast temporarily, and, finally, because Congress, reposing its confidence in this time of war in our military leaders—as inevitably it must—determined that they should have the power to do just this.* » (Korematsu n'a pas été exclu de la zone militaire par hostilité envers lui ou sa race. Il a été exclu parce que nous sommes en guerre contre l'Empire du Japon, parce que les autorités militaires dûment constituées craignaient une invasion de notre côte ouest et se sont senties obligées de prendre des mesures de sécurité appropriées, parce qu'elles ont décidé que l'urgence militaire de la situation exigeait que tous les citoyens d'origine japonaise soient temporairement éloignés de la côte ouest et, enfin, parce que le Congrès, faisant confiance en ce temps de guerre à nos chefs militaires - comme il le doit inévitablement - a déterminé qu'ils devaient avoir le pouvoir de faire exactement cela.)

<sup>132</sup> Le juge Black, qui présidait la Cour Suprême, aurait déclaré à ses collègues en privé : « *Somebody must run this war. It is either Roosevelt or us. And we cannot.* » (Quelqu'un doit diriger cette guerre. Ce sera soit Roosevelt, soit nous. Et nous ne le pouvons pas) D'après les mémoires du juge Frankfurter, cité dans Breyer, Stephen, « *America's Courts Can't Ignore the World* », *The Atlantic*, September 2018.

<sup>133</sup> En 2018 dans une décision *Trump vs Hawai* rédigée par le président de la Cour Suprême, Chief Justice Roberts, il va jusqu'à écrire : « *Korematsu was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and—to be clear—has no place in law under the Constitution.* (Korematsu était une grave erreur le jour de la décision ; celle-ci a été annulée par le tribunal de l'histoire, et - pour être clair - n'a pas de place légale selon la Constitution) ». Voir *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. (2018): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/17-965/>.

<sup>134</sup> Voir ci-dessous, Conclusion.

<sup>135</sup> Notamment en ce qui nous concerne la SEC, la FCC, FinCen ou l'OFAC.

supérieurs ; enfin les magistrats, dans les rares cas où ils sont sollicités, évitent de se prononcer sur le fonds et « bottent en touche. »

424. De plus, l'application de la « doctrine Chevron » renforce les pouvoirs des agences fédérales. En effet le contrôle judiciaire de ces dernières est limité par le principe de déférence tel qu'il a pratiquement été codifié par l'arrêt *Chevron* de 1984.<sup>136</sup> La jurisprudence établit des conditions strictes<sup>137</sup> pour pouvoir entamer une action judiciaire à l'encontre d'une agence administrative fédérale, et par extension les entités dépendantes de l'État fédéral, qui ont, implicitement ou explicitement, reçu délégation du Congrès pour édicter et faire appliquer des règles dans le cadre de leurs compétences. Ces entités sont légitimement habilitées à prononcer des sanctions administratives qui ne peuvent être examinées par le pouvoir judiciaire que si le plaignant justifie de trois conditions : (a) *Injury* (le plaignant doit prouver qu'il a subi un préjudice) ; (b) *Causation* ( la plainte doit montrer qu'il y a une relation directe entre le préjudice subi et une décision de l'agence administrative) ; et (c) *Redressability* (la procédure judiciaire ne peut être engagée que si elle permet de remédier au préjudice). Si toutes ces conditions ne sont pas remplies, les tribunaux « défèrent » automatiquement à l'autorité de l'agence administrative.

#### **D. Les accords spéciaux : l'exemple de la SNCF et le fonds Shoah créé en 2014**

425. Pour les raisons juridiques examinées plus haut, recourir aux magistrats américains pour contester une décision prise par le DOJ ou une agence fédérale comme la SEC dans le cadre d'affaires transnationales paraît hasardeux. Une approche plus pragmatique, même si elle peut sembler coûteuse, est de négocier une solution avec les autorités compétentes. C'est la voie choisie par la SNCF et les autorités françaises pour résoudre un différend concernant les indemnités à verser aux héritiers des victimes de la Shoah.

426. Les membres de la Chambre des Représentants du Congrès américain sont élus ou réélus tous les deux ans. Certains Représentants, pour plaire aux électeurs, peuvent être à l'origine de propositions de lois de type populiste visant un pays ou un groupe particulier. Ces lois peuvent inclure des dispositions clairement extraterritoriales dans le but de perturber les relations internationales (et, accessoirement, de faire réélire les auteurs de la proposition de loi). Par

---

<sup>136</sup> Voir *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984); <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>.

<sup>137</sup> Voir discussion paragraphes 83 et 84 dans l'Introduction.

exemple la *loi Helms Burton* de 1996<sup>138</sup> (dont le titre est *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act* ou *Libertad Act*) inclut des clauses dans son titre III qui permettraient à toute personne américaine, y compris les Américains d'origine cubaine qui ne possédaient pas cette nationalité lorsque leurs biens ont été confisqués par le régime castriste, de déposer devant les tribunaux américains une plainte contre toute entité, notamment étrangère, qui aurait « trafiqué » avec le bien confisqué. Ainsi une personne ayant possédé ou héritière d'un terrain sur lequel une entreprise espagnole ou française aurait récemment construit un hôtel, pourrait réclamer des dommages et intérêts à cette entreprise. Comme la loi elle-même prévoit la caducité de ces dispositions dès qu'un régime démocratique est institué à Cuba, l'objectif est clairement d'empêcher des relations commerciales normales entre Cuba et les pays tiers. La même année, une autre *loi Amato Kennedy* a pour but d'entraver les relations commerciales entre l'Iran, la Lybie et les pays tiers. Une réaction européenne coordonnée avec l'appui d'autres pays comme le Canada et le Japon conduisent à des négociations entre alliés et, en pratique, les États-Unis dérogent à l'application des mesures extraterritoriales<sup>139</sup>. Dans ces deux cas, des pressions diplomatiques ont, de fait, conduit à la non-application de la loi.

427. Dans d'autres occasions, les pressions internationales sont sans effet et, constitutionnellement, si une loi est votée par le Congrès, une fois ratifiée, elle s'impose à l'exécutif, en particulier au DOJ et à ses procureurs. Les juges doivent aussi tenir compte de la loi dans leurs arrêts. Parfois cependant la diplomatie peut permettre de dégager des solutions de compromis. C'est ce qui s'est produit en 2014 dans une affaire où la SNCF était poursuivie devant des tribunaux américains par les ayants droit de personnes qui avaient été déportées par train de France vers les camps de concentration nazis entre 1940 et 1944. Rappelons que la Société Nationale des Chemins de fer Français, SNCF, a été créée en 1937 à la suite de la nationalisation des chemins de fer privés. Comme société d'État, selon le droit et la pratique américaine, il est vraisemblable qu'un tribunal américain jugerait qu'elle est une entité couverte par le *Foreign Sovereign Immunity Act*<sup>140</sup> (FSIA) et, en application du principe de courtoisie internationale

---

<sup>138</sup> On pourra consulter une interprétation de cette loi dans le *Rapport Lellouche-Berger*, *op. cit.*, p. 77 et 119.

<sup>139</sup> Selon le *rapport Lellouche-Berger* : « [...] la réaction européenne avait été efficace : lors du sommet Communauté/États-Unis du 18 mai 1998, les deux parties étaient parvenues à un accord sur la levée des procédures européennes, qui étaient dans le viseur de l'administration américaine (notamment Total pour ses investissements en Iran) et des dispositifs durables de dérogation au profit de ces entreprises, en échange d'engagements européens de principe (tels que de tenter de dissuader l'Iran d'acquiescer des armes de destruction massive) », *op. cit.*, p. 120.

<sup>140</sup> Celui-ci toutefois inclut une clause d'exception en cas de crimes de guerre ou contre l'humanité.



(*international comity*)<sup>141</sup>, le tribunal ne pourrait exercer sa juridiction. La SNCF a de plus dès 1948 établi des programmes pour venir en aide aux victimes de la Shoah ou leurs héritiers.

En principe, selon la jurisprudence française, si durant la Shoah, des confiscations, vols ou autres délits ont été commis dans les wagons ou autres lieux propriétés de la SNCF, les criminels sont des agents allemands ou sous l'autorité du régime de Vichy. Toutefois la question de la responsabilité de la SNCF comme agent ou complice des déportations est soulevée aux États-Unis comme en France. Dans la foulée de la condamnation en 1998<sup>142</sup> de Maurice Papon pour complicité dans les déportations, le tribunal administratif de Toulouse<sup>143</sup> condamne en 2006 l'État et la SNCF. Dans cette affaire, plaidée en France mais suivie par les associations de déportés de la Shoah aux États-Unis, le tribunal repousse la demande de prescription<sup>144</sup> et estime que les victimes « [...] n'ont disposé d'informations suffisantes sur leur créance qu'à partir du milieu des années 1990 [...] plus précisément lorsqu'a été rendu accessible au public le rapport documentaire [...] établi en 1996 par M. Bachelier, chercheur au CNRS, à la demande de la SNCF. » Selon un des plaignants<sup>145</sup> : « Ce n'est qu'à partir de 2001, avec l'arrêt Papon et la déclaration du président Chirac, que les victimes [...] ont compris qu'elles étaient en droit de réclamer réparation. » Vers la même époque plusieurs plaintes groupées (*class actions*) sont déposées par les survivants et ayant droits de déportés résidant aux États-Unis devant les tribunaux américains<sup>146</sup> alors qu'une filiale de la SNCF, Keolis, souhaite répondre à des appels d'offres pour la construction et l'équipement de réseaux ferrés dans les États de Floride, Californie et Maryland. Dans ce dernier État, la législature vote et le gouverneur ratifie une loi qui revient à interdire de marché public

---

<sup>141</sup> Voir ci-dessus, Section 2, a.

<sup>142</sup> Voir Namias, David et AFP, BFM TV le 10 avril 2014, « SNCF et Shoah: le casse-tête judiciaires des victimes américaines » [https://www.bfmtv.com/international/amerique-nord/etats-unis/sncf-et-shoah-le-casse-tete-judiciaire-des-victimes-americaines\\_AN-201404100036.html](https://www.bfmtv.com/international/amerique-nord/etats-unis/sncf-et-shoah-le-casse-tete-judiciaire-des-victimes-americaines_AN-201404100036.html).

<sup>143</sup> Voir *Le Monde* du 6 juin 2006, « La justice condamne l'État et la SNCF pour leur rôle dans la déportation de juifs » [https://www.lemonde.fr/societe/article/2006/06/06/la-justice-condamne-l-etat-et-la-sncf-pour-leur-role-dans-la-deportation-de-juifs\\_780328\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2006/06/06/la-justice-condamne-l-etat-et-la-sncf-pour-leur-role-dans-la-deportation-de-juifs_780328_3224.html).

<sup>144</sup> Déposée par l'avocat de la SNCF, M<sup>e</sup> Arno Klarsfeld. Voir l'article ci-dessus.

<sup>145</sup> Alain Lipietz, député européen dont le père avait été déporté, cité dans l'article ci-dessus.

<sup>146</sup> Un des griefs dans ces plaintes était que la SNCF avait créé un fonds de compensation pour les victimes mais, qu'à l'époque, celui-ci ne pouvait recevoir que des demandes provenant de France, Belgique, République Tchèque, Pologne et Royaume Uni et non des États-Unis. Voir *The Verge*, 7 mars 2014, "*The Holocaust's legacy threatens one company's US rail projects*" <https://www.theverge.com/2014/3/7/5480714/the-holocausts-legacy-threatens-sncf-france-us-rail-projects>.

toute entité qui, directement ou indirectement par un de ses actionnaires, aurait été complice de déportations pendant la Seconde Guerre mondiale<sup>147</sup>.

Les magistrats américains ont ainsi à répondre à une double interrogation : d'une part sur la recevabilité des plaintes (sont-elles couvertes par le FSIA et le principe de courtoisie internationale ?) et d'autre part si les plaintes sont du ressort de l'État fédéral (et non de l'État fédéré ou la plainte a été déposée). Cet imbroglio judiciaire compromet la réputation de la SNCF et, plutôt que d'engager de longues et coûteuses batailles judiciaires, les parties en présence, sous l'impulsion du DOS,<sup>148</sup> négocient un compromis.

428. Ainsi le 8 décembre 2014, après des négociations parfois compliquées par les interventions médiatisées de certains parlementaires ou hommes politiques<sup>149</sup>, est signée à Washington la convention franco-américaine pour la compensation de victimes de déportations de France durant la Shoah qui ne sont pas couvertes par d'autres programmes français d'indemnisation<sup>150</sup>. Le document est défini comme un accord « amiable, extrajudiciaire et non contentieux destiné à résoudre le problème de la compensation desdites personnes <sup>151</sup> » qui n'ont pu bénéficier d'accords antérieurs. Il précise que les deux parties reconnaissent l'immunité souveraine (*sovereign immunity*) de la France et inclut une clause stipulant que le nouveau mécanisme mis en place est l'unique moyen de compensation pour toute plainte relative aux déportations de France lors de la Shoah émanant des États-Unis<sup>152</sup>. Le texte précise aussi que l'accord éteint les autres poursuites aux États-Unis, que ce soit au niveau fédéral, des États fédérés ou de toute entité faisant partie des

---

<sup>147</sup> *Idem*. Voir aussi *Karen Scalin et al. vs Société nationale des chemins de fer français*, Nr. 1887, US Court of Appeals for the Seventh District; Amicus Brief, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/10/Amicus-brief-in-Seventh-Circuit-in-Scalin-v.-SNCF.pdf>.

<sup>148</sup> En particulier Stuart Eizenstat, alors sous-secrétaire d'État en charge des questions de compensation aux victimes de la Shoah.

<sup>149</sup> En particulier le gouverneur du Maryland et le sénateur de l'État de New York Chuck Schumer.

<sup>150</sup> Le titre officiel du document est : *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the French Republic on Compensation for Certain Victims of Holocaust-Related Deportation from France Who Are not Covered by French Programs*.

Voir : [https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/04/us\\_france\\_agreement.pdf](https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/04/us_france_agreement.pdf). Le texte en français suit la version en anglais.

<sup>151</sup> Le texte américain indique : « *[To] resolve[d] by common consent and by way of an amicable, extra-judicial and non-contentious manner to address the issue of compensation for such persons.* »

<sup>152</sup> « *[France] should not be asked or expected to satisfy further claims in connection with deportations from France during the Second World War before any court or other body of the United States of America or elsewhere, Noting that this Agreement constitutes the exclusive and final means for addressing those claims between the United States of America and France* ».

États-Unis d'Amérique<sup>153</sup>. Les autorités françaises s'engagent à financer un fonds spécial de soixante millions de dollars, destiné à indemniser les victimes selon les critères et procédures définis dans l'accord. Cependant le fonds est géré par les seules autorités américaines qui s'engagent à rendre compte périodiquement à leurs homologues français. La procédure est mise en place durant l'année 2015 et les premiers paiements aux victimes ou à leurs ayants droit ont lieu au cours de l'été 2016. Une grande partie des règlements se fait en février 2019 à la satisfaction de l'ensemble des parties concernées<sup>154</sup>.

429. La convention franco-américaine de 2014 nous semble un modèle de solution pragmatique bien qu'elle ait été critiquée par certains parlementaires français<sup>155</sup>. On peut déplorer le paiement des soixante millions de dollars pour financer le fonds spécial mis en place, mais il semble probable que les frais juridiques de batailles judiciaires prolongées auraient coûté autant, sinon plus. Sur le fonds, la question de la compensation des victimes de la Shoah avait été rouverte en France au début des années 2000 et les mécanismes mis alors en place semblaient ne pas couvrir la totalité des déportés ; il paraît difficile de justifier que les victimes américaines de la Shoah en France ou leurs ayants droit ne reçoivent pas des compensations comparables à celles qui sont accordées aux ressortissants d'autres pays. En fin de compte, la convention a contribué à apaiser les rapports entre les deux nations et Keolis, la filiale de la SNCF, gère en 2022 aux États-Unis des systèmes de transport dans les États de Californie, Caroline du Nord, Massachusetts, Nevada, Virginie et

---

<sup>153</sup> Article 2. 2: “[*The objective of this Agreement is to*] Create a binding international obligation on the part of the United States of America to recognize and affirmatively protect the sovereign immunity of France within the United States legal system with regard to Holocaust deportation claims and, consistent with its constitutional structure, to undertake all actions necessary to ensure an enduring legal peace at the federal, state, and local levels of the Government of the United States of America. » ([L'objectif de cet accord est de] créer l'obligation internationale contraignante pour les États-Unis d'Amérique de reconnaître et de protéger de manière positive l'immunité souveraine de la France dans le système juridique des États-Unis en ce qui concerne les demandes de déportation de l'Holocauste et, conformément à sa structure constitutionnelle, d'entreprendre toutes les actions nécessaires pour assurer une paix juridique durable aux niveaux fédéral, étatique et local du gouvernement des États-Unis d'Amérique.)

<sup>154</sup> Voir *Washington Post* du 6 février 2019, “*Holocaust survivors receive reparation for deportations on French trains*”, <https://www.washingtonpost.com/local/trafficandcommuting/holocaust-survivors-receive-reparations-for-deportations-on-french-trains/2019/02/06/69da6d52-2a>.

<sup>155</sup> Lors d'une réunion commune des commissions des finances et des affaires étrangères de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2016, le député Pierre Lellouche déclarait : « La question de l'extraterritorialité s'était posée devant cette commission lorsqu'est venue une convention franco-américaine qui visait à acheter une paix juridique durable avec les États-Unis dans le cas du harcèlement permanent devant les juridictions américaines des ayant-droit des victimes de la Shoah. Ces derniers poursuivaient, en effet, la SNCF aux États-Unis puisqu'elle avait transporté les victimes de la Shoah pendant la Seconde Guerre mondiale alors que la France était sous domination de l'occupant allemand. Il n'en demeure pas moins, malgré l'immunité souveraine, que la France avait jugé bon de signer une convention et de donner 60 millions de dollars pour éteindre les poursuites aux États-Unis. » Voir Travaux de la Commission : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp>.

Washington DC<sup>156</sup>. Le dialogue et la diplomatie peuvent ainsi être les moyens les plus efficaces d'arriver à des solutions peut-être imparfaites mais mutuellement acceptables.

### **Section 3. La présomption de non-extraterritorialité**

430. La présomption de non-extraterritorialité est une conséquence logique du *canon Charming Betsy*. Certains professeurs de droit y voient d'ailleurs une sorte de canon dérivé mais qui a évolué au cours du temps et de la jurisprudence<sup>157</sup>. Jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, la présomption était fondée quasi uniquement sur l'endroit géographique où les faits jugés étaient commis. Elle était donc étroitement liée à une interprétation « territorialiste » qui découle de la jurisprudence d'une décision de la Cour Suprême de 1909<sup>158</sup>. Celle-ci indique qu'appliquer la loi d'un lieu autre que celle de l'endroit où les faits ont été commis « serait une interférence avec l'autorité d'un autre État souverain contraire à la courtoisie internationale [...] La légalité ou non d'un acte doit être entièrement déterminée par la loi du lieu où l'acte a été accompli. »<sup>159</sup>

431. Cette approche est confirmée par une décision de 1991, le cas *Aramco*<sup>160</sup>, qui affirme que les lois américaines sur l'emploi ou la discrimination ne s'appliquent pas hors du territoire des États-Unis, même si l'employé et l'employeur sont de nationalité américaine. Ces lois ne pourraient s'appliquer en dehors des États-Unis que si le texte de loi ou le Congrès l'avait explicitement précisé<sup>161</sup>. Selon certains juristes, la mise en œuvre de la présomption de non-extraterritorialité par la Cour Suprême n'a pas toujours été cohérente et aurait connu une éclipse

---

<sup>156</sup> D'après le site de Keolis consulté le 5 juillet 2021 : <https://www.keolis.com/fr/medias/newsroom/communiqués-presse>.

<sup>157</sup> Voir en particulier l'article de Dodge, William S., « *The new presumption against extraterritoriality* », *Harvard Law Review*, Volume 133, 2020, p. 1582 et suivantes.

<sup>158</sup> *American Banana Co. vs. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

Voir Justia : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/213/347/Extraits>

<sup>159</sup> Extraits de l'arrêt ci-dessus, cités l'article de Dodge précité, p. 1585 : « *[To apply the law of a place other than the place of the act] would be an interference with the authority of another sovereign contrary to the comity of nations.[...] The character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done.* »

<sup>160</sup> *EEOC vs. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244 (1991).

Voir Justia : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/244/>

<sup>161</sup> L'arrêt indique notamment, p. 499 : « *Absent clearer evidence of congressional intent, this Court is unwilling to ascribe to Congress a policy which would raise difficult international law issues by imposing this country's employment discrimination regime upon foreign corporations operating in foreign commerce.[...] It is also reasonable to conclude that, had Congress intended [the law under review] to apply overseas, it would have addressed the subject of conflicts with foreign laws and procedures.* »

de 1950 à 1989.<sup>162</sup> Cependant une nouvelle décision de la Cour Suprême en 2010 dans l'affaire *Morrison* marque une nouvelle étape dans l'interprétation de la présomption qui permet des applications plus larges que la stricte application du territorialisme initial. Nous analysons ainsi quatre affaires qui font jurisprudence et montrent un usage plus étendu de la présomption de non-extraterritorialité, y compris dans des actions de répression de fraudes et de corruption : par ordre chronologique, les cas *Morrison*, *Sidorenko*, *Nabisco*, et *Hoskins*.

#### **A. Le cas *Morrison vs National Australia Bank Ltd***<sup>163</sup>

432. Cette affaire, comme l'explique le juge Breyer, marque une étape importante dans l'« évolution de la Cour [suprême...] sur la question du champ d'application territorial de la règle<sup>164</sup>. » Le plaignant, *Morrison*, représente un groupe d'investisseurs australiens, qui ont acquis en 2000 et 2001 sur les marchés australiens de titres de la *National Australia Bank*, une des plus grandes institutions financières du pays. Or, vers la même époque, la banque avait acquis une entreprise de gestion de prêts hypothécaires en Floride, *Homeside Lending*. Quelques mois plus tard, il s'avère que cette dernière entité avait soit une comptabilité frauduleuse, soit aurait présenté avant l'acquisition des projections financières beaucoup trop optimistes à la banque australienne. Cette dernière est donc conduite à réévaluer à la baisse la valeur de son acquisition, ce qui entraîne une chute du prix du titre et un préjudice financier pour les plaignants. Ceux-ci estiment que la *National Bank of Australia* les a trompés en présentant des états financiers faux au moment où ils ont acheté leurs titres et qu'il y aurait donc eu une violation de la règle 10b-5 du *Securities and Exchange Act* américain de 1934 qui vise la falsification d'états financiers. La question devant la Cour est donc de déterminer si la règle 10b-5 est applicable à ce cas, un élément constitutif de fraude, selon les plaignants, impliquant une société américaine (*Homeside Lending*), alors que les titres de la *National Bank of Australia* qui constituent la base du préjudice ont été émis et achetés en Australie par des investisseurs australiens.

433. Les juges de la Cour Suprême, à l'unanimité, estiment que la législation américaine ne s'applique pas, car la plupart des éléments du cas (titres de la NBA acquis sur les marchés

---

<sup>162</sup> C'est ce que soutient le professeur William S. Dodge. Voir l'article précité p. 1595 et suivantes.

<sup>163</sup> *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010).

Voir Justia : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/247/>.

<sup>164</sup> Breyer, Stephen, *La Cour Suprême, le droit américain et le monde*, op.cit., p. 130.

australiens par des acheteurs résidant en Australie) ne sont pas liés aux États-Unis, mais à une juridiction, l'Australie, qui dispose d'un système judiciaire à même de régler équitablement le litige. Cependant les attendus du jugement et les opinions particulières des juges sont intéressants car ils dénotent une évolution substantielle de la doctrine. Selon le juge Stevens, la compétence de la Cour n'aurait pu être affirmée que par des réponses affirmatives à deux questions préliminaires : a) la conduite illégale s'est-elle produite aux États-Unis ? et b) la conduite illégale avait-elle pour but de produire des effets dommageables pour l'intégrité des marchés américains ? Si la réponse est négative à une des questions, le cas n'a pas lieu d'être plaidé (*has no standing*) devant les tribunaux américains<sup>165</sup>. Pour la majorité des juges de la Cour toutefois, il convient d'analyser les objectifs de la règle 10b de la loi de 1934 et surtout l'application qui en est faite par la SEC qui est chargée de sa mise en œuvre. Or la règle s'applique « seulement en lien avec a) l'achat ou la vente d'une valeur cotée sur un marché américain ; ou b) l'achat ou la vente de toute autre valeur mobilière aux États-Unis<sup>166</sup>. » La Cour ainsi, tout en ne rejetant pas l'interprétation « territorialiste » traditionnelle, préconise d'examiner l'applicabilité de la présomption de non-extraterritorialité au cas par cas en tenant compte de multiples facteurs, notamment le but et les intentions du législateur ainsi que les conséquences que pourrait avoir une décision dans un sens ou un autre. Elle affirme par ailleurs le principe de base qu'une loi n'a *pas* normalement de portée extraterritoriale<sup>167</sup> ; l'application extraterritoriale est ainsi une exception à la règle générale. Plus spécifiquement en ce qui concerne la fraude, la Cour reconnaît que « la réglementation des autres pays diffère souvent de la nôtre quant aux éléments constitutifs d'une fraude, à l'obligation de révélations, aux préjudices indemnisables, à l'admissibilité des preuves, à la jonction de plaintes individuelles dans une action commune, à la possibilité de recouvrer les frais d'avocats et à de nombreux autres aspects<sup>168</sup>. » Avant de juger cette affaire dont la portée transnationale n'avait pas échappé à de nombreuses juridictions, la Cour avait reçu et examiné des memoranda *d'amicus curiae*<sup>169</sup> présentant les points de vue des autorités ou de groupes professionnels allemands,

<sup>165</sup> Nous résumons ici l'analyse faite par le juge Breyer dans son ouvrage précité, p. 135.

<sup>166</sup> D'après Breyer, Stephen, *ibid.*, p.136.

<sup>167</sup> « La législation du Congrès, sauf mention expresse d'une intention contraire, a vocation à s'appliquer uniquement dans les limites de la compétence territoriale des États-Unis » *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, p. 255; cité dans sa traduction en français dans Breyer, Stephen, *ibid.*, p. 137.

<sup>168</sup> *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, p. 269 ; cité dans sa traduction en français dans Breyer, Stephen *ibid.*, p. 137 et 138.

<sup>169</sup> La procédure américaine permet à toute partie qui s'estime pouvoir être affectée par une décision judiciaire de présenter son point de vue au tribunal pour l'aider dans ses délibérations dans un mémorandum d'« ami de la Cour » (*Amicus Curiae*).

australiens, britanniques, européens, français et suisses ; elle reconnaît donc que chaque juridiction a ses propres règles et qu'un des rôles des magistrats est d'éviter les frictions. Comme le résume le juge Breyer, l'affaire *Morrison* « a fait ressortir le besoin de plus en plus criant d'une régulation [mondiale] au moins coordonnée, tant sur le plan de la procédure qu'au fond, pour garantir la sécurité juridique dans chaque système de telle manière qu'on ne soit pas obligé d'utiliser un dispositif américain contre la fraude pour assurer la police du monde.[...] Les marchés financiers [...] ont besoin d'un système américain qui vise l'instauration d'une harmonie avec ses homologues<sup>170</sup>. »

## **B. Le cas *United States vs Sidorenko*<sup>171</sup>**

434. Dans cette affaire plaidée en 2015 devant la cour fédérale du district nord de Californie (*United States District Court, N.D. California*), le gouvernement américain, représenté par le procureur régional, accuse trois individus d'avoir commis des actes de corruption en violation de cinq lois américaines.<sup>172</sup> Les accusés, également soupçonnés de collusion, sont Yuri Sidorenko, Alexander Vassiliev, et Mauricio Siciliano, tous étrangers. Cependant les faits incriminés pour l'essentiel n'ont pas été commis sur le territoire des États-Unis et l'acte d'accusation ne fait pas référence au FCPA.

L'origine du cas est une série de fraudes dont a été victime l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI en français, ICAO selon l'acronyme en anglais), organisation affiliée aux Nations Unies dont le siège est à Montréal (Canada), mais au budget de laquelle les États-Unis contribuent à hauteur de 25 %<sup>173</sup>. L'OACI établit et recommande aux États parties, dont les États-Unis, des normes qui permettent de vérifier l'authenticité des passeports présentés par les voyageurs aériens. Mauricio Siciliano est un fonctionnaire de l'OACI, il réside à Montréal et détient des passeports canadien et vénézuélien ; il est plus spécifiquement chargé du service de

---

<sup>170</sup> Breyer, Stephen, *ibid.*, p. 139.

<sup>171</sup> *United States v. Sidorenko*, 102 F. Supp. 3d 1124 (N.D. Cal. 2015).

Voir Casetext : <https://casetext.com/case/united-states-v-sidorenko>

<sup>172</sup> (1) *Conspiracy to Commit Honest Services Wire Fraud, in violation of 18 U.S.C. § 1349*; (2) *Honest Services Wire Fraud, in violation of 18 U.S.C. §§ 2, 1343*; (3) *Conspiracy to Solicit and to Give Bribes Involving a Federal Program, in violation of 18 U.S.C. § 371*; (4) *Soliciting Bribes Involving a Federal Program, in violation of 18 U.S.C. §§ 2, 666(a)(1)(B)*; and (5) *Giving Bribes involving a Federal Program, in violation of 18 U.S.C. §§ 2, 666(a)*.

<sup>173</sup> Voir la description du cas : <https://www.orrick.com/en/Insights/2015/04/The-World-in-US-Courts-Summer-2015-US-v-Sidorenko>.

l'OACI qui prépare les recommandations concernant la lecture optique des passeports (*Machine Readable Travel Documents Programme*). Il est approché par deux individus, Sidorenko et Vassilev, de nationalité ukrainienne (entre autres) mais qui résident à Dubaï et contrôlent un consortium ukrainien, EDAPS, spécialisé dans la fabrication et la distribution de documents d'identité qui contiennent des éléments empêchant leur contrefaçon. Vers 2007 Siciliano reçoit des pots-de-vin et autres faveurs des Ukrainiens et, en contrepartie, s'arrange pour faire inviter des représentants d'EDAPS à diverses conférences sous l'égide de l'OACI et recommande leurs produits ; il va même jusqu'à envisager de faire recruter Sidorenko comme consultant de l'OACI, ce qui lui permettrait d'obtenir un visa canadien. Quelque temps plus tard, Siciliano adresse plusieurs emails à Sidorenko et Vassiliev réclamant le paiement de « droits (*dues*) » pour ses services par virement auprès d'une banque suisse<sup>174</sup>.

435. Si les faits de corruption semblent établis, le juge<sup>175</sup> doit, à titre préliminaire, statuer sur la recevabilité de l'acte d'accusation alors que deux des accusés<sup>176</sup> et leurs avocats demandent le rejet (*dismissal*) de l'acte d'accusation. Selon eux, la procédure enclenchée ne suit pas les règles du *due process*, elle repose sur une interprétation extraterritoriale des dispositions du droit américain contraire à la jurisprudence *Morrison*. De plus selon eux, Siciliano bénéficie de l'immunité diplomatique en tant que fonctionnaire de l'OACI. Les procureurs du *District Attorney's Office* de San Francisco, en sens contraire, prétendent que les États-Unis contribuant à une forte proportion du budget de l'OACI, la fraude affecte les intérêts américains et que par conséquent il n'y a pas lieu de considérer l'objection de non-extraterritorialité des statuts invoqués dans l'acte d'accusation. De plus, d'après les procureurs, le combat contre la corruption partout dans le monde est un des objectifs de la politique judiciaire américaine.

Le juge note d'abord que les actes constitutifs du crime (les pots-de-vin et autres faveurs) ont été commis hors du territoire américain et que par conséquent les accusations d'utilisation criminelle de moyens de communication (*wire fraud*) ne sont pas recevables. D'autre part les accusations de fraude dans le cadre d'un programme fédéral (*conspiracy to solicit and to give bribes involving a federal program*) ne sont pas prouvées car :

---

<sup>174</sup> Voir compte rendu à <https://www.leagle.com/decision/infcdco20150422926>.

<sup>175</sup> District Judge Charles R. Breyer.

<sup>176</sup> Siciliano et Vassiliev ; Sidorenko ne comparaissant pas durant toute la procédure.



- l'accusation n'a pas démontré que les pots-de-vin avaient des conséquences dommageables directes dont souffriraient les États-Unis (par exemple ils n'ont pas d'effets sur les passagers aériens américains ni sur la contribution budgétaire américaine à l'OACI) ;

- en conséquence, le lien de rattachement aux États-Unis est extrêmement ténu.

- Par ailleurs Siciliano, par son statut de fonctionnaire international, bénéficie d'immunité.

436. Dans ces conditions la présomption de non-extraterritorialité, telle qu'exprimée dans l'arrêt *Morrison*, s'applique bien. L'action judiciaire intentée par le gouvernement est ainsi rejetée (*dismissed*) ; le juge d'ailleurs réprimande les procureurs pour avoir gaspillé les ressources de l'administration et ceux-ci n'interjettent pas appel<sup>177</sup>. L'affaire *Sidorenko* montre ainsi que les magistrats, au moins en Californie, entendent bien fonder leurs décisions sur l'interprétation de la présomption de non-extraterritorialité telle que définie par l'arrêt *Morrison*.

### C. Le cas *RJR Nabisco vs Communauté eEuropéenne*<sup>178</sup>

437. Dans cette affaire plaidée à la Cour Suprême en 2016, il est demandé aux juges de déterminer si la loi RICO peut s'appliquer extraterritorialement et dans quelles conditions. Beaucoup de juristes<sup>179</sup> considèrent que *RJR Nabisco* est en fait une formalisation de la jurisprudence et du test de recevabilité en deux parties déjà établis par *Morrison*.

<sup>177</sup> Le juge s'adresse aux procureurs en ces termes : « *I never in my life, in 50 years of criminal practice, seen a more misguided prosecution as the one that you've brought [...] How you can use resources of the United States Attorney's Office to prosecute some foreign nationals involved in a foreign company, engaged in conduct which was foreign, on doing things that weren't directly related to the contribution of the United States to that entity? Of course, the United States has some interest in eradicating bribery, mismanagement, and petty thuggery the world over. But under [your] theory, there is no limit to the United States's ability to police foreign individuals, in foreign governments or in foreign organizations, on matters completely unrelated to the United States's investment [...]. This is not sound foreign policy, it is not a wise use of scarce federal resources, and it is not, in the Court's view, the law.* » (Je n'ai jamais vu de ma vie, en 50 ans de pratique criminelle, une poursuite aussi mal avisée que celle que vous avez engagée [...]) Comment pouvez-vous utiliser les ressources du bureau du procureur des États-Unis pour poursuivre des ressortissants étrangers impliqués dans une société étrangère, engagés dans une conduite étrangère, pour des choses qui n'étaient pas directement liées à la contribution des États-Unis à cette entité ? Bien sûr, les États-Unis ont un certain intérêt à éradiquer les pots-de-vin, la mauvaise gestion et la petite délinquance dans le monde entier. Mais selon [votre] théorie, il n'y a pas de limite à la capacité des États-Unis à contrôler les individus étrangers, dans les gouvernements étrangers ou dans les organisations étrangères, sur des questions complètement étrangères à l'investissement des États-Unis [...]. Ce n'est pas une politique étrangère saine, ce n'est pas une utilisation judicieuse des maigres ressources fédérales et ce n'est pas, de l'avis de la Cour, la loi.) Cité dans le blog FCPA Professor : <https://fcpaprofessor.com/the-doj-gets-benchslapped-in-foreign-bribery-case/>.

<sup>178</sup> *RJR Nabisco, Inc. v. European Cmty.*, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016).

Voir Justia : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-138/>

<sup>179</sup> Voir en particulier l'article de Dodge, William S. "*The new presumption against extraterritoriality*", *Harvard Law Review*, Volume 133, 2020, p. 1608 et suivantes.

La loi RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*) votée en 1970, criminalise toute transaction qui serait le résultat d'activités commerciales entre États fédérés ou avec l'étranger engendrée par des pratiques de racket. La définition légale américaine du racket inclut notamment les opérations de blanchiment en groupes organisés<sup>180</sup>. La loi prévoit aussi que toute entité qui estime que ses intérêts ont été lésés par des activités de racket peut intenter une action civile en dénonçant un coupable présumé devant les tribunaux qui peuvent accorder des dommages et intérêts.

438. Dans cette affaire, la Communauté Européenne (prédécesseur de l'Union Européenne) et 26 de ses membres déposent une plainte accusant la société RJR Nabisco et ses affiliés d'avoir monté un système global de contrebande de cigarettes impliquant des intermédiaires en Europe. Ce système conduit en pratique à des opérations de contrebande et blanchiment et nuit ainsi aux intérêts légitimes des compagnies nationales européennes de distribution de tabac. Conformément à la procédure en deux parties suggérée dans la décision *Morrison*, la Cour Suprême doit répondre à deux questions :

a) les dispositions de la loi RICO la rendent-elle applicable extraterritorialement ?

b) Si des dispositions de la loi peuvent être appliquées extraterritorialement, le plaignant a-t-il présenté les preuves requises pour valider son cas ?

439. Plusieurs juges ont des opinions dissidentes, en particulier sur la deuxième question, mais la Cour à la majorité adopte les positions suivantes :

- Après analyse de certaines des clauses de la loi RICO, on peut raisonnablement estimer que les délits transfrontaliers qui sont l'objet du cas sont bien couverts par les dispositions de la loi RICO ;

- mais, pour être recevable devant un tribunal américain, la plainte doit démontrer un préjudice matériel aux États-Unis. Un préjudice hors des États-Unis, en Europe dans ce cas, ne peut être considéré, car il créerait un possible conflit de compétence avec les attributions d'autres juridictions souveraines. Selon le juge Alito, rédacteur de l'opinion pour la majorité, lorsqu'il existe un risque de friction avec les dispositions de droits étrangers, la présomption de non-

---

<sup>180</sup> Le texte de la loi inclut une liste de 27 crimes fédéraux sous-jacents (*predicated crimes*) qui peuvent constituer le fondement de condamnations à des amendes de \$ 25 000 par grief et des peines sévères d'emprisonnement.

extraterritorialité s'applique avec toute sa force<sup>181</sup>. La plainte présentée par la Communauté européenne, ne présentant que des preuves de préjudice en dehors des États-Unis, les plaignants sont déboutés.

440. La décision de la Cour Suprême suscite de nombreux commentaires, certains négatifs<sup>182</sup>. Néanmoins, elle érige en doctrine largement applicable le principe de non-extraterritorialité, elle confirme aussi que les tribunaux disposent de plusieurs voies (*pathways*) pour arriver à des décisions sur la validité de procédures qui contiennent des aspects extraterritoriaux et, surtout, elle aura permis d'établir clairement le processus que les tribunaux sont tenus de suivre lorsqu'ils sont appelés à statuer sur recevabilité de plaintes concernant l'application extraterritoriale de lois américaines.

#### D. L'affaire Hoskins

441. Le cas *Hoskins* s'inscrit dans le cadre de l'affaire *Alstom*<sup>183</sup>. Les recours concernant Hoskins ne sont pas épuisés et pourraient éventuellement conduire à un examen par la Cour Suprême<sup>184</sup>. Sont ici décrites quelques étapes qui illustrent la complexité des procédures américaines.

---

<sup>181</sup> « *Where such a risk [of international friction] is evident, the need to enforce the presumption [against extraterritoriality] is at its apex* », *RJR Nabisco, Inc. v. European Cmty.*, 579 U.S. (2016) #2107. Cité dans un éditorial de la *Harvard Law Review* du 16 novembre 2016 : <https://harvardlawreview.org/2016/11/rjr-nabisco-inc-v-european-community/>.

<sup>182</sup> Dans une opinion dissidente, la juge Ruth Ginsburg, membre de la Cour Suprême, écrit que refuser d'écouter une plainte présentée par des plaignants étrangers n'est pas un geste de courtoisie internationale ou de respect pour les intérêts étrangers (« *[Denying foreign plaintiffs fora...] is hardly solicitous of international comity or respectful of foreign interests* ». *RJR Nabisco, Inc. v. European Cmty.*, 579 U.S. (2016) #2115. Cité dans un éditorial de la *Harvard Law Review* du 16 novembre 2016 : <https://harvardlawreview.org/2016/11/rjr-nabisco-inc-v-european-community/>. L'éditorial regrette la décision de la Cour et conclut : « *U.S. law may not rule the world, but for future litigants that turn to American courts for any number of worthy reasons, the Court has made it all the likelier that lawlessness will rule instead.* ». (Le droit américain ne règne peut-être pas sur le monde, mais pour les futurs plaideurs qui se tournent vers les tribunaux américains pour nombre de raisons valables, la Cour a rendu encore plus probable que ce soit l'anarchie qui règne.).

<sup>183</sup> Voir l'analyse détaillée du cas *Alstom* au chapitre suivant

<sup>184</sup> Voir l'étude publiée par le cabinet juridique Steptoe le 19 août 2022 qui conclut : « *Given the divergence in approaches between courts in different circuits, the extent of the FCPA's extraterritorial reach to foreign nationals may end up before the Supreme Court. It is also possible that Congress could take up the issue of the FCPA's scope as it pertains to non-US persons and consider legislative changes.* »

Steptoe Client alerts: Hoskins II: Second Circuit Further Muddies Co-Conspirator/Agent Liability under FCPA, <https://www.steptoe.com/en/news-publications/hoskins-ii-second-circuit-further-muddies-co-conspiratoragent-liability-under-fcpa.html>.

Lawrence Hoskins est un sujet britannique qui a été cadre au début des années 2000 du groupe Alstom ; il réside en Angleterre et son employeur est la filiale britannique du groupe. Il participe néanmoins en 2003 avec ses collègues en France et aux États-Unis à des discussions sur le marché de ventes d'usines à Tarahan, en Indonésie, pour lequel Alstom est accusé par le DOJ d'avoir recruté et rémunéré des consultants locaux dont la fonction en fait était de servir d'intermédiaires pour le paiement de pots-de-vin à des agents officiels indonésiens. Le 30 juillet 2013 il est arrêté aux îles Vierges américaines, puis inculpé au titre du FCPA et pour blanchiment. Il est ensuite déféré devant un juge du Connecticut, État où se trouve le siège de la principale filiale américaine d'Alstom. Il est alors libéré sous caution, mais conteste la validité de la majeure partie des griefs portés contre lui dans l'acte d'accusation. En effet, à aucun moment lors des discussions sur le projet de Tarahan, Hoskins ne s'est rendu aux États-Unis et, selon une interprétation du texte même du FCPA applicable à son cas, seuls les « agents (*agents*) » d'une entité américaine peuvent être poursuivis devant les tribunaux américains. Selon la motion présentée par Hoskins et ses avocats au tribunal de première instance (*District Court*), le texte du FCPA limite les catégories de personnes susceptibles d'être poursuivies<sup>185</sup> et, selon la jurisprudence *Morrison*, une personne qui n'entre pas dans ces catégories n'a pas lieu d'être poursuivie. Une motion en sens inverse est soumise par le DOJ, mais le tribunal accepte en grande partie l'argumentation présentée par la défense<sup>186</sup>. Le DOJ conteste cette position et l'affaire passe à nouveau en appel ; en novembre 2019, Hoskins est reconnu coupable par un jury mais le 26 février 2020, la juge Janet B. Atterton<sup>187</sup>, chargée de déterminer la sentence, utilisant une procédure peu employée<sup>188</sup>, décide, malgré les objections du DOJ, d'acquitter Hoskins des sept chefs d'accusation relatifs aux violations du FCPA. Elle confirme cependant la validité des quatre autres chefs d'accusation relatifs au

---

<sup>185</sup> La Cour d'appel en 2018 a reconnu les limitations de l'application du FCPA à certaines catégories d'individus : “ [The FCPA] clearly dictates that foreign nationals may only violate the statute outside the United States if they are agents, employees, officers, directors, or shareholders of an American issuer or domestic concern. ” *United States v. Hoskins*, 902 F.3d 69, 97 (2d Cir. 2018).

<sup>186</sup> La *district court*, se fondant sur un cas de 1932, *Gebardi vs United States*, 287 US 112, explique que lorsque le Congrès choisit d'exclure une catégorie d'individus de responsabilité sous un statut particulier, l'exécutif [DOJ en l'occurrence] ne peut contourner cette décision ( Voir *United States vs Hoskins*, US Court of Appeals for the Second Circuit, Docket 16-1010-cr, p. 10: Justia: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/16-1010/16-1010-2018-08-24.html>).

<sup>187</sup> Dans sa décision de 29 pages, la juge ne conteste pas la matérialité des faits mais explique que le DOJ n'a pas présenté au procès de preuves satisfaisantes les rattachant aux dispositions du FCPA; elle laisse aussi ouverte la possibilité d'un nouvel appel si le DOJ conteste sa décision.

<sup>188</sup> La « règle 29 (*Rule 29 of the Federal Rules of Criminal Procedure*) » qui laisse au juge le soin de déterminer la compétence du tribunal.

blanchiment.<sup>189</sup> Finalement le 6 mars 2020, la juge Atterton condamne Hoskins « pour blanchiment et conspiration » à 15 mois de prison et \$30 000 d'amende<sup>190</sup>.

442. Le cas *Hoskins* a suscité beaucoup de commentaires et des opinions différentes parmi les juristes américains, en particulier en ce qui concerne l'applicabilité du FCPA lorsque le lien avec les États-Unis semble faible.<sup>191</sup> Le DOJ a bien obtenu une condamnation pour crime de blanchiment, mais la peine semble modeste comparée à d'autres cas. Les rédacteurs de l'édition de 2020 du guide FCPA<sup>192</sup> notent bien qu'au moins dans le ressort du 2<sup>e</sup> circuit<sup>193</sup>, un individu ne peut être poursuivi pour crime ou complicité de corruption que s'il s'inscrit dans une des catégories de personnes expressément citées par la loi... mais que dans d'autres ressorts, cette interprétation est rejetée<sup>194</sup>. Ce n'est qu'en novembre 2022 que le DOJ renonce, discrètement, à ne plus donner suite aux possibilités de recours<sup>195</sup>. Ainsi l'affaire *Hoskins* illustre à la fois le formalisme des procédures judiciaires américaines et le rôle du juge, mais aussi la ténacité, sinon l'entêtement, des procureurs à obtenir des condamnations.

443. Les quatre affaires ci-dessus, *Morrison*, *Sidorenko*, *Nabisco* et *Hoskins* démontrent que les tribunaux américains sont capables de sérieusement limiter l'application extraterritoriale du FCPA. Depuis l'arrêt *Morrison* en 2010, les critères semblent devenir plus stricts et bien établis même si les interprétations de jurisprudence puissent varier de ressort à ressort. On doit toutefois rester prudent en interprétant cette tendance en l'absence d'une loi du Congrès ou d'une décision de la Cour Suprême en la matière.

---

<sup>189</sup> Voir Cassin, Richard L. *The FCPA Blog*, 26 février 2020, <https://fcpablog.com/2020/02/26/hoskins-wins-acquittal-on-fcpa-counts/>

<sup>190</sup> Voir le communiqué du DOJ : <https://www.justice.gov/opa/pr/former-senior-alstom-executive-sentenced-prison-role-money-laundering-scheme-promote-foreign>.

<sup>191</sup> Voir par exemple *The FCPA Blog*, *ibid*.

<sup>192</sup> Voir *FCPA : A resource guide to the US Foreign Corrupt Practice Act*, 2020 p. 36.

<sup>193</sup> Le ressort du 2<sup>e</sup> circuit inclut le district du Connecticut, le district Est de New York, le district Nord de New York, le district Sud de New York, le district Ouest de New York et le district du Vermont. Pour la totalité des États-Unis, il y a 94 cours de district (premier ressort) regroupées en 13 cours de « circuit » (12 cours d'appel régionales plus une cour d'appel fédérale à Washington) ; l'ensemble étant chapeauté par la Cour Suprême sise à Washington DC.

<sup>194</sup> Une référence à l'affaire *Firtash*, citoyen ukrainien arrêté en Autriche en 2014 puis extradé aux États-Unis pour être jugé à Chicago dans une affaire de corruption de fonctionnaires indiens impliquant une société dont le siège est en Illinois.

<sup>195</sup> Voir Davis, Frederick T.: *The End of US vs Hoskins and the End of an Era?* International Enforcement Law Reporter, December 1, 2022

## **Conclusion du chapitre : Justice négociée, extraterritorialité et contrôle judiciaire : une justice sans juges ?**

444. Les relations franco-américaines, souvent étroites, ont, comme on l'a vu, traversé quelques épisodes de crise qui, naturellement, ont laissé des séquelles, notamment en ce qui concerne la coopération judiciaire. Vu des États-Unis, le système judiciaire français apparaît moins fiable et indépendant que celui de juridictions de *common law*, en particulier l'Angleterre et le Canada, pays avec lesquels des partenariats se sont mis en place. Mais d'autres juridictions de droit civil sont aussi considérées avec respect comme l'Allemagne ou les pays scandinaves qui ont historiquement coopéré en matière d'*enforcement* avec les autorités ou agences de l'exécutif américain alors que les autorités françaises ont parfois montré une propension à l'obstruction. Si les relations se sont considérablement améliorées, principalement depuis la mise en œuvre des réformes annoncées par la loi *Sapin 2*, certains aspects de l'évolution judiciaire américaine n'ont retenu que peu d'attention en France. Ainsi le monde juridique et politique français paraît ne se préoccuper que de la question de l'extraterritorialité, et accessoirement du montant des amendes, alors qu'un élément, à notre sens plus préoccupant, est l'atténuation du contrôle judiciaire sur les prérogatives grandissantes du DOJ et de la SEC.

445. La difficulté d'établir une coopération étroite dans le domaine des poursuites judiciaires pénales entre les États-Unis et la France s'explique aisément : d'un côté, on insistait fortement dans la conduite des enquêtes transnationales sur l'emploi quasi exclusif du mécanisme de *discovery* au détriment de la procédure mise en place par la convention de La Haye ; de l'autre côté, il n'existait pas, avant la mise en place de la CJIP, de mécanisme de procédure judiciaire qui permette de conduire et surtout de conclure des poursuites pénales transnationales, en particulier contre des grandes entreprises, de manière harmonieuse. Mais ce cadre a été bouleversé par la loi *Sapin 2*, beaucoup d'obstacles ont été levés et les résolutions coordonnées des affaires *Société Générale* en 2018 puis *Airbus* en 2020 témoignent d'une entente entre parquets non seulement cordiale mais efficace.

446. Cependant une autre tendance de la dernière décennie, que certains magistrats et universitaires américains considèrent particulièrement préoccupante, est la faiblesse croissante des

contrôles judiciaires<sup>196</sup>. On a vu que la doctrine *Chevron* de 1984<sup>197</sup> confirme la prérogative des agences fédérales, comme la SEC et la CFTC, de prononcer des peines administratives, le plus souvent des amendes, parfois des exclusions de certaines activités ou des interdictions d'exercer. De plus, en application de cette même doctrine, les tribunaux américains sont tenus, dans la plupart des situations, d'accorder une déférence quasi complète à ces décisions administratives. C'est une différence notable avec le système français où les décisions d'organes administratifs sont en principe susceptibles de recours devant le Conseil d'État, un type de juridiction qui n'existe pas dans le système américain.

447. Mais encore plus préoccupante est l'espèce d'autocensure exercée par les organes judiciaires eux-mêmes. En effet, la jurisprudence de la dernière décennie a pratiquement ôté au juge son pouvoir d'appréciation sur le fond d'accords négociés directement entre les personnes, physiques ou morales et les procureurs. Dans le cas des accords de type NPA, la formalisation est un simple accord écrit entre le DOJ et l'entité mise en cause ; l'homologation par un juge n'est pas nécessaire. Pour les DPA, qui représentent la formalisation de la majeure partie d'accords de justice négociée, et peuvent inclure des clauses de remédiation très contraignantes et des amendes onéreuses pour la personne mise en cause, l'homologation par un juge est nécessaire mais le contrôle exercé par le pouvoir judiciaire est le plus souvent formel et superficiel. Ce phénomène est particulièrement remarquable dans les cas de DPA ou autres accords de justice négociée passés avec les grandes entreprises. Leurs avocats, après avoir « négocié » directement un accord avec les procureurs ou les régulateurs, n'ont aucune envie de voir leur travail soumis à un contrôle additionnel par le juge. Souvent ces avocats, généralement très bien rémunérés<sup>198</sup>, sont d'anciens procureurs qui ont « pantouflé. » La difficulté d'instituer un contrôle judiciaire sérieux sur les accords de justice négociée est illustrée par les exemples des déconvenues des juges Jed S. Rakoff et Richard Leon dans leur gestion de contentieux avec respectivement Citigroup Global Markets Inc. et Fokker Services BV.

---

<sup>196</sup> Nous pensons plus particulièrement aux ouvrages de Brandon Garrett (*Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, 2016) ; Jesse Eisinger (*The Chickenshit Club*, 2017) ; John Coffee (*Corporate Crime and Punishment: the Crisis of Underenforcement*, 2020) ainsi qu'à divers articles et enseignements des professeurs Jennifer Arlen (NYU) et Frederick Davis (Columbia University).

<sup>197</sup> Voir ci dessus.

<sup>198</sup> Des facturations de \$2 000 par heure ou plus pour un avocat expérimenté dans ce domaine sont fréquentes. Une enquête suivie d'une négociation ou d'un procès peut demander des centaines voire des milliers d'heures d'un avocat sur un même dossier.

448. Dans le cas *Securities and Exchange Commission vs. Citigroup Global Markets Inc*<sup>199</sup>, la SEC, au cours d'une enquête diligentée à la suite de la crise des *subprimes*, établit que la banque, ou plus exactement sa filiale qui vend des valeurs mobilières au public, avait commis plusieurs violations à la législation des marchés financiers. En effet, les informations communiquées aux investisseurs potentiels ne les avertissent pas de manière adéquate des risques inhérents à certaines obligations, les *collateralized debt obligations*, CDO<sup>200</sup>, un instrument dont la valeur boursière lors de la crise a considérablement chuté, entraînant ainsi des pertes significatives pour les investisseurs. L'accord préliminaire négocié entre la SEC et Citi prévoyait l'obligation pour la banque de mettre en place un système de compliance renforcé et la création d'un fonds de 280 millions de dollars alimenté par la banque et dont le but était d'indemniser les investisseurs lésés. Cependant la proposition ne couvrait qu'une minime partie des pertes estimées et la banque n'admettait aucune faute ou responsabilité. Lorsque l'accord est présenté pour homologation au juge Rakoff qui préside le tribunal de première instance du District Sud de New York (*NY SD*), celui-ci la refuse dans l'intérêt du public (*in the public interest*) car, selon son arrêt, la Cour n'a pas reçu des parties (SEC et Citi) les éléments qui lui permettraient à minimum d'exercer un jugement informé<sup>201</sup>. Il note en particulier que, lors des plaidoiries, Citi continue de rejeter toute responsabilité alors qu'en fait la banque a récidivé dans des pratiques qui lui ont été reprochées auparavant. De plus, le montant alloué au fonds de compensation ne représente qu'une somme comparable à de l'argent de poche pour une institution de la taille de Citigroup<sup>202</sup>. Il considère donc que l'accord proposé n'est pas « équitable, adéquat et raisonnable (*fair, adequate and reasonable*). » Mais la SEC et Citi font appel de ce jugement et l'affaire passe devant la Cour d'appel du deuxième Circuit, ressort auquel est rattaché le tribunal du juge Rakoff. La Cour précise<sup>203</sup> que le rôle du juge, lorsqu'il lui est demandé d'homologuer un accord préalable auquel la SEC est partie, est limité à une revue de la procédure employée. Le tribunal de première instance

<sup>199</sup> *SEC v. Citigroup Glob. Mkts., Inc.*, 827 F. Supp. 2d 328 (S.D.N.Y. 2011).

<sup>200</sup> Titres nantis sur des prêts immobiliers.

<sup>201</sup> L'arrêt est rédigé de manière incisive: "*In the end, the Court concludes that it cannot approve [the proposed Consent Judgment], because the Court has not been provided with any proven or admitted facts upon which to exercise even a modest degree of independent judgment.*" (Enfin, la Cour conclut qu'elle ne peut pas approuver [le jugement proposé], parce qu'on n'a pas fourni à la Cour des faits prouvés ou admis sur lesquels elle pourrait exercer un jugement indépendant, même modeste.) *SEC v. Citigroup Glob. Mkts., Inc.*, 827 F. Supp. 2d at 330.)

<sup>202</sup> « *Pocket change to any entity as large as Citigroup.* »

<sup>203</sup> Voir *Harvard Law Review*, "*SEC v. Citigroup Global Markets, Inc. Second Circuit Clarifies that a Court's Review of an SEC Settlement Should Focus on Procedural Propriety*", article publié le 10 février 2015 : <https://harvardlawreview.org/2015/02/sec-v-citigroup-global-markets-inc/>.



n'a pas à délibérer sur le fond car c'est à la SEC qu'il revient clairement d'établir si un accord est ou non dans l'intérêt du public<sup>204</sup>. De plus le tribunal doit une « déférence substantielle (*substantial deference*)» aux décisions de la SEC<sup>205</sup>. Enfin la Cour renvoie l'affaire devant le tribunal du District Sud de New York présidé à nouveau par le juge Rakoff. Celui-ci donne son aval au compromis entre la SEC et Citigroup, même s'il exprime sa crainte qu'au vu de la décision de la Cour d'appel, les accords proposés par les agences de régulation fédérales ne seront désormais soumis à aucun contrôle substantiel. Il note dans son arrêt du 5 août 2014<sup>206</sup> que dans cette affaire « Ceux qui doivent être obéis ont parlé et le devoir de ce tribunal est de suivre fidèlement leurs instructions... [Comme dans un repas au restaurant], la cour d'appel a décidé du menu ne laissant [sur la table] à ce tribunal que des raisins amers.<sup>207</sup> »

449. Dans l'affaire *Fokker*, on trouve un autre exemple où un tribunal fédéral de première instance est contraint, par décision d'une cour d'appel, de donner son aval à un accord qu'il avait initialement rejeté. Dans ce cas<sup>208</sup>, l'avionneur néerlandais Fokker s'autodénonce en 2014 auprès des autorités américaines pour avoir transgressé la réglementation concernant les sanctions économiques et les contrôles d'exportation. De 2005 à 2010, plusieurs livraisons d'équipements avaient été effectuées vers l'Iran, le Soudan et le Myanmar ; le président et la direction générale de l'entreprise avaient approuvé l'utilisation de sociétés écran pour rendre ces transactions opaques. De longues et complexes négociations s'engagent alors entre le DOJ et d'autres agences fédérales d'une part et la société hollandaise d'autre part. Elles aboutissent à une proposition d'accord de type DPA qui inclut le paiement d'amendes pour un total de 21 millions de dollars et l'engagement de mettre en place une compliance renforcée au cours d'une période probatoire de dix-huit mois. Le DOJ, en accord avec la société, sollicite alors auprès du tribunal de première instance du district de Columbia<sup>209</sup> l'homologation du DPA ainsi que la suspension du *Speedy Trial Act* (STA) qui prévoit des délais limites pour le traitement des affaires judiciaires<sup>210</sup>. Le juge

<sup>204</sup> « *The "job of determining" the public interest rests squarely with the S.E.C., and its decision merits significant deference.* »

<sup>205</sup> Selon la cour d'appel, le tribunal de première instance ne pourrait, sur le fond, refuser son homologation que lorsqu'il est prouvé que l'accord proposé se ferait au détriment de l'intérêt du public.

<sup>206</sup> *SEC v. Citigroup Glob. Mkts. Inc.*, 34 F. Supp. 3d 379, 380 (S.D.N.Y. 2014).

<sup>207</sup> « *They who must be obeyed have spoken, I and this Court's duty is to faithfully fulfill their mandate[...]. The Court of Appeals [...] has now fixed the menu, leaving this Court with nothing but sour grapes.* »

<sup>208</sup> *United States v. Fokker Servs. B.V.*, No. 15-3016 (D.C. Cir. 2016).

Voir <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/15-3016/15-3016-2016-04-05.html>.

<sup>209</sup> Le district judiciaire de Columbia est celui de Washington DC, la capitale fédérale.

<sup>210</sup> Le STA prévoit qu'un procès doit s'ouvrir au plus tard 70 jours après la notification de l'acte d'accusation.

Richard J. Leon qui préside le tribunal statue sur les deux demandes. Il présente sa position dans un long arrêt expliquant que, selon lui, la loi sur le STA lui confère un pouvoir discrétionnaire sur l'octroi ou non de délais concernant le traitement des affaires judiciaires et que les termes du DPA proposé ne sont pas assez sévères, et donc contraires à l'intérêt du public, eu égard aux infractions commises et au fait qu'aucun des dirigeants de Fokker n'est poursuivi. Le DOJ, comme on pouvait s'y attendre, refuse ce jugement et l'affaire est portée devant la cour d'appel du district de Columbia. Cette dernière casse le jugement du tribunal de première instance, estimant qu'il a prétexté de ses prérogatives dans le cadre du STA pour, en réalité, s'opposer aux termes du DPA sur lequel sa compétence n'est pas fondée. Selon la cour, le DPA peut, par sa finalité judiciaire, être assimilé à un acte d'accusation car l'objet même du DPA est de permettre au mis en cause d'éviter une condamnation pénale en démontrant sa bonne conduite et une compliance renforcée<sup>211</sup>. Or il n'appartient pas au pouvoir judiciaire d'apprécier les décisions prises par le pouvoir exécutif, c'est-à-dire en l'occurrence le DOJ, dans le cadre des lois et règlements en vigueur. Le tribunal de première instance a ainsi outrepassé sa compétence. Le DOJ, lors des plaidoiries en appel, fait valoir qu'en application de la loi, c'est à lui seul de décider si et comment les poursuites pénales sont conduites et que, si son action est entravée par un juge trop tatillon, il pourrait simplement recourir à un NPA qui, contrairement au DPA, n'a pas besoin d'être homologué par un magistrat. Ne laissant planer aucun doute sur sa position, la cour ordonne au tribunal de première instance d'accepter l'enregistrement (*filing*) du DPA.

450. Le traitement des cas *Citigroup* et *Fokker* par la magistrature américaine montre bien qu'elle n'entend pas s'immiscer dans les prérogatives du DOJ et des agences fédérales en matière du choix des poursuites. Dans les cas, peu nombreux, où un juge questionne les termes d'un DPA, ses velléités sont bloquées au niveau de la cour d'appel et aucune affaire sur ce point n'a atteint le niveau de la Cour Suprême.

451. Le parquet américain, à sa seule discrétion, est ainsi libre de poursuivre ou non un contrevenant au FCPA et autres lois sur la corruption. C'est au DOJ et aux seuls procureurs, pratiquement sans supervision judiciaire, de déterminer également les griefs poursuivis, le type de résolution envisagé (plaider coupable, DPA, NPA ou *declination*) et même, s'ils le souhaitent,

---

<sup>211</sup> “The entire object of a DPA is to enable the defendant to avoid criminal conviction and sentence by demonstrating good conduct and compliance with the law ». *Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d at 741.

l'abandon des poursuites au moment de leur choix<sup>212</sup>. Le système judiciaire américain, tel qu'il est actuellement appliqué, ne laisse donc qu'un rôle très réduit au juge dans la négociation d'accords entre procureurs du DOJ et responsables de l'*enforcement* des agences fédérales d'une part et banques, grandes entreprises et leurs avocats d'autre part. Les garanties pour les justiciables sont donc principalement les lignes directrices que les régulateurs sont tenus d'appliquer. On a décrit en France le système américain de poursuites contre les entreprises et leurs dirigeants comme « une justice sans la Justice<sup>213</sup> » ; pour être exact il faudrait plutôt parler de « justice sans (ou avec très peu de) juges. »

---

<sup>212</sup> C'est ainsi par ex que le ministre de la Justice William Barr a signé un ordre d'abandon de poursuites contre le général Michael Flynn qui avait quelques mois auparavant négocié les bases d'un accord de plaider coupable avec les procureurs du DOJ. (*Order Dismissing Case, Flynn District Court*, ECF 310 at 1 (Dec. 8, 2020).

<sup>213</sup> Expression employée par Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber en page de couverture de leur ouvrage *Deals de Justice*, PUF, 2013.

## CHAPITRE II. LES CRISES RÉCENTES : CONFLITS ET RÉOLUTIONS

452. Il existe dans le droit américain, comme dans le droit français, des mécanismes et doctrines destinés à éviter, ou au minimum à atténuer, les problèmes que pourraient poser les conflits de compétence. Cependant, la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle est jalonnée d'affrontements qui ont fait l'objet, surtout en France, d'une large couverture médiatique et de commentaires dont les auteurs sont parfois incomplètement informés ou ont des motivations politiques plus ou moins voilées. D'une part, on note que les autorités américaines, DOJ, DOT et SEC en tête, adoptent des positions plus agressives pour combattre la corruption transnationale, et ce faisant, s'assurer que les entreprises américaines ne soient pas désavantagées par rapport à leurs concurrents internationaux qui ne respecteraient pas les règles internationales, en particulier la *Convention de l'OCDE contre la corruption* entrée en vigueur en 1999. D'autre part, des grandes entreprises et banques françaises actives sur les marchés américains comme à l'international semblent s'entêter à refuser de mettre en place et respecter les nouvelles exigences réglementaires. Lorsque ces entités de droit privé sont poursuivies par les régulateurs des États-Unis pour des infractions souvent flagrantes, elles évoquent comme excuse le « chez nous c'est différent » et/ou s'efforcent de « faire intervenir » les autorités officielles françaises. Mais ces comportements ne font que braquer magistrats et régulateurs américains, jaloux de l'indépendance qui leur est garantie par la constitution, la séparation des pouvoirs et le fédéralisme. Les enquêteurs et procureurs d'outre Atlantique sont habitués à plus de déférence de la part des personnes, physiques ou morales, qu'ils régissent. On arrive ainsi à des confrontations, en particulier dans le cas des affaires Alstom et BNP Paribas, qui frôlent la crise politico-diplomatique.

Pour mieux comprendre ces situations, seront d'abord examinés les obstacles récurrents qui grèvent les relations judiciaires franco-américaines en matière de lutte contre la corruption (section 1), puis quelques cas significatifs de poursuites contre les entreprises (section 2) et les banques (section 3) françaises.

## **Section I. Les obstacles à la coopération judiciaire franco-américaine**

453. Les enquêteurs et magistrats, qu'ils soient américains ou français, qui cherchent à développer une coopération transatlantique, en particulier en termes de lutte contre la corruption, sont confrontés à deux types de difficultés. Les unes sont d'ordre procédural, les autres d'essence culturelle.

### **A. Des procédures irréconciliables : *discovery* et instruction**

454. La principale difficulté est de rapprocher les procédures d'instruction selon le modèle français et de *discovery* en droit américain. Dans le système accusatoire américain, chaque partie, y compris l'État en matière pénale, est tenue de rechercher des preuves pour étayer sa position. Dans cette recherche, certaines parties comme les établissements financiers, dans les cas de blanchiment, ou des entreprises multinationales, dans les cas de protection de l'environnement ou des données, disposent de très larges moyens et font souvent appel à des enquêteurs ou avocats spécialisés qui mènent des enquêtes internationales sans trop se soucier de la territorialité du droit. Avocats et enquêteurs vont ainsi s'efforcer d'obtenir des preuves, qu'elles se trouvent aux États-Unis ou à l'étranger. Les limiers américains peuvent ainsi avoir tendance à court-circuiter le rôle des magistrats étrangers dans le cadre d'enquêtes transfrontalières. De plus, comme nous l'avons vu, le système judiciaire américain pousse les individus et entreprises mis en examen à coopérer lors de l'enquête dans l'espoir de minimiser les pénalités. Par contraste, dans le système inquisitorial français, l'enquête est menée par ou sous l'autorité d'un juge d'instruction, chargé de découvrir les éléments à charge comme à décharge et qui ne dispose que de ressources limitées, tant en ce qui concerne les moyens techniques qu'humains.

Ce déséquilibre entre méthodes françaises et américaines a bien été noté dans les rapports parlementaires Lellouche-Berger puis Gauvain. Mais il ne peut être corrigé que par une réforme profonde des procédures françaises. Cela conduirait sans doute, nous y reviendrons, à l'aménagement ou la suppression du rôle du juge d'instruction.

455. Une autre difficulté provient de l'émiettement du droit américain à cause de son fédéralisme. En effet chacun des États fédérés possède ses propres procédures. Ainsi les régimes d'administration des preuves, les garanties offertes aux inculpés et les sanctions en cas de

culpabilité varient d'État à État<sup>1</sup>. Toutefois la plupart des cas de corruption transnationale sont du ressort fédéral. Le bon déroulement des investigations internationales peut ainsi parfois être ralenti au niveau local. Néanmoins, dans le cas d'une enquête, par exemple diligentée depuis la France, si les autorités fédérales décident d'appuyer les demandes françaises, celles-ci ont de bonnes chances d'aboutir<sup>2</sup>.

456. Les objectifs et moyens de la justice ne sont pas identiques en France et aux États-Unis<sup>3</sup>. Ainsi le juge, le procureur et l'avocat ont des fonctions qui ne sont pas exactement semblables de part et d'autre de l'Atlantique. Dans la tradition de *common law*, le rôle de la justice est de trouver une solution pratique à un litige. Cela explique aussi que le recours à des procédures judiciaires, ou du moins à la menace de ce recours, est largement utilisé aux États-Unis, mais reste moins répandu en France. Dans le contexte américain, le juge est tenu d'agir comme un arbitre objectif, non comme un investigateur. En France, au contraire le rôle du juge, et des magistrats en général, est de « rechercher la vérité ». Le juge, et en particulier le juge d'instruction<sup>4</sup>, joue donc un rôle primordial dans la conduite de l'enquête, qui peut d'ailleurs aboutir à un non-lieu ou un classement sans suite. L'intégrité, les capacités et la disponibilité du magistrat instructeur sont essentielles<sup>5</sup>. Dans ce système, qui peut facilement comporter des goulets d'étranglement<sup>6</sup>, que le prévenu ait ou non accès à des ressources importe relativement peu.

Au contraire, dans le droit pénal américain, où il n'existe ni juge d'instruction, ni ordre judiciaire administratif séparé et où il n'y a pas de constitution de partie civile, c'est le procureur, souvent un fonctionnaire spécialisé du DOJ entouré d'une équipe de professionnels, qui mène

---

<sup>1</sup> Certains États du Sud (Alabama, Mississippi, Texas par exemple) appliquent généralement des sanctions particulièrement punitives, y compris dans certains cas, la peine de mort.

<sup>2</sup> La question reste beaucoup plus complexe pour les affaires de droit privé : successions, divorces, demandes de dommages et intérêt, etc.

<sup>3</sup> Voir Herpin, Nicolas, « Deux approches de la justice en France et aux États-Unis. L'application de la loi en perspective », *Droit et société*, 2013/3, numéro 85, pages 641-652. <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2013-3-page-641.htm>.

<sup>4</sup> Au 1<sup>er</sup> avril 2017, il y avait 564 juges d'instruction en France selon *Infostat Justice*, avril 2018, numéro 161 [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_Infostat\\_161.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_161.pdf)

<sup>5</sup> Voir Van Ruymbeke, Renaud, *Mémoires d'un juge trop indépendant : Boulin, Urba, Elf, Clearstream, Kerviel... 40 ans d'affaires*, Taillandier, Paris, 2021.

<sup>6</sup> Les juges d'instruction peuvent instruire des dizaines de dossiers à la fois et se plaignent de très lourdes charges de travail ou pressions qui ont conduit à des suicides. Voir *Le Figaro* du 10 février 2011, « Un juge d'instruction s'est suicidé, accablé par le travail », <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/02/10/01016-20110210ARTFIG00504-accable-par-le-travail-un-juge-d-instruction-s-est-suicide.php>

l'enquête. Il peut le faire de manière très intrusive grâce au système de *discovery*<sup>7</sup>. S'il trouve des preuves qu'il estime suffisantes, il inculpe (*charges*) le prévenu, qui peut être une personne morale ou naturelle, ce qui aboutit à un acte d'accusation (*indictement*). Mais en application du système de *discovery*, le procureur est tenu d'informer la partie adverse des éléments à charge et décharge qu'il a « découverts » et propose alors une transaction au prévenu. Cette phase, contrairement à ce qui se passerait en France ou au Royaume Uni, ne requiert pas l'intervention d'un juge du siège. Dans les négociations de peine (*plea bargaining*), l'intervention, souvent superficielle, du juge n'opère la plupart du temps que lorsque le procureur et le mis en examen sont arrivés à un accord de principe qui, pour être valable, doit être homologué. Les négociations entre procureurs et prévenus, ou plus généralement les avocats de ces derniers, peuvent être très techniques et exiger de nombreuses heures de préparation. Pour le prévenu, les chances d'aboutir à un compromis relativement clément sont donc augmentées s'il peut mobiliser des ressources souvent coûteuses.<sup>8</sup>

457. Les avocats du prévenu ont alors un double rôle crucial : d'une part, ils s'assurent que les procédures de *discovery* ont été strictement suivies ; si ce n'est pas le cas, ils peuvent demander au juge d'invalidier toute la procédure. D'autre part, ils négocient avec le procureur et son équipe les peines applicables. Ces discussions sont fondées sur la jurisprudence et sont souvent très techniques. Alors que le système américain est généralement considéré comme donnant l'avantage au procureur, maître de l'inculpation, la capacité de la défense à mobiliser des ressources, principalement des experts et témoins à décharge, peut avoir une influence primordiale sur le dénouement. Le procureur et son équipe sont généralement soucieux de leur « tableau de chasse » et tiennent à éviter un procès qui pourrait se conclure par un verdict de « non coupable », ce qui aurait des conséquences négatives sur leur carrière. La capacité et la finesse des avocats dans les négociations sont donc un élément clef dans cette forme de justice négociée. Comme les procédures d'enquête et les négociations durent des mois et souvent des années, il est aussi de l'intérêt du prévenu d'avoir une stratégie judiciaire cohérente, les changements de positions (ainsi que d'auditeurs ou de cabinets d'avocats) étant généralement perçus par les procureurs et les juges comme des signaux négatifs qui appellent une plus grande sévérité<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie.

<sup>8</sup> À titre d'exemple, les avocats au niveau d'associé (*partner*) des principaux cabinets juridiques spécialisés réclament des honoraires de \$1 000 à \$2 500 de l'heure.

<sup>9</sup> Ce manque de cohérence est une des explications de la sévérité des peines encourues aux États-Unis par des banques et entreprises françaises comme Crédit Lyonnais, Alstom ou BNP Paribas.

458. Clairement, à en juger par le nombre et l'ampleur des affaires résolues, le système américain est efficace, mais il comporte des risques inhérents de distorsion. Le procureur y est devenu le principal moteur<sup>10</sup> et le rôle du juge du siège, tant à cause de la complexité des affaires que du principe de déférence<sup>11</sup>, est devenu accessoire. En matière de lutte contre la corruption transnationale, les affaires deviennent de plus en plus complexes et les ressources du DOJ sont régulièrement augmentées,<sup>12</sup> mais de nombreux universitaires<sup>13</sup> et juristes estiment que les entreprises qui peuvent mobiliser des ressources importantes et dont les dirigeants sont plus rarement poursuivis depuis la dernière décennie<sup>14</sup>, bénéficient d'avantages qui ne sont pas disponibles pour le commun des mortels.

## **B. Les obstacles d'essence culturelle : « champions nationaux » et politisation**

459. Deux autres habitudes françaises constituent des obstacles à une coopération franco-américaine efficace : la protection des « champions nationaux » et la médiatisation ainsi que la politisation des litiges qui ont conduit à une sorte d'*hubris* français<sup>15</sup>.

La tradition centralisatrice, élitiste et étatiste en France a conduit l'État à jouer un rôle prééminent dans la stratégie et la gouvernance des principales entreprises du pays. Aux États-Unis, pays fédéral et décentralisé, au contraire on se méfie du rôle de l'État : le gouvernement n'est pas la solution, c'est le problème, disait le président Reagan<sup>16</sup>. Il s'ensuit une sorte de révérence en France pour des « champions nationaux », ce qui crée un *hubris* français alors qu'en Amérique les entités dont le capital est contrôlé par l'État sont au contraire l'objet de préjugés négatifs. On comprend ainsi les difficultés d'Amtrak, la compagnie nationale de transport ferroviaire, ou celles de la NASA (*National Aeronautics and Space Administration*) qui ont pourtant des antécédents prestigieux, à obtenir des allocations budgétaires du Congrès. Des compagnies comme Pan American Airways (« *PanAm* »), principal transporteur aérien américain pendant des décennies,

---

<sup>10</sup> Voir en particulier Barkow, Anthony & Rachel, *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, *op. cit.*

<sup>11</sup> Voir ci-dessus la doctrine Chevron.

<sup>12</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie, en particulier les graphes.

<sup>13</sup> Jennifer Arlen, John Coffee, Frederick Davis, Robert Jackson pour ne citer que quelques universitaires rencontrés.

<sup>14</sup> Voir en particulier Eisinger, Jesse, « *The chickenshit club, why the Justice department fails to prosecute executives* », *op. cit.*

<sup>15</sup> Voir ci-dessus.

<sup>16</sup> *Government is not the solution; it is the problem.*



ou General Motors, un des plus grands constructeurs automobiles, ont été liquidés ou substantiellement restructurés entraînant des pertes d'emploi alors qu'en France Air France, Alstom, Areva ou Renault ont été plusieurs fois renfloués par des fonds publics.

460. En France, malgré les privatisations et la construction du modèle économique européen, en principe capitaliste, les appels à l'intervention de l'État pour « sauver les fleurons de l'économie nationale », surtout s'ils sont menacés par des « intérêts anglo-saxons » sont fréquents<sup>17</sup>. De plus, bien que les choses évoluent, la gouvernance des principales sociétés du CAC 40 est souvent dominée par quelques élites issues des mêmes grandes écoles ou corps de l'État qui peuvent avoir le réflexe de se coopter dans les conseils d'administration et de régler leurs possibles différends dans l'entre-soi<sup>18</sup>. Au plan international, cela se traduit par une politique de « faire intervenir » hommes politiques et diplomates au plus haut niveau possible ce qui peut produire aux États-Unis, pays attaché au principe de la séparation des pouvoirs, un effet boomerang<sup>19</sup>. Les « champions nationaux » français, peut-être imbus de leurs privilèges dans l'Hexagone, se sont révélés de piètres négociateurs face aux régulateurs américains. Il semble exister en France des sociétés qui symbolisent l'État français, soit parce qu'elles jouent un rôle clef à l'exportation, soit parce qu'elles ont développé des technologies nouvelles qualifiées de « stratégiques » ou encore parce qu'elles financent des projets « spéciaux », parfois militaires. Souvent les incartades de ces « champions » sont tolérées par les pouvoirs publics. Ainsi, bien que la France soit partie à la *convention de l'OCDE contre la corruption transnationale* entrée en vigueur en 1999, la Direction générale des impôts accordait des déductions fiscales aux entreprises exportatrices pour ce qui était effectivement des pots-de-vin, au moins jusqu'en 2001<sup>20</sup>. Des organisations non gouvernementales, Sherpa, ATTAC, Transparency France, dénoncent régulièrement des scandales financiers avec versement de pots-de-vin à l'étranger et parfois des rétrocessions<sup>21</sup>. De plus, au

---

<sup>17</sup> Voir Einbinder, Fred, *Corruption Abroad: From conflict to cooperation: a comparison of French and American Law and Practice*, p. 778 et s

<sup>18</sup> Voir par exemple Philipponnat, Thierry, *La Capture*, Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État* ou Ghislaine Ottenheimer, *Les Intouchables : Grandeur et décadence d'une caste : l'Inspection des Finances*.

<sup>19</sup> Par exemple l'intervention du président Hollande auprès du président Obama en juin 2014 pour essayer d'aplanir les poursuites aux États-Unis contre BNP Paribas n'a fait que braquer davantage l'opinion américaine contre la banque française.

<sup>20</sup> Un arrêt du Conseil d'État du 4 février 2015 a mis fin à ces pratiques : CE 4/02/2015 numéro 364708. Voir : <http://vivaldi-chronos.com/droit-fiscal/fiscalite-generale/meme-verse-dans-l-interet-de-l-entreprise-un-pot-de-vin-n-est-pas-deductible/>.

<sup>21</sup> Pour ne citer que deux exemples récents de scandales révélés par la presse étrangère :

- La vente de 36 avions Rafale par la société Dassault à l'Inde dans un contrat de 7,8 milliards d'euros signé en septembre 2016 aurait impliqué un « partenaire » indien, Reliance, apparemment désigné par le Premier ministre

moins jusqu'à la loi du 23 octobre 2018, en vertu du système dit du « verrou de Bercy »<sup>22</sup>, les poursuites pénales des auteurs d'infractions financières (fraude fiscale) ne sont possibles qu'avec l'accord discrétionnaire de l'administration fiscale. Si le capitalisme à l'américaine peut être dur pour les entreprises et les travailleurs, le « capitalisme de la barbichette »<sup>23</sup> à la française ne facilite ni la transparence ni l'efficacité économique.

461. L'opinion publique française est traditionnellement façonnée par quelques grands groupes de presse et d'audiovisuel<sup>24</sup> malgré la montée récente d'organismes indépendants qui peuvent diffuser leurs informations relativement facilement et à peu de frais grâce aux réseaux internet. Les journalistes, plus ou moins proches du pouvoir, ne manquent pas de répandre des informations cocardières qui flattent leur audience et un peu d'antiaméricanisme est souvent une bonne recette pour faire augmenter un indice d'écoute.

462. Le capitalisme et l'individualisme aux États-Unis peuvent certes générer des sociétés ou des patrons peu scrupuleux. Nous avons déjà parlé du développement des trusts à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>25</sup> et certains pensent que les GAFAM<sup>26</sup> en sont la réincarnation moderne<sup>27</sup>. Parler de la porte tournante (*revolving door*) entre la haute fonction publique et le secteur privé est un lieu commun. Des conglomérats privés contrôlent parfois les médias : Jeff Bezos, fondateur et président d'Amazon, est propriétaire du *Washington Post* et la famille Murdoch, magnats

---

indien dont le parti politique aurait bénéficié des rétrocessions. Reliance a aussi financé un contrat pour un film publicitaire produit par Julie Gayet, ancienne compagne du président Hollande. L'affaire est sous investigation du PNF depuis le 14 juin 2021 (Voir *Le Monde*, « Affaire de Rafales vendus à l'Inde : un juge français chargé d'enquêter » publié le 2 juillet 2021, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/07/02/affaire-des-rafale-vendus-a-l-inde-un-juge-francais-charge-d-enqueter\\_6086789\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/07/02/affaire-des-rafale-vendus-a-l-inde-un-juge-francais-charge-d-enqueter_6086789_3234.html)).

- Un contrat d'armement de 4,2 milliards d'euros signé en 1999 par la société Thales avec l'Afrique du Sud aurait donné lieu à des pots-de-vin dont aurait bénéficié Jacob Zuma, ancien président de la république sud-africaine. La filiale de Thales en Afrique du Sud est sous investigation locale. Un procès est attendu en Afrique du Sud. (Voir *Le Monde*, « Jacob Zuma et Thales poursuivis pour corruption en Afrique du Sud », publié le 19 mars 2018 [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2018/03/16/l-ex-president-sud-africain-jacob-zuma-sera-poursuivi-pour-corruption\\_5272126\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2018/03/16/l-ex-president-sud-africain-jacob-zuma-sera-poursuivi-pour-corruption_5272126_3212.html)).

<sup>22</sup> Voir la fiche thématique « Qu'appelle-t-on le verrou de Bercy ? » sur le site officiel Vie Publique <https://www.vie-publique.fr/fiches/24152-quappelle-t-le-verrou-de-bercy>.

<sup>23</sup> L'expression est de Laurent Mauduit, auteur spécialiste des réseaux d'influence et journaliste à Mediapart ; il décrit cette forme de capitalisme à propos du « système Minc » et dans un documentaire sur l'affaire Tapie diffusé par la chaîne Arte. Voir aussi Mauduit, Laurent, *Petits conseils*, Stock, 2007 et *La Caste : Enquête sur cette haute fonction publique qui a pris le pouvoir*, La Découverte, 2018.

<sup>24</sup> Voir par exemple le tableau préparé par *Le Monde diplomatique* et mis à jour au 31 décembre 2020 : <https://www.monde-diplomatique.fr/cartes/PPA>.

<sup>25</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie.

<sup>26</sup> Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft.

<sup>27</sup> Voir par exemple la thèse de Lina Khan, professeur de droit à Columbia University et spécialiste de la réglementation antitrust nommée présidente de la Federal Trade Commission en juin 2021.

australiens proches du parti Républicain américain, contrôle le groupe Fox News qui s'adonne parfois au « *French bashing* », comme ce fut particulièrement le cas en 2003 après le refus de la France de participer à la deuxième guerre d'Irak. Toutefois la garantie constitutionnelle de la liberté d'opinion reste un moyen fondamental pour permettre que s'expriment toutes sortes d'idées, y compris les plus fantaisistes ou complotistes. L'opinion publique aux États-Unis est ainsi très divisée et, depuis l'administration Trump, le clivage entre Républicains, souvent très conservateurs, et Démocrates, plus progressistes, s'accroît. Il existe aussi dans la psyché américaine, principalement pour des raisons historiques et, peut-être aussi à cause des sévères pénalités en cas de transgression, un respect pour la loi qui paraît faire défaut en France<sup>28</sup>. La lutte contre la corruption transnationale, et a fortiori le rôle qu'y joue la France, n'est pas un sujet prioritaire pour la très vaste majorité des électeurs américains. Ainsi alors que dans l'Hexagone les colloques sur la soi-disant « guerre économique » menée par les États-Unis contre l'Europe et la France en particulier est un thème qui permet de vendre des livres et remplir les salles, le sujet laisse indifférente la grande majorité du public américain (et par-delà le Congrès) sauf pour quelques universitaires, juristes, ou dirigeants d'entreprise qui se sentent concernés. On pourrait presque paraphraser Pascal : préoccupation en deçà de l'Atlantique, indifférence au-delà.

463. Il résulte de ces différences une tendance en France à la politisation des grandes affaires de corruption. Par contraste aux États-Unis, depuis Watergate, tous les partis politiques dénoncent la corruption même s'ils y voient des causes différentes comme ce fut le cas récemment pour le scandale d'homologation qui a atteint Boeing<sup>29</sup>. Ainsi défendre les cadres d'une entreprise comme Alstom ou Thales, qui ont pourtant toléré sinon approuvé le versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers, peut paraître patriotique en France alors qu'aux États-Unis un patron d'entreprises comme General Electric, Wells Fargo ou Boeing est jugé essentiellement sur sa performance et sera rapidement lâché par ses actionnaires et administrateurs s'il a commis des erreurs stratégiques ou éthiques<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Voir première partie, en particulier les différences d'attitudes américaines et françaises concernant le paiement de l'impôt.

<sup>29</sup> Voir *Le Monde*, « Le Boeing 737 MAX fait son retour dans un secteur aéronautique frappé par la crise la plus grave de son histoire », [https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/11/19/le-boeing-737-max-fait-son-retour-dans-un-secteur-aeronautique-frappe-par-la-crise-la-plus-grave-de-son-histoire\\_6060335\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/11/19/le-boeing-737-max-fait-son-retour-dans-un-secteur-aeronautique-frappe-par-la-crise-la-plus-grave-de-son-histoire_6060335_3234.html).

<sup>30</sup> Voir *Le Monde*, « À la suite d'un scandale privé, Boeing perd à nouveau son président », publié le 8 mars 2005 [https://www.lemonde.fr/economie/article/2005/03/08/a-la-suite-d-un-scandale-privé-boeing-perd-a-nouveau-son-president\\_400813\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2005/03/08/a-la-suite-d-un-scandale-privé-boeing-perd-a-nouveau-son-president_400813_3234.html).

Aux États-Unis comme en France les entreprises sont régies par un ensemble de lois et règles et les banques sont en plus soumises à des obligations spécifiques. Nous analyserons donc comment les différences se manifestent dans le cadre de la lutte contre la corruption transnationale en considérant d'abord le cas général des entreprises puis celui des institutions financières.

## **Section II : La poursuite d'entreprises françaises par les autorités américaines**

464. Les cadres juridiques français et américain en ce qui concerne le traitement des affaires de corruption transnationale sont difficilement compatibles jusqu'en 2017, date de la mise en place de la législation *Sapin 2* en France. De plus, de part et d'autre de l'Atlantique, le contexte politique au début du XXI<sup>e</sup> siècle, surtout après le refus de la France de participer à la deuxième invasion de l'Irak en 2003, ne favorise pas une coordination judiciaire entre les deux pays. Les États-Unis ont développé vers cette époque une collaboration particulièrement étroite avec certains pays d'abord en matière de renseignement, à la suite des attentats de 2001, puis par la suite dans le domaine de la coopération judiciaire. Cette coopération, appelée dans le jargon policier, les « cinq yeux (*five eyes*)<sup>31</sup> » regroupe à côté des États-Unis, l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et le Royaume Uni, tous pays de langue anglaise et de tradition juridique issue de la *common law*. Par la suite les Pays-Bas, dont le système juridique et sociétal est traditionnellement ouvert vers les activités internationales, ont été cooptés dans ce groupe. Ainsi, à partir de 2003, lorsque le DOJ décide de faire appliquer de façon plus agressive et extraterritoriale les lois contre la corruption transnationale, le blanchiment et le financement du terrorisme, il existe pour les fonctionnaires et procureurs américains deux catégories de partenaires possibles : d'une part, un petit groupe de pays, ceux qui font partie des *five eyes*, avec lesquels on peut coopérer étroitement, notamment en échangeant des informations sensibles, et, d'autre part, les autres pays dont il convient de se méfier, surtout si leurs entreprises ne sont pas prêtes à coopérer. La France fait clairement partie de ce second groupe.

Les différends franco-américains graves concernant l'application du FCPA débutent avec trois cas, Technip, Alcatel-Lucent et Total. L'intensité de l'affrontement atteint ensuite un niveau de crise avec l'affaire (ou plutôt les affaires) Alstom alors que la même année, 2014, est aussi

---

<sup>31</sup> Voir Campbell, Josh: *Crossfire Hurricane: Inside Donald Trump's war on the FBI*, Algonquin Books of Chapel Hill, 2019.

marquée par le dénouement du cas BNP Paribas qui est probablement le nadir des relations entre les deux pays en ce qui concerne la coopération judiciaire.

#### A. Les premières entreprises françaises visées par le FCPA : Alcatel-Lucent, Technip, Total

465. Les premières pénalités de plus de cent millions de dollars à l'encontre de firmes françaises pour avoir violé le FCPA visent, par ordre chronologique, Technip, Alcatel-Lucent et Total, comme résumé dans le tableau ci-dessous :

| <u>Entité</u>             | <u>Date de résolution</u> | <u>Type de résolution</u> | <u>Pénalité</u> |
|---------------------------|---------------------------|---------------------------|-----------------|
| <b>Technip</b>            | <b>janvier 2010</b>       | <b>DPA</b>                | <b>\$ 240 M</b> |
| <b>Alcatel-Lucent</b>     | <b>décembre 2010</b>      | <b>plaider coupable</b>   | <b>\$ 137 M</b> |
| <b>Total<sup>32</sup></b> | <b>mai 2013</b>           | <b>DPA</b>                | <b>\$ 245 M</b> |

Ces trois entreprises présentent des traits communs et les poursuites dont elles font l'objet sont caractéristiques de la période « avant Sapin 2<sup>33</sup> » : a) elles sont considérées comme des champions nationaux et des rouages de la stratégie industrielle et de développement française ; b) elles sont issues de réorganisations d'entreprises promues par l'État ; c) leurs dirigeants qui font partie des « castes dirigeantes » restent proches de l'administration et des pouvoirs politiques français ; d) la divulgation de scandales financiers ou éthiques par les médias ne semble pas avoir d'influence sur le comportement ou la gouvernance de ces entreprises.

Ces sociétés ont été l'objet en France de soupçons d'actes illégaux qui ont motivé des enquêtes menées par le même juge d'instruction, Renaud van Ruymbeke<sup>34</sup>, mais sans que les

<sup>32</sup> D'après le communiqué de presse du DOJ du 29 mai 2013, « *French Oil and Gas Company, Total, S.A., Charged in the United States and France in Connection with an International Bribery Scheme... First coordinated action by French and US law enforcement in a major foreign bribery case* », <https://www.justice.gov/opa/pr/french-oil-and-gas-company-total-sa-charged-united-states-and-france-connection-international>.

<sup>33</sup> Voir en particulier l'analyse qui en est faite par Einbinder, Fred, *Corruption Abroad: From conflict to cooperation: a comparison of French and American Law and Practice*, op.cit., p. 732 et suivantes.

<sup>34</sup> Dans ses mémoires, le juge van Ruymbeke écrit : « J'ai eu l'occasion de travailler avec la justice américaine [en particulier dans le cadre de l'affaire Technip qui était associée à des entreprises américaine, japonaise et italienne au Nigeria. Lorsque la presse française, d'abord, puis américaine, évoquent ce dossier] des procureurs américains prennent contact avec moi. Ils souhaitent collaborer avec la France. Je n'y suis pas hostile, bien au contraire. Il est fondamental dans ce type de dossier de dimension internationale que chaque pays concerné enquête et coopère avec les autres. La justice n'a ni drapeau, ni frontières. Elle est universelle. Les procureurs fédéraux [...] viennent à Paris à plusieurs reprises et nous tissons des relations de confiance. [...] Ils disposent d'outils informatiques

dossiers n'aboutissent, au regard de la législation alors applicable, à des inculpations sérieuses dans l'Hexagone. Chaque cas a des caractéristiques particulières.

## 1. Technip

466. Technip est créé par l'Institut français du pétrole en 1958 et développe les activités de recherche et d'exploitation de champs pétroliers et gaziers à travers le monde. Au cours des quatre décennies suivantes, la firme met au point des technologies nouvelles et devient une entreprise phare dans sa spécialité. Elle acquiert d'autres entreprises de haute technologie, connaît une croissance rapide et lance des partenariats (*joint-ventures*) en Australie, au Brésil, en Norvège et aux États-Unis où elle détient une filiale à 100 %. Ses actions, au moins entre 2001 et 2007<sup>35</sup>, sont cotées au New York Stock Exchange. Comme c'est souvent le cas pour les contrats d'exploitation gazière et pétrolière dans des zones géographiques considérées comme risquées, elle développe un partenariat avec des firmes américaine (KBR, filiale de Halliburton), italienne (Snamprogetti) et japonaise (JGC Corporation) autour d'un projet évalué à six milliards de dollars pour la construction sur l'île de Bonny au Nigeria d'une usine de production de gaz naturel liquéfié destiné à l'exportation.

Les quatre entités forment un consortium, TSJK, dont le siège est dans l'île de Madère, sous souveraineté portugaise. Un premier contrat est signé avec les autorités nigérianes en 1995. Il donne lieu au versement de commissions pour un total de \$182 millions crédités à des comptes ouverts en Suisse. Trois autres contrats entre 1995 et 2004 sont signés entre le consortium et la société Nigeria LNG Ltd, concessionnaire du gouvernement nigérian<sup>36</sup>.

---

performants et d'analystes de haut niveau. Ils ont également accès à des informations bancaires extrêmement larges [...] dès lors [que les opérations] ont été réalisées en dollars. Je fais figure d'artisan. [...] La coopération se révèle fructueuse avec les procureurs d'outre-Atlantique qui se saisissent progressivement de l'affaire [...] Les amendes prononcées par la justice américaine sont cent fois plus élevées. [...] Le dossier que j'instruis est dans l'impasse. Certes des commissions ont été versées à l'intermédiaire, mais je ne démontre pas que ce dernier les a reversées aux dirigeants du Nigeria. [En France] rémunérer un lobbyiste n'est pas une infraction. [...] Ce dossier m'a permis de prendre conscience du fossé culturel qui nous sépare des États-Unis. Le *plea bargaining* permet aux procureurs américains d'obtenir des aveux tout en négociant la peine. Depuis cette affaire la législation française a considérablement évolué. Comme en matière de corruption, la France a fini par s'aligner sur des standards internationaux inspirés des États-Unis. » Van Ruymbeke, Renaud, *Mémoires d'un juge trop indépendant*, op. cit., p. 216 à 220.

<sup>35</sup> Selon les informations disponibles sur le site FCPA Clearinghouse : <https://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=751>.

<sup>36</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 28 juin 2010 : "*Technip SA resolves FCPA investigation and agrees to pay \$240 million criminal penalty*" (Technip SA met fin à l'enquête du FCPA et accepte de payer une amende de

467. Les agissements et possibles complicités de corruption et blanchiment des groupes français actifs dans l'industrie pétrolière et gazière, particulièrement en Afrique, avaient retenu l'attention des juges d'instruction Eva Joly, Laurence Vichnievski et Renaud van Ruymbeke dès 1994<sup>37</sup>. En 2003 les premières informations sur la subornation d'agents publics nigériens par le consortium TSJK sont d'abord publiées dans la presse française<sup>38</sup>. Chronologiquement, l'investigation française qui vise Technip et Halliburton précède l'américaine ; le juge d'instruction français lance des lettres rogatoires vers la Suisse, Monaco, l'Italie et le Japon pour démonter le mécanisme des paiements de pots-de-vin mais ne peut obtenir des éléments de preuve suffisants pour établir un acte d'accusation valable en droit français<sup>39</sup> ; il échange aussi des informations avec les enquêteurs américains.

468. Le DOJ et la SEC poursuivent concurremment les entités du consortium TSJK et leurs maisons mères soupçonnées de violation du FCPA. Ces entités sont accusées d'avoir monté entre 1995 et 2004 divers mécanismes financiers qui permettent de verser des pots-de-vin à des agents publics nigériens. Les membres du consortium ont formé un « comité culturel » (*cultural committee*) réunissant des hauts responsables de chaque entité qui examinaient et approuvaient les mécanismes de corruption. Un des mécanismes consistait à monter des contrats fictifs par l'intermédiaire d'une compagnie écran, contrôlée par un avocat (*solicitor*) britannique, Jeffrey Tessler, qui a reçu plus de \$132 millions pour les redistribuer aux agents publics nigériens. Un autre mécanisme consistait à passer des contrats par l'intermédiaire d'une *trading* japonaise, Marubeni, à laquelle était allouée la somme de \$51 millions pour des paiements à des fonctionnaires nigériens de rang moyen. Deux intermédiaires ont été recrutés avec l'accord explicite de représentants de Technip pour « mettre de l'huile dans les rouages » et, en outre, un cadre de Technip, Albert Jack Stanley, a servi d'intermédiaire avec les autorités nigérianes<sup>40</sup>. Il

---

\$240 millions) <https://www.justice.gov/opa/pr/technip-sa-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-240-million>.

<sup>37</sup> En 2001, à la suite du scandale Elf, une trentaine d'hommes politiques français, dont Roland Dumas, ministre des Affaires étrangères, et cadres de la société Elf, dont son président, Loïk Le Floch-Prigent, sont condamnés pour «abus de biens sociaux et crédits», «abus de pouvoir», «complicité d'abus de biens sociaux» et «usage de faux documents» mais la plupart des peines sont annulées ou réduites en appel. Voir « L'affaire Elf en résumé », *Challenges*, publié le 8 mars 2007 : [https://www.challenges.fr/entreprise/l-affaire-elf-en-resume\\_388898](https://www.challenges.fr/entreprise/l-affaire-elf-en-resume_388898).

<sup>38</sup> Notamment le *Figaro* du 2 juin 2003.

<sup>39</sup> Voir Decouty, Eric: « *A Nigerian Contract at the Heart of a Corruption Affair* » publié par Global Policy Forum le 28 décembre 2003 : <https://archive.globalpolicy.org/component/content/article/172-general/30253.html>.

<sup>40</sup> En servant d'intermédiaire Stanley est complice donc co-auteur du crime au regard du FCPA. Voir le communiqué de presse du DOJ du 28 juin 2010 : <https://www.justice.gov/opa/pr/technip-sa-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-240-million>.

n'est donc pas possible à l'entreprise de nier sa complicité dans des faits de corruption tels que définis par le FCPA.

Le 28 juin 2010, Technip signe un accord de type DPA avec le DOJ<sup>41</sup> ; il inclut la nomination d'un *moniteur*<sup>42</sup> chargé de superviser pendant une période de deux ans les systèmes de compliance et le paiement d'une pénalité de \$240 millions. Le même jour, la firme signe un accord séparé avec la SEC qui prévoit la rétrocession de \$98 millions de profits illicites. Les autres participants aux schémas de fraude sont également poursuivis et punis : en février 2009, KBR accepte un plaider coupable (*guilty plea*) avec le DOJ, doit employer un moniteur de compliance pour une période de trois ans et payer une amende de \$402 millions. En juillet 2010 la filiale néerlandaise de Snamprogetti, qui participait au consortium TSJK, signe aussi un accord DPA avec le DOJ et paye également une pénalité de \$240 millions. Pour sa part, la firme japonaise JCG en mai 2011 signe un accord DPA avec le DOJ qui inclut des pénalités pour \$208 millions et l'engagement d'un moniteur alors que le DOJ en janvier 2012 impose aussi à Marubeni des pénalités de \$546 millions et des obligations de compliance. Enfin le DOJ poursuit également les individus impliqués dans les schémas de corruption : en septembre 2008 Stanley, qui a servi d'intermédiaire, plaide coupable et est condamné à 30 mois de prison et une amende de \$10,8 millions alors que Tesler, l'avocat britannique, qui avait monté la société écran qui servait au paiement des pots-de-vin, est condamné à 21 mois de prison et une amende de \$149 millions.

469. Ainsi dans l'affaire Technip/TSJK, les autorités américaines ont frappé fort et à l'échelle mondiale. L'entreprise la plus durement touchée est américaine, KBR, mais ses partenaires français, italien et japonais ainsi que les « cerveaux » qui ont monté le schéma de corruption sont aussi punis. Dans le traitement de cette affaire, les sanctions semblent équitables et il n'y a pas de ciblage particulier de l'entreprise française ou de ses dirigeants. En fait dans son communiqué de presse du 28 juin 2010 qui annonce la résolution du litige avec Technip, le DOJ salue l'assistance significative fournie par les autorités de France, Italie, Suisse et du Royaume Uni<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> *USA vs Technip SA*, Case 4:10-cr-00439 Document 1-1 Filed in TXSD on 06/28/10. Le texte complet est disponible sur le site du FCPA Clearinghouse : <https://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/3000/002479.pdf>.

<sup>42</sup> Nous utilisons le terme « moniteur », traduction de *monitor*, dans le sens juridique américain : un « moniteur » est un superviseur indépendant mais agréé par le DOJ ou les autorités de régulation.

<sup>43</sup> « *Significant assistance was provided by [...] the authorities in France, Italy, Switzerland and the United Kingdom.* » (L'assistance significative qui a été fournie par ... les autorités en France, Italie, Suisse et au Royaume-Uni).

Voir <https://www.justice.gov/opa/pr/technip-sa-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-240-million>.



## 2. Alcatel-Lucent

470. Alcatel-Lucent est une société spécialisée dans les systèmes et équipement de télécommunications, créée en 2006 par la fusion d'Alcatel SA et Lucent. Les origines d'Alcatel (acronyme de Société alsacienne de constructions atomiques de télécommunications et d'électronique) remontent à une entreprise de Mulhouse intégrée en 1966 au groupe CGE (Compagnie générale d'électricité), qui est alors le champion de l'industrie française en matière de développement de systèmes touchant à la génération et au transport d'électricité ainsi qu'aux télécommunications qui sont des activités en pleine transformation technologique. Alstom, dont nous reparlerons, est aussi issue de la CGE, groupe de statut privé mais où l'influence de l'administration française est forte. Serge Tchuruk, nommé président du groupe Alcatel- Alsthom<sup>44</sup> en 1995 restructure le groupe en deux unités distinctes : a) la société d'équipements de télécommunications terrestres et spatiales : Alcatel ; et b) la société Alstom<sup>45</sup>.

Pensant qu'au niveau mondial, pour être compétitif dans les télécommunications, une taille minimum est nécessaire, Tchuruk organise quelques années plus tard le rapprochement avec l'équipementier américain Lucent pour créer le nouveau groupe Alcatel Lucent dont Alcatel détient 60 % du capital et dont l'existence officielle commence le 1<sup>er</sup> décembre 2006. Tchuruk en est nommé président avec à ses côtés Patricia Russo, ancienne directrice générale de Lucent. La polémique des « parachutes dorés (*golden parachutes*) » apparaît un peu plus tard : Serge Tchuruk et Patricia Russo reçoivent en 2008 de leur conseil d'administration une « prime spéciale de départ » de 5,7 millions d'euros chacun alors que la valorisation boursière du titre a chuté depuis le rapprochement. Les résultats financiers escomptés de la fusion se font attendre<sup>46</sup> au point qu'en 2012 Alcatel-Lucent qui faisait partie du CAC 40 depuis 1987, en est exclu.

471. Dès avant leur fusion, Lucent et Alcatel sont chacun soupçonnés de faits de corruption. En 2003 Lucent est accusé par un de ses concurrents, NGC, d'avoir proposé des pots-de-vin à des agents officiels pour obtenir un nouveau contrat de téléphonie en Arabie saoudite. Le DOJ et la SEC mènent une enquête, mais celle-ci ne peut corroborer les accusations. Cependant dans un

---

<sup>44</sup> Alsthom s'écrit alors avec un « h ».

<sup>45</sup> Qui devient alors Alstom, sans « h », une entité autonome bientôt cotée en bourse à Paris.

<sup>46</sup> Voir l'article de Brafman, Nathalie publié dans *Le Monde* du 29 juillet 2008 « Pat Russo et Serge Tchuruk quittent Alcatel-Lucent ; l'équipementier en panne de stratégie accumule les pertes depuis deux ans ». Voir: [https://www.lemonde.fr/economie/article/2008/07/29/pat-russo-et-serge-tchuruk-quittent-alcatel-lucent\\_1078415\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2008/07/29/pat-russo-et-serge-tchuruk-quittent-alcatel-lucent_1078415_3234.html)

effort de coopération avec les régulateurs, la firme lance un audit complet de ses procédures et note des irrégularités concernant des marchés en Chine. L'entreprise s'auto-dénonce immédiatement et le cas se termine en décembre 2007 par un accord de type NPA avec le DOJ, un accord de composition avec la SEC et le règlement de pénalités relativement anodines pour un total de \$2,5 millions<sup>47</sup>.

Alcatel de son côté attire l'attention des enquêteurs du DOJ et de la SEC qui en 2004 soupçonnent des pots-de-vin en relation avec des marchés au Costa Rica et à Taïwan.<sup>48</sup> Parallèlement est menée une enquête française sur des marchés au Costa Rica, au Nigeria et au Kenya mais l'instruction n'aboutit à aucune mise en examen, peut-être parce que la situation financière de l'entreprise est précaire et que les autorités ne souhaitent pas compromettre son avenir<sup>49</sup>. Finalement, après la fusion, Alcatel-Lucent signe plusieurs accords avec les autorités américaines.

En décembre 2010, Alcatel-Lucent finalise ses discussions avec le DOJ et la SEC et accepte de payer un total de \$137 millions en pénalités et amendes pour violations au FCPA et corruption d'agents publics au Costa Rica, au Honduras, en Malaisie et à Taïwan entre 1996 et 2006. La maison mère et trois filiales s'engagent à réformer leurs systèmes de compliance, à ne plus utiliser d'intermédiaires pour payer des pots-de-vin et à régler des amendes qui s'élèvent à \$92 millions au DOJ. S'y ajoute une restitution pour profits illicites (*disgorgement*) de \$45 millions versée à la SEC. Les accords signés avec le DOJ sont des plaider coupable (*guilty pleas*), et non des DPA, tant les infractions sont flagrantes. Certains dirigeants du groupe sont aussi poursuivis par les autorités américaines, ainsi en septembre 2008, Christian Sapsizian, citoyen français qui dirigeait la filiale du Costa Rica, est condamné à 30 mois de prison et une amende de \$261,500.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Voir FCPA Blog du 28 décembre 2010, Cassin, Richard, « *Alcatel-Lucent Settles Bribery Case* », <https://fcpablog.com/2010/12/28/alcatel-lucent-settles-bribery-case/>.

<sup>48</sup> D'après Einbinder, Fred, *Corruption Abroad: From conflict to cooperation: a comparison of French and American Law and Practice*, op. cit., p. 738. L'enquête sur Taiwan sera abandonnée par le DOJ mais pas celle sur le Costa Rica. Einbinder se fonde sur une étude de Trzcinski, Leah « *The impact of the FCPA on Emerging markets: Company Decision Making in a Regulated World* », *NYU Journal of International Law and Policy*, 2013, numéro 1201, p.1244 à 1250. L'article inclut une étude du cas Alcatel.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Employé par Alcatel pendant plus de vingt ans, il aurait monté un système pour verser des pots-de-vin sous forme de commissions pour plus de \$14 millions et est poursuivi avec son complice Costa Ricain Edgar Valverde Acosta. Alcatel est informé par le DOJ de son enquête et tous deux ont été licenciés par la firme en 2004. (Source: FCPA Blog du 28 décembre 2010 : *Alcatel-Lucent settles bribery case* : <https://fcpablog.com/2010/12/28/alcatel-lucent-settles-bribery-case/>.)

472. La publicité négative autour des affaires de corruption, une fusion qui ne semble pas réussir à intégrer des cultures d'entreprises différentes et développer des synergies ainsi qu'un environnement mondial très concurrentiel finissent par plomber l'entreprise. Le départ, avec parachutes dorés, de Tchuruk et Russo ne permet pas d'établir une nouvelle stratégie. Les tentatives de restructuration lancées par les nouveaux présidents, Michel Combes puis Philippe Camus, ne réussissent pas à dégager une rentabilité satisfaisante. En 2014 la firme est à nouveau réorganisée et une partie de ses activités (téléphonie d'entreprise) vendue à un conglomérat chinois, China Huaxin, alors que le groupe se concentre sur la téléphonie mobile. Finalement, en 2015 des négociations sont engagées avec le groupe finlandais Nokia qui rachète la société pour 15,6 milliards d'euros. Alcatel-Lucent cesse d'exister en tant que compagnie le 3 novembre 2016.

### 3. Total

473. Total est considéré comme le champion français de l'exploration, du raffinage et de la distribution de produits dérivés du pétrole et, avec des revenus annuels de plus de 200 milliards de dollars en 2020 il s'agit d'une des dix principales compagnies pétrolières du monde<sup>51</sup>. L'entreprise a ses origines dans la réorganisation de l'industrie et des activités pétrolières en France après la Seconde Guerre mondiale. À partir des années 1960, le secteur est dominé par les entreprises Elf-Aquitaine et Total, directement ou indirectement contrôlées par l'État et qui forment, de facto, un cartel. En 1994, Elf-Aquitaine est privatisé et intégré au groupe Total qui reprend aussi les actifs de la société belge Petrofina.

Elf, durant la période de 1950 à 1990, est particulièrement actif en Afrique, et se trouve au centre d'un système politico-économique surnommé « la Françafrique » contrôlé par les dirigeants politiques français. Des mécanismes opaques impliquant toutes sortes d'intermédiaires permettent à la fois de financer des activités politiques en métropole et de verser de généreuses commissions aux détenteurs du pouvoir en Afrique qui accordent des concessions et autres privilèges économiques aux entreprises françaises. Ces activités font l'objet de plusieurs enquêtes en France, dont celles diligentées par la juge d'instruction Eva Joly qui, le 5 juillet 1996, fait incarcérer

---

<sup>51</sup> Selon le classement pour 2020 établi par *Offshore Technology*, une revue spécialisée, Total était la 8<sup>e</sup> plus grosse entreprise du monde. Les trois premières places du classement sont occupées par des groupes chinois, suivis par Royal Dutch Shell, Saudi Arabian Oil, BP et Exxon. Dans ce classement Total précède Chevron et Rosent. Voir <https://www.offshore-technology.com/features/top-ten-oil-and-gas-companies-in-2020/>.

l'ancien PDG du groupe, Loïk Le Floch-Prigent<sup>52</sup>. Cependant plusieurs demandes d'informations de la juge auprès de l'administration restent sans réponse pour cause de secret défense et autres tactiques d'obstruction. Bien que les noms des principaux individus et politiciens mêlés au scandale Elf soient connus et diffusés par les médias, en fin de compte, après des années de procédures, les magistrats instructeurs n'obtiennent pas de condamnation significative<sup>53</sup>.

474. À partir de 1995, c'est Total qui est responsable de l'ensemble des activités pétrolières françaises. La société émet des titres sur le marché américain et certaines de ses opérations sont l'objet de nouvelles enquêtes tant en France qu'aux États-Unis. En particulier, cette entreprise ainsi que BNP Paribas, jouent un rôle central dans le programme des Nations Unies « Pétrole contre Nourriture (*Oil for Food*) » en vigueur de 1996 à 2003. Ce programme est organisé par la communauté internationale après la libération du Koweït et des champs pétroliers qui avaient été occupés par les troupes du dictateur irakien Saddam Hussein alors que la France et les États-Unis étaient de proches alliés. Le programme dont le montant s'élève à \$1,8 milliard, est considéré comme un des plus grands scandales financiers de l'histoire des Nations Unies.

L'enquête qui suit la découverte du fiasco financier est confiée par l'ONU à Paul Volcker, ancien président de la Federal Reserve. Elle montre l'existence de très nombreux schémas de corruption<sup>54</sup>. Le rapport Volcker met en cause des milliers d'acteurs, y compris des hauts fonctionnaires et le secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, qui a « manqué de discernement (*had poor judgement*) » en ignorant les alertes impliquant son propre fils Kojo. Les processus onusiens sont clairement déficients concernant l'attribution des marchés et les contrôles financiers. Selon le rapport (*Independent Inquiry Committee Report*<sup>55</sup>) rendu public le 7 septembre 2005, des milliers de firmes de diverses nationalités (américaines, britanniques, russes, australiennes, coréennes, européennes) sont accusées d'avoir participé à des mécanismes de

---

<sup>52</sup> Dans le cadre de l'affaire Elf, Loïk Le Floch-Prigent est condamné pour abus de biens sociaux à trois reprises ; il passe moins de six mois en prison en 1996 mais est à nouveau condamné à cinq ans de prison le 12 novembre 2003 puis remis en liberté pour raison de santé le 8 avril 2004.

<sup>53</sup> Voir *L'Obs Économie* du 11 octobre 2000, « Elf: les magistrats relancent Fabius », <https://www.nouvelobs.com/economie/20001010.OBS8077/elf-les-magistrats-relancent-fabius.html>.

Voir aussi Garrigues, Jean, *Les scandales de la République, de Panama à l'affaire Elf*, Robert Laffont, 2004.

<sup>54</sup> Voir Council on Foreign Relations, Mc Mahon, Robert: « *The Impact of the UN Oil for Food Scandal* », publié le 11 mai 2006

<https://www.cfr.org/background/impact-un-oil-food-scandal#:~:text=The%20Impact%20of%20the%20UN%20Oil-for-Food%20Scandal%20The,reach%20capitals%20of%20nation-%20states%20and%20corporate%20headquarters.>

<sup>55</sup> Voir le communiqué de presse officiel : [http://www.iic-offp.org/documents/Sept05/Press\\_07Sept05.pdf](http://www.iic-offp.org/documents/Sept05/Press_07Sept05.pdf).

corruption et de rétrocession. Des enquêtes et actions pénales sont ouvertes aux États-Unis<sup>56</sup> et dans de nombreux pays occidentaux, y compris en France où le processus judiciaire est particulièrement lent. Le 8 juillet 2013<sup>57</sup>, un premier jugement du tribunal correctionnel de Paris déclare Total et son président, Christophe de Margerie,<sup>58</sup> et l'entreprise suisse Vitol qui avait servi d'intermédiaire ainsi que 17 individus impliqués, dont Charles Pasqua<sup>59</sup>, non coupables. Après appel par les procureurs et quelques autres délais judiciaires, en février 2016, le groupe Total est finalement condamné à 750 000 euros d'amende, la peine maximale selon le droit français alors applicable, tandis que le groupe Vitol est condamné à une amende de 300 000 euros. Dans le même jugement, un des prévenus est relaxé mais onze autres, dont l'ancien ambassadeur de France à l'ONU, Jean-Bernard Mérimée, sont condamnés à des amendes de 50 000 à 75 000 euros pour leurs rôles dans le scandale « Pétrole pour Nourriture ». Christophe de Marjorie et Charles Pasqua sont décédés entre le premier jugement et celui en appel<sup>60</sup>. Selon l'avocat de Total, l'entreprise aurait pu introduire de nouveaux pourvois, mais elle considère plus expéditif de régler l'amende et de clore le dossier. Les autres condamnés cependant intentent de nouvelles procédures et ce n'est que le 14 mars 2018 par un arrêt de la Cour de cassation de 148 pages que les décisions de la cour d'appel sont validées<sup>61</sup>.

475.L'Iran est aussi un volet important des activités de Total. À partir de 1995, le groupe essaye de s'y implanter et a recours à des intermédiaires pour améliorer ses chances de succès pour des contrats d'exploitation de champs pétroliers et gaziers auprès de la société locale NIOC (*National Iranian Oil Company*) qui alloue les concessions et projets connexes. De 1995 à 2004 Total signe des contrats avec divers intermédiaires pour un total de 60 millions de dollars et qualifie dans ses livres les sommes versées de « frais de prospection (*business development expenses*) » alors

---

<sup>56</sup> Au moins trois citoyens américains, Samir Vincent, Oscar Wyatt et Davil Chalmers, et plusieurs entreprises seront condamnés par les tribunaux (voir le document cité ci-dessus).

<sup>57</sup> Voir Bon, Gérard et Sage, Alexandria, "*Total and CEO acquitted in Iraq oil for food scandal*", Reuters, 8 juillet 2013 : <https://www.reuters.com/article/us-france-total-idUSBRE9670QK20130708>.

<sup>58</sup> Il était en charge des activités du groupe au Moyen Orient lorsque le programme « Pétrole contre Nourriture » était en vigueur.

<sup>59</sup> Charles Pasqua est soupçonné de corruption passive. Selon un rapport du Sénat américain, il aurait reçu des « bons pétrole » pour l'équivalent de \$11 millions. Voir : <https://francais.rt.com/international/3404-delibere-proces-petrole-contre-nourriture>.

<sup>60</sup> Voir le *Figaro* du 26 février 2016.

<sup>61</sup> Voir l'article de Julie Gallois dans *Dalloz Actualité* du 4 avril 2018: « Pétrole contre nourriture : précisions en matière de corruption d'agents publics étrangers et d'abus de biens sociaux » <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/petrole-contre-nourriture-precisions-en-matiere-de-corruption-d-agents-publics-et-rangers-et-d-#.YPnKs6iSmqk>.

qu'elles couvrent en réalité des pots-de-vin. La comptabilité de l'entreprise dont les actions sont cotées au NYSE ne comporte pas les procédures de contrôle comptable interne exigées par la loi américaine. Des enquêtes sur ces irrégularités sont ouvertes et annoncées aux États-Unis ainsi qu'en France.

L'enquête française ouverte en 2006 porte essentiellement sur des malversations autour du contrat gazier de South Pars d'une valeur de deux milliards de dollars pour lequel des pots-de-vin de trente millions de dollars ont été versés. Elle aboutit en 2018 à une amende de 500 000 euros alors que le parquet avait demandé l'amende maximale de 750 000 euros et la confiscation de 250 millions d'euros sur les comptes de la multinationale correspondant au produit de l'infraction<sup>62</sup>. Entre-temps la justice américaine se montre bien plus sévère et rapide.

476. Le 29 mai 2013, le DOJ, en coordination avec les autorités françaises et la SEC, annonce la conclusion d'un accord de type DPA qui comporte une amende de \$242 millions et l'engagement de recruter un superviseur (*monitor*) indépendant pour une période de trois ans. L'accord précise que les faits de corruption qui fondent les poursuites du DOJ se limitent aux activités de l'entreprise en Iran entre 1995 et 2004. Par ailleurs Total conclut aussi le même jour un accord de « *cease and desist* » par lequel la compagnie s'engage à restituer (*disgorgement*) \$153 millions. Le même communiqué de presse<sup>63</sup> annonce que les autorités françaises engagent une procédure criminelle à l'encontre du président de la compagnie (Christophe de Margerie) et deux autres individus. Il est donc probable que le DOJ s'attendait à ce que les autorités françaises condamnent Total pour des activités autres que celles en Iran. Ainsi dans sa conclusion, le communiqué américain exprime la profonde gratitude du DOJ aux autorités françaises pour leur coopération<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Voir *Le Point*, article publié le 21 décembre 2018, « Total condamné à 500 000 euros d'amende pour corruption en Iran », [https://www.lepoint.fr/justice/total-condamne-a-500-000-euros-d-amende-pour-corruption-en-iran-21-12-2018-2281290\\_2386.php](https://www.lepoint.fr/justice/total-condamne-a-500-000-euros-d-amende-pour-corruption-en-iran-21-12-2018-2281290_2386.php).

<sup>63</sup> DOJ Office of Public Affairs : *French Oil and Gas Company, Total, S.A., Charged in the United States and France in Connection with an International Bribery Scheme*: <https://www.justice.gov/opa/pr/french-oil-and-gas-company-total-sa-charged-united-states-and-france-connection-international>.

<sup>64</sup> *Ibid* : « *The department also acknowledges and expresses its deep appreciation for the cooperation and partnership of French law enforcement authorities.* » (Le Département tient aussi à reconnaître et à exprimer sa profonde satisfaction pour la coopération et le partenariat mené avec les autorités judiciaires françaises)

477. Les affaires Technip, Alcatel-Lucent, Total, soulignent les profondes différences de procédures et de sévérité des peines entre les systèmes américain et français. On note cependant que, jusqu'en 2013, une coopération entre autorités de poursuite des deux pays semble non seulement possible mais qu'elle est même souhaitée, au moins au niveau des magistrats. Du côté américain toutefois, les frustrations face à la lenteur (pour ne pas dire paralysie) des procédures françaises et à la faiblesse relative des peines prononcées qui manquent totalement d'effet dissuasif se font sentir<sup>65</sup> et conduisent le DOJ à agir de manière plus indépendante.

## B. Les cas Alstom

478. Beaucoup a été écrit et dit en France à propos de l'« affaire Alstom », y compris dans les deux rapports parlementaires déjà cités<sup>66</sup>, alors qu'elle ne suscite pas d'état d'âme particulier aux États-Unis. Elle est cependant la raison principale du limogeage en 2017 de Jeffrey Immelt, le président de *General Electric (GE)*, principal architecte de l'achat d'une grande partie des actifs de la firme française dont l'assemblée générale approuve la transaction le 19 décembre 2014.

Plusieurs livres et études<sup>67</sup> ont été publiés sur ce sujet. Le plus connu est sans doute *Le Piège américain*<sup>68</sup> de Frederic Pierucci, condamné et incarcéré plus de deux ans par la justice américaine pour violation du FCPA. Son récit est écrit comme un roman policier et présente sa version des faits. Plus objectif, même si plus ancien, nous paraît le livre du journaliste Jean-Michel Quatrepoint : *Alstom, scandale d'État*<sup>69</sup>. Nous avons utilisé ces documents ainsi que les archives du DOJ pour rédiger les pages suivantes et nous efforcerons d'analyser la signification de l'affaire dans le cadre de notre sujet. En fait, il y a à la fois des cas Alstom qui concernent l'entreprise et ses filiales et des cas annexes sur le sort réservé à ses employés poursuivis par le DOJ, dont Frederic Pierucci et Lawrence Hoskins. Il convient tout d'abord de retracer brièvement les transformations d'Alstom les années qui ont précédé la vente de sa branche électricité à GE pour pouvoir comprendre les déboires de la firme avec la justice américaine et essayer d'en tirer les leçons.

---

<sup>65</sup> Voir par exemple les comptes rendus des auditions au Sénat américain sur le programme *Oil for Food*.

<sup>66</sup> Les rapports Lellouche-Berger (2016) et Gauvain (juin 2019). Voir ci-dessus la conclusion de la 1ère partie de cette thèse, « Un livre et deux rapports parlementaires ».

<sup>67</sup> En particulier la note d'information publiée par Sherpa, ONG reconnue d'utilité publique en France.

<sup>68</sup> Publié en janvier 2019, quelques mois après son retour en France.

<sup>69</sup> J.- M. Quatrepoint a été journaliste au *Monde*, à l'*Agefi*, à la *Tribune* et au *Nouvel Économiste*.

## 1. Fleuron de l'industrie française ou canard boiteux ?

479. Le groupe Alstom, sous sa forme juridique actuelle, est le résultat d'une réorganisation en 1998 du conglomérat CGE (Compagnie générale d'électricité), lui-même créé à la suite de la restructuration de l'industrie française après la Seconde Guerre mondiale. La nouvelle société est introduite en bourse à Paris et ses titres sont également cotés au New York Stock Exchange<sup>70</sup>. Mais, bien que son statut soit privé, sa stratégie est fortement influencée par l'État qui, en pratique, nomme ses dirigeants.

À l'origine, en 1928, Als-Thom est la contraction d'« Alsace » et de « Thomson », devenu Alsthom, qui était le résultat de la fusion d'une partie de la Société alsacienne de constructions mécaniques (SACM), spécialiste de la construction de locomotives, et de la Compagnie française pour l'exploitation des procédés Thomson Houston (CFTH), société franco-américaine spécialiste des équipements de traction électrique ferroviaire et de construction électromécanique<sup>71</sup>. Le périmètre des activités du groupe, au fil des décennies, des restructurations et des ambitions de la politique industrielle française, connaît d'importants changements, englobant parfois des chantiers navals et le développement et la commercialisation de générateurs ainsi que le transport de toutes formes d'électricité à une époque où ce secteur est en pleine transformation technologique<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Au moins jusqu'en juillet 2004 d'après les informations publiées par le DOJ le 22 décembre 2014 : *Alstom Information*, Document 1, p. 2, <https://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/3000/002407.pdf>.

<sup>71</sup> D'après Wikipedia « Alstom », consulté le 11 août 2021 : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Alstom>.

<sup>72</sup> Pour ne citer que quelques étapes de la transformation du groupe, retenons les dates suivantes :

- 1969 : Alsthom devient filiale de la Compagnie générale d'électricité
- 1976 : Alsthom fusionne avec les Chantiers de l'Atlantique devenant Alsthom Atlantique
- 1989 : fusion d'Alsthom avec GEC Power Systems et création de GEC-Alsthom
- 1998 : GEC Alsthom, devenue Alstom, entre en Bourse
- 1999 : création d'ABB Alstom Power (intégrée dans Alstom en 2000)
- 2000 : rachat de la société italienne Fiat Ferroviaria, dans la note
- 2001 : Alcatel et Marconi cèdent leurs parts (24% chacun) dans Alcatel
- 2003 : crise financière : Alstom au bord de la faillite ; aide de l'État qui apporte 730 millions et prend 21% du capital ; nomination de Patrick Kron comme PDG ; la Commission européenne exige des désinvestissements
- 2004 : Alstom cède à Areva son secteur Transmission et Distribution ; défaisance d'Alstom Contracting
- 2006 : défaisance des activités de chantiers navals ; l'entreprise retrouve l'équilibre financier et l'État vend ses parts au groupe Bouygues
- 2010 : rachat de l'activité transmission d'Areva T&D
- 2012/13 : nouvelles difficultés financières (surendettement)
- 2014 : cession de toute la branche énergie à General Electric et plaider coupable avec le DOJ
- 2016 : départ de Patrick Kron (qui reçoit une prime de 4 millions d'euros), à qui succède Henri Poupart-Lafarge comme PDG ; recentrage de la firme sur les activités ferroviaires (dont le nouveau PDG avait été en charge de 2011 à 2016)
- 2019 : la Commission européenne rejette le projet de fusion entre Alstom et Siemens Mobility pour non-conformité aux règles européennes de la concurrence



Lorsque les autorités américaines commencent, à partir de 2010, à enquêter sérieusement sur des soupçons de corruption d'agents publics étrangers, le groupe a un chiffre d'affaires consolidé de l'ordre de 20 milliards d'euros, est présent à travers de nombreuses filiales dans plus de 70 pays et compte jusqu'à 115 000 collaborateurs. Il est souvent en concurrence avec des fournisseurs étrangers, notamment américains, dans le cadre de projets de développement de centrales électriques. Il est aussi réputé internationalement comme constructeur des trains à grande vitesse (TGV). Ses nombreuses activités peuvent être regroupées en deux branches : le transport ferroviaire d'une part et de l'autre la génération et l'acheminement d'électricité.

480. La survie du groupe dépend, directement ou indirectement, des commandes d'EDF et de la SNCF, ainsi que de l'État qui nomme ou avalise la nomination des principaux dirigeants et souvent arbitre les « querelles de Gaulois »<sup>73</sup> entre Alstom, Areva et EDF dont les activités s'enchevêtrent. Les rivalités entre les dirigeants de ces groupes sont « homériques<sup>74</sup> » et personnelles, en particulier en ce qui concerne le développement de l'énergie nucléaire. L'opposition entre Anne Lauvergeon (Areva) et Patrick Kron (Alstom) qui ont chacun de puissants soutiens politiques<sup>75</sup> bloque la mise en place d'une politique industrielle cohérente d'autant plus que certaines acquisitions, en particulier celle d'ABB Power qui produit des centrales électriques déficientes, s'avèrent désastreuses. En 2003, Patrick Kron, qui vient d'être nommé président, est contraint de vendre des actifs, de supprimer 1 600 emplois en France, d'organiser une augmentation de capital de 600 millions d'euros et de solliciter une aide de l'État de 720 millions d'euros. Elle lui sera accordée, malgré les remontrances de la Commission européenne, et fera dire à Nicolas Sarkozy, alors ministre des Finances, qu'il a « sauvé Alstom »<sup>76</sup>.

Une décennie plus tard, les dysfonctionnements du groupe et sa fragilité financière apparaissent à nouveau. Il faut soit obtenir une nouvelle aide de l'État, ce qui susciterait encore des problèmes avec les autorités européennes que le président François Hollande ne semble pas disposé à affronter. L'alternative est de vendre et/ou trouver des partenaires. Parmi les repreneurs, les choix possibles se limitent à deux : soit l'allemand Siemens (allié au Japonais Mitsubishi) qui,

---

2021: Alstom achète la branche transport du groupe canadien Bombardier.

<sup>73</sup> L'expression est de Jean-Michel Quatrepoint, *Alstom, scandale d'État*, p. 13.

<sup>74</sup> *Ibid.* p. 41.

<sup>75</sup> Anne Lauvergeon avait été « sherpa » de François Mitterrand alors que Henri Proglio (président d'EDF) et Patrick Kron sont proches de Nicolas Sarkozy.

<sup>76</sup> Voir par exemple *The Economist* du 8 mai 2004 : « *The Alstom affair: the French government defends state intervention in big business* », <https://www.economist.com/business/2004/05/06/the-alstom-affair>.

en partie à cause de rivalités anciennes, ne montre pas un grand enthousiasme ; soit l'américain GE qui est particulièrement intéressé par la branche électricité. Il y a urgence car entre-temps le groupe fait l'objet de plusieurs enquêtes pour corruption, en particulier par le DOJ.

Notre propos ici n'est pas d'examiner l'histoire des transformations de la firme et de la vente de la branche électricité à GE, mais de montrer dans le cadre de notre étude pourquoi Alstom a été accusé de faits de corruption, notamment au titre du FCPA, et comment ses démêlés avec les autorités américaines ont été résolus.

## 2. Le système Alstom

481. Le recours à des pots-de-vin pour mieux « convaincre » les dirigeants d'agences nationales d'électricité à donner la préférence à un fournisseur plutôt qu'à un autre est une pratique habituelle dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, en particulier pour des marchés dans les pays en cours de développement. Toutefois elle est clairement interdite par la loi américaine contre la corruption d'agents publics étrangers (FCPA) de 1977 et par la convention de l'OCDE contre la corruption qui entre en vigueur en 1999 et à laquelle sont parties les Etats Unis, comme la France et une quarantaine d'autres pays. Les autorités américaines poursuivent les contrevenants de manière de plus en plus agressive alors que leurs homologues français continuent de laisser faire les exportateurs nationaux et, jusqu'en 2001, autorisent la comptabilisation des pots-de-vin comme dépenses d'exploitation, les rendant ainsi fiscalement déductibles. Alstom, comme d'autres grands exportateurs français, profite du laxisme des pouvoirs publics mais développe en même temps tout un système de conformité de façade.

482. En effet, Alstom fonctionne comme une constellation de filiales dont seules certaines sont directement impliquées dans des versements illicites. Les rapports entre filiales et l'entreprise mère ne sont pas entièrement transparents et, s'ils sont interrogés par les régulateurs, les dirigeants peuvent faire valoir que, juridiquement, ils ne sont pas responsables d'actions commises par des entités qui ne sont pas sous leur supervision. En 2001, s'inspirant des recommandations de l'OCDE, la firme publie un code d'éthique qui interdit la corruption et prévoit des systèmes d'alerte ; il sera révisé en 2007 et 2010. Pourtant, même dans les situations sensibles, les alertes

ne sont pas déclenchées<sup>77</sup>. Une direction Éthique et Conformité est également créée ; les responsables Éthique et Conformité pour chaque activité du groupe et pour les principaux pays dépendent de celle-ci, mais leur fonction est plus d'organiser des formations que d'auditer les méthodes employées dans les négociations de projets. L'audit interne, dans ce groupe complexe, qui comprend plusieurs dizaines de filiales, ne fait pas de contrôle approfondi des négociations de projets : selon l'enquête du DOJ aucun audit des factures ou paiements aux consultants n'est effectué durant la période de 2000 à 2011<sup>78</sup>. En 2006 Jean-Daniel Lainé, directeur de l'Éthique et de la Conformité déclare qu'« Alstom a été la première entreprise du CAC 40 à avoir obtenu une certification<sup>79</sup> de son programme d'intégrité<sup>80</sup>. » En réalité, comme le montrent les enquêtes du DOJ, les versements de pots-de-vin ne sont pas versés directement aux agents publics corrompus, mais par l'entremise de consultants qui signent des contrats de prestataires de services mais dont la fonction principale est de négocier et veiller au règlement de commissions et autres dessous de table. Seuls certains dirigeants des différents secteurs sont au courant des activités réelles des « consultants » dont le recrutement se fait à travers un organe spécialisé appelé « International Network. » À partir de 2000, les approbations de contrats relatifs à l'embauche et à la rémunération de consultants sont centralisées par cet organe dont les dirigeants peuvent aussi avoir des responsabilités fonctionnelles de terrain ce qui crée pour eux un véritable conflit d'intérêt<sup>81</sup>. En somme, le système mis en place a plus pour objectif de camoufler que d'interdire la corruption.

---

<sup>77</sup> D'après l'étude réalisée par Sherpa, p. 5. Cette étude fait référence au *Document de référence Alstom 2006/2007* p. 145. Voir aussi *Alstom : politique d'éthique et conformité 03-2021* sur le site de la société : [https://www.alstom.com/sites/alstom.com/files/2021/06/21/Alstom\\_Ethics\\_Compliance\\_Policy\\_March\\_2021\\_FR.pdf](https://www.alstom.com/sites/alstom.com/files/2021/06/21/Alstom_Ethics_Compliance_Policy_March_2021_FR.pdf).

<sup>78</sup> DOJ, *Information USA vs Alstom SA* p. 12 ; cité dans l'étude de Sherpa p. 10.

<sup>79</sup> Par un organisme nommé Ethic Intelligence qui semble être une petite firme non reconnue par le DOJ et dont les activités sont surtout centrées sur des clients français : <https://ethic-intelligence.com/pages/our-accreditations>. Sur son site, consulté le 12 août 2021, la société n'indique pas Alstom comme référence.

<sup>80</sup> D'après l'étude réalisée par Sherpa, p. 5.

<sup>81</sup> Par exemple, selon l'étude réalisée par Sherpa, p. 13 : « Philippe Joubert a dirigé de 2004 à 2009 International Network ainsi qu'Alstom Power de 2009 à 2011, période et secteur visés par différentes enquêtes pour des faits de corruption. En parallèle de ses fonctions, Mr. Joubert était vice-président exécutif d'Alstom Groupe et siégeait au Comité exécutif. Il a également été président pays pour le Brésil de 1997 à 2000, soit pendant la période visée [par] une enquête brésilienne [...]. En occupant ces fonctions charnières durant des années, il est étonnant qu'aucune alerte de potentiels faits de corruption n'ait eu lieu. »

483. Le groupe a aussi des antécédents judiciaires. Avant les plaider coupable imposés par le DOJ en 2014, plusieurs de ses entités ont été condamnées pour corruption dans diverses juridictions<sup>82</sup> :

- Au Mexique en juillet 2004 Alstom International, aux côtés d'Areva, est condamné pour corruption d'agents publics mexicains à une amende de \$31 000 et deux ans de suspension des appels d'offres de marchés publics. Après appel, la condamnation est confirmée en 2007.

- En Italie en mars 2008 un tribunal de Milan condamne un ancien dirigeant d'Alstom SA ainsi que deux filiales du groupe, Alstom Power et Alstom Prom AG dans le cadre d'une affaire de corruption impliquant la société publique italienne de distribution d'électricité Enelpower.

- En Suisse en novembre 2011, Alstom Network Schweiz AGa est condamné par le ministère public de la Confédération helvétique à régler une indemnité compensatrice de 36,4 millions de francs suisse (soit 42 millions d'euros) pour implication dans des paiements de pots-de-vin à des agents publics en liaison avec des projets dans trois pays (Lettonie, Tunisie et Malaisie).

- En Norvège, en décembre 2011, le fonds de pension national place les titres Alstom sous surveillance pour « risque de corruption grave<sup>83</sup>. »

- En Indonésie, en juillet 2012, la Commission indonésienne pour l'éradication de la corruption révèle que la filiale locale, PT Alstom Indonésie, est suspectée d'avoir versé un pot-de-vin de \$300 000 à un politicien indonésien dans le cadre du projet de construction d'une centrale électrique à charbon en 2004 ; les bureaux d'Alstom en Indonésie sont perquisitionnés<sup>84</sup>.

Plus grave encore, des filiales du groupe sont impliquées par deux banques de développement multilatérales dans des scandales de corruption en 2012 :

- La Banque mondiale annonce le 22 février que Alstom Hydro France et Alstom Network Schweiz AG et leurs affiliés sont condamnés à trois ans de suspension de participation à des projets

---

<sup>82</sup> Voir « Panorama des récentes affaires de corruption visant le groupe Alstom » publié par Sherpa le 7 septembre 2012. L'article fournit aussi des références pour chacun des cas cités : <https://www.asso-sherpa.org/corruption-dagent-public-etranger-sherpa-souligne-la-portee-de-la-conda>.

<sup>83</sup> Voir l'article de Bourbon, Jean-Claude, « Un code éthique pour tous les salariés Alstom » publié dans *La Croix* le 4 février 2013 : [https://www.la-croix.com/Archives/2013-02-04/Un-code-ethique-pour-tous-les-salaries-d-Alstom-\\_NP\\_-2013-02-04-907404](https://www.la-croix.com/Archives/2013-02-04/Un-code-ethique-pour-tous-les-salaries-d-Alstom-_NP_-2013-02-04-907404).

<sup>84</sup> D'après l'enquête de Sherpa citée ci-dessus.

financés par l'institution pour avoir payé une commission occulte de 110 000 euros à des officiels zambiens pour l'obtention d'un projet qui avait fait l'objet d'un financement par la banque<sup>85</sup>.

- La Banque européenne de reconstruction et de développement, BERD, annonce le 16 avril la suspension de paiements à Alstom Power dans le cadre d'un projet attribué en 2008 et financé par la banque en Slovénie (centrale électrique de Sostanj) à la suite d'un rapport de la Commission slovène pour la prévention de la corruption rendu public le 17 février.<sup>86</sup>

D'autres enquêtes pour faits de corruption et des perquisitions sont également lancées par les autorités brésiliennes<sup>87</sup>, helvétiques et britanniques<sup>88</sup>. En France, plusieurs instructions sont diligentées ; en 2008 dans le cadre d'une enquête sur les projets de la Banque mondiale en Zambie et une opération avec Cegelec au Brésil, le juge van Ruymbeke procède à plusieurs interrogatoires débouchant pour certains d'entre eux sur des mises en examen mais en aucun cas sur une condamnation<sup>89</sup>.

484. Interrogés par les médias et les régulateurs à la suite de chaque incident, les plus hauts dirigeants, en particulier Patrick Kron et Jean-Daniel Lainé, indiquent que les faits reprochés sont anciens mais que, depuis, la politique de la firme est devenue bien plus rigoureuse. Ces excuses ne sont pas convaincantes car, comme le montre le schéma ci-dessous, les actes de corruption se poursuivent bien après leurs prises de fonctions. Les autorités américaines d'ailleurs ne s'y laissent pas prendre.

---

<sup>85</sup> Voir communiqué de presse de la Banque mondiale du 22 février 2012.

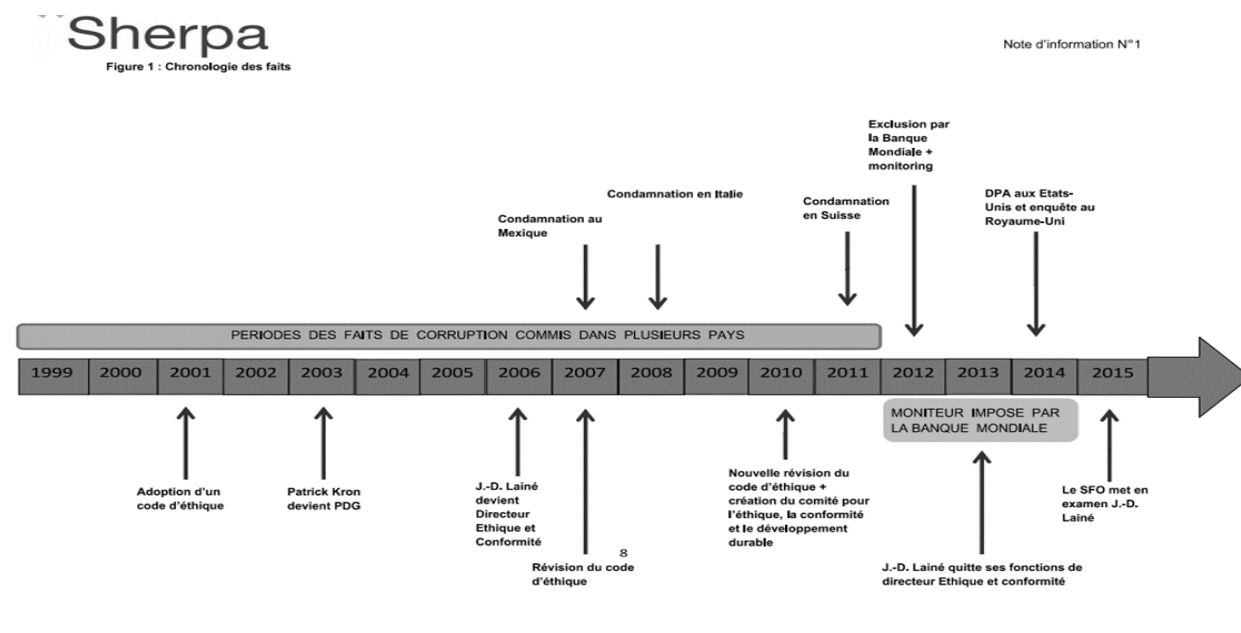
<sup>86</sup> Voir communiqué de presse des associations Sherpa, Focus et Bankwatch du 18 avril 2012  
<https://www.asso-sherpa.org/nouvelles-allegations-de-corruption-visant-alstom-les-ong-interpellent-la-bei>.

<sup>87</sup> Concernant la construction du métro de Sao Paulo.

<sup>88</sup> Le SFO, en plus de perquisitions, ordonne des arrestations.

<sup>89</sup> Voir Eisenberger, *Corruption Abroad: From conflict to cooperation: a comparison of French and American Law and Practice*, p. 747.

Figure 26 - Chronologie des actions de corruption reprochées au groupe Alstom<sup>90</sup>



### 3. Les poursuites des autorités américaines

485. L'accord de plaider coupable entre le DOJ et Alstom SA et trois filiales (Alstom Network Schweiz, Alstom Power Inc. et Alstom Grid Inc.) est annoncé le 22 décembre 2014<sup>91</sup>. Les autorités soulignent qu'il comporte la plus forte pénalité financière (\$772 millions) alors jamais obtenue pour le règlement d'un cas de corruption transnationale et qu'il est « emblématique de la manière dont le DOJ entend instruire et poursuivre les violations au FCPA et autres crimes en col blanc<sup>92</sup>. » Le groupe français est condamné pour avoir payé des pots-de-vin et falsifié ses livres de comptes concernant des projets notamment en Indonésie, Arabie Saoudite, Égypte et aux Bahamas. Il y a donc quatre accords de plaider coupable (*guilty plea*), un par entité, séparés mais coordonnés<sup>93</sup>. Chaque accord comporte les clauses habituelles d'admission des faits, d'engagement de non-récidive et de renforcement et contrôle des systèmes de compliance. Les faits de corruption sont

<sup>90</sup> Sherpa, « Corruption internationale – changer les pratiques, l'affaire Alstom », p. 8 : [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2015/06/Changer-les-pratiques-exemple-Alstom\\_30juin-final.pdf](https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2015/06/Changer-les-pratiques-exemple-Alstom_30juin-final.pdf).

<sup>91</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 22 décembre 2014 : « *Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty* » : <https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery>.

<sup>92</sup> *Ibid.* : « “This case is emblematic of how the Department of Justice will investigate and prosecute FCPA cases – and other corporate crimes,” said Assistant Attorney General Caldwell. »

<sup>93</sup> Voir « Alstom » dans *FCPA Clearinghouse* : <https://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=546>.

décrits dans chacun des accords, cosignés par les représentants du DOJ et ceux de l'entité poursuivie, ainsi que dans un document d'information de 44 pages<sup>94</sup>.

486. Deux des entités poursuivies (Alstom Grid et Alstom Power) sont des sociétés de droit américain, ce qui suffirait pour invoquer l'application du FCPA, mais de surcroît les titres de la société mère étaient négociés au New York Stock Exchange au moment des faits reprochés et des paiements frauduleux en dollars ont été acheminés par l'intermédiaire des filiales américaines. Les inculpés comparaissent d'ailleurs devant le tribunal fédéral de New Haven, dans l'État du Connecticut, où sont établies les entités américaines. Parmi les preuves de culpabilité, on trouve plusieurs échanges de courriels concernant l'embauche et la rémunération des consultants et les résultats qu'on en attend, impliquant nommément plusieurs dirigeants du groupe qui sont aussi poursuivis individuellement.

Le DOJ, dont la politique maintes fois affirmée est de poursuivre les personnes physiques comme morales dans le cadre de la lutte contre la corruption, met en examen six cadres du groupe Alstom, qui sont poursuivis séparément : David Rothschild, William Pomponi, Edward Thiessen, Larry Puckett, Frederic Pierucci et Lawrence Hoskins<sup>95</sup>. Les quatre premiers sont citoyens américains. Ils savent qu'il est de leur intérêt de coopérer avec le DOJ, plaident coupable et négocient des peines relativement légères, sauf dans le cas de Pomponi qui décède avant de pouvoir être jugé. Les condamnations qui s'inscrivent dans la jurisprudence du FCPA comportent des peines de privation de liberté et une amende : un an de prison et \$10 100 d'amende pour Rothschild ; \$15 100 d'amende pour Thiessen ; 2 ans de probation et \$5 100 d'amende pour Puckett. Mais les poursuites contre Frederic Pierucci, citoyen français, et Lawrence Hoskins<sup>96</sup>, sujet britannique, soulèvent des questions épineuses.

487. Frederic Pierucci est arrêté à sa descente d'avion le 14 avril 2013 et refuse initialement de reconnaître sa culpabilité ou celle des autres dirigeants d'Alstom, ce qui conduit à son incarcération dans des conditions difficiles<sup>97</sup>. Licencié (pour absence) par son employeur durant sa détention, il finit par plaider coupable le 29 juillet 2013, mais reste en prison préventive aux États-Unis pendant

---

<sup>94</sup> *USA vs Alstom*, Information, United States District Court of Connecticut, Case 3 ;14-cr-00246-JBA Document 1 filed 12/22/2014. Voir *FCPA Clearinghouse* : <https://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/3000/002407.pdf>.

<sup>95</sup> Voir *FCPA Clearinghouse* sous la rubrique *United States of America vs Frederic Pierucci et al.*, <https://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=474>.

<sup>96</sup> Le cas Hopkins a été analysé dans le précédent chapitre.

<sup>97</sup> Il relate en détail ses déboires dans son livre *Le Piège américain*.

493 jours avant de rentrer en France le 17 septembre 2014<sup>98</sup>. Sa sentence n'est prononcée que le 6 octobre 2017 ; il est condamné à 30 mois de prison et une amende de \$20 100<sup>99</sup>.

488. L'enquête des autorités américaines a été menée sur une période de plusieurs années ainsi que sur plusieurs continents, par des agents du FBI et autres agences fédérales. Dès 2010<sup>100</sup>, le DOJ informe Alstom des soupçons qui pèsent sur l'entreprise, conformément aux procédures américaines en vigueur, demande sa coopération et l'accès à des informations sensibles concernant en particulier un projet en Indonésie où Alstom était associé à la firme japonaise Marubeni<sup>101</sup>. Alors que le groupe français tarde à fournir les informations demandées, Marubeni de son côté coopère avec le DOJ, reconnaît les faits de corruption en 2012 et négocie un accord comportant une pénalité financière de \$88 millions. Le refus de coopération français ne fait que braquer les enquêteurs américains qui élargissent alors leurs investigations à des contrats d'Alstom passés en Arabie Saoudite, en Égypte, aux Bahamas et à Taïwan et déclenchent des poursuites contre les cadres d'Alstom soupçonnés d'être impliqués dans des faits de corruption. Ainsi le 2 novembre 2012, un employé américain, David Rothschild, vice-président de Alstom Power Inc., en charge des ventes (*Vice President Sales*) fournit des informations détaillées aux procureurs et accepte de plaider coupable en échange d'une réduction de peine<sup>102</sup>. Les enquêteurs américains découvrent ainsi des courriels particulièrement compromettants impliquant d'autres cadres d'Alstom, en particulier William Pomponi<sup>103</sup> et Frederic Pierucci. Ce dernier est interpellé et incarcéré par le FBI en avril 2013 à son arrivée à l'aéroport de New York<sup>104</sup>. Cette arrestation produit un effet choc qui accélère les négociations entre le groupe français, ses avocats et le DOJ.

Il y a urgence, car la situation financière du groupe est précaire et des discussions concernant une restructuration et/ou vente d'actifs sont en cours dans un contexte politique et social délicat. Des pourparlers avec GE pour la vente de la branche électricité sont conduits par

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>99</sup> Revenu aux États-Unis pour son jugement, Pierucci y est à nouveau incarcéré 11 mois avant son transfèrement en France où il est mis en liberté conditionnelle quelques jours après son arrivée.

<sup>100</sup> Voir Einbinder, Fred, *op. cit.*, p. 746. Les sociétés Alstom SA et les deux filiales américaines sont notifiées le 1<sup>er</sup> avril 2010 par le DOJ qu'elles sont « cibles (*targets*) » d'une investigation pour corruption.

<sup>101</sup> D'après J.-M. Quatrepoint dans *Alstom, scandale d'État*, p. 63. L'enquête a sans doute été déclenchée à la suite d'une demande d'information des autorités indonésiennes et/ou d'une plainte d'un concurrent américain, Foster Wheeler, sur un marché de centrale en Indonésie.

<sup>102</sup> Il sera finalement condamné à une peine d'un an de prison et une amende de \$10 100. Voir : FCPA Clearinghouse, *USA vs David Rothschild* : <https://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=473>.

<sup>103</sup> Mis en examen aux États-Unis, il décède avant de pouvoir être jugé.

<sup>104</sup> D'après J.-M. Quatrepoint, *op. cit.*, p. 65.



Patrick Kron, le président d'Alstom, sans tenir au courant son ministre de tutelle, Arnaud Montebourg, qui prône un rapprochement entre Alstom et Siemens. Lorsqu'il apprend qu'un accord avec l'entreprise américaine est imminent, Arnaud Montebourg obtient le 14 mai 2014 du président François Hollande la publication d'un nouveau décret<sup>105</sup> qui élargit ses prérogatives en imposant la nécessité d'un accord ministériel préalable. Mais une aide massive de l'État français étant écartée, Siemens, associé à Mitsubishi, montre peu d'enthousiasme alors que GE améliore marginalement son offre. Durant ces événements largement couverts par les médias, les discussions entre Alstom, ses avocats et ceux du DOJ se poursuivent. Finalement, après de nouveaux marchandages<sup>106</sup>, la cession de la branche électricité et le plaider coupable avec le DOJ sont officialisés en décembre 2014 presque en même temps.

#### 4. Les leçons d'un fiasco

489. Comme cela est indiqué dans l'accord global de plaider coupable qui a fait l'objet de semaines de négociations entre les avocats d'Alstom et ceux du DOJ, le calcul de l'amende suit strictement les règles des *Sentencing Guidelines* et le montant de \$770 millions est le point médian entre les montants maximum et minimum déterminés en application des *guidelines*<sup>107</sup>. Ce montant

<sup>105</sup> Décret 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable.

<sup>106</sup> On pourra en lire toutes les péripéties dans le livre déjà cité de Jean-Michel Quatrepoint.

<sup>107</sup> Nous reproduisons ci-dessous la clause #17 de l'accord de plaider coupable :

« 17. *The Department and the Defendant agree that a faithful application of the United States Sentencing Guidelines (U.S.S.G.) to determine the applicable fine range yields the following analysis:*

*a. The 2014 U.S.S.G. are applicable to this matter.*

*b. Offense Level. Based upon U.S.S.G. § 2B1.1, the total offense level is 37, calculated as follows: (a)(1) Base Offense Level 7 (b)(1) Amount of Loss/Gain 28 (b)(10) Substantial Part of Scheme Committed from Outside the United States 2 TOTAL 37 C. Base Fine.*

*Based upon U.S.S.G. § 8C2.4(a)(2), the base fine is \$296,000,000 (the pecuniary gain to the Defendant from the offense) d. Culpability Score.*

*Based upon U.S.S.G. § 8C2.5, the culpability score is 9, calculated as follows: (a) Base Culpability Score 5 (b)(1) the unit of the organization within which the offense was committed had 5,000 or more employees and an individual within high-level personnel of the unit participated in, condoned, or was willfully ignorant [...]*

*The organization clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct.*

*TOTAL [...]*

*Calculation of Fine Range: Base Fine Multipliers Fine Range 9 \$296,000,000 I .80(min)/3.60 (max) \$532,800,000 (min)/ \$1,065,600,000 (max). »*

(17. Le Département et le défendeur conviennent qu'une application fidèle des *United States Sentencing Guidelines* (U.S.S.G.) pour déterminer la fourchette d'amende applicable donne lieu à l'analyse suivante :

a. Les U.S.S.G. de 2014 sont applicables à cette affaire.

b. Niveau de l'infraction. Sur la base du § 2B1.1 des U.S.S.G., le niveau total de l'infraction est de 37, calculé comme suit : (a)(1) Niveau de base de l'infraction 7 (b)(1) Montant de la perte/du gain 28 (b)(10) Partie substantielle du délit commise à l'extérieur des États-Unis 2 TOTAL 37 C. Amende de base.

est d'ailleurs approuvé par un juge. Le DOJ, à l'aune des normes américaines, n'aura fait preuve ni de bienveillance ni de malveillance à l'égard de la firme française. Toutefois, le communiqué de presse du DOJ<sup>108</sup> et les déclarations aux médias de ses représentants indiquent clairement que les autorités américaines ont voulu faire un exemple et dissuader les entreprises, étrangères comme américaines, de toute velléité de contourner les obligations du FCPA. Cette volonté de faire un exemple transparaît aussi dans le traitement réservé par le DOJ à Frederic Pierucci<sup>109</sup>.

490. Il est intéressant de comparer le comportement de Siemens en 2008 à celui d'Alstom de 2010 à 2014<sup>110</sup>. Les deux firmes opéraient dans le même secteur et les faits reprochés par les enquêteurs américains, corruption d'agents publics étrangers, sont similaires, ainsi que le montant des amendes globales encourues (\$800 millions pour Siemens en 2008, \$772 millions pour Alstom en 2014). Mais dans le cas de l'entreprise allemande plus de la moitié<sup>111</sup> des pénalités financières a été perçue par les autorités d'outre-Rhin. En effet le bureau du procureur de Munich a été à l'origine des poursuites contre Siemens et a pleinement collaboré avec le DOJ ; les perquisitions des bureaux de Siemens en Allemagne et aux États-Unis ont été coordonnées ce qui a permis un effet de surprise et a conduit à de bonnes relations entre enquêteurs. Le DOJ indique dans son communiqué du 15 décembre 2008 que l'étroite coopération entre les autorités allemandes et américaines est exemplaire et constitue un nouveau standard<sup>112</sup>. En revanche, dans le cas d'Alstom, le DOJ dans son communiqué de presse du 22 décembre 2014, remercie pour leur « coopération significative », les autorités de plusieurs juridictions : Indonésie, Suisse, Royaume Uni (SFO),

---

Sur la base de l'article 8C2.4(a)(2) des U.S.S.G., l'amende de base est de \$296 000 000 (la somme gagnée par le défendeur en raison de l'infraction) d. Score de culpabilité.

Sur la base de l'article U.S.S.G. § 8C2.5, le score de culpabilité est de 9, calculé comme suit : (a) Score de culpabilité de base 5 (b)(1) l'entité de l'organisation au sein de laquelle l'infraction a été commise comptait 5 000 employés ou plus et un individu au sein du personnel de haut niveau de l'entité a participé, toléré ou délibérément ignoré [...]. L'organisation a clairement démontré la reconnaissance et l'acceptation positive de la responsabilité de sa conduite criminelle.

TOTAL [...]

Calcul de la fourchette d'amende : Multiplicateurs de la base de l'amende pour la fourchette d'amende 9 \$296 000 000 : 1,80(min)/3,60 (max) \$532 800 000 (min)/\$1 065 600 000 (max).)

<sup>108</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 22 décembre 2014, « *Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty* », <https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery>.

<sup>109</sup> Il considère dans son livre qu'il a été pris en otage.

<sup>110</sup> Voir par exemple Einbeinder, *op. cit.*

<sup>111</sup> Voir communiqué de presse du DOJ du 22 décembre 2014.

<sup>112</sup> « *The coordinated efforts of U.S. and German law enforcement authorities in this case set the standard for multinational cooperation in the fight against corrupt business practices* »

Voir : <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>.

Allemagne, Italie, Singapour, Arabie Saoudite, Chypre et Taïwan. Mais la France, pays d'origine d'Alstom, n'est pas mentionnée<sup>113</sup>. Siemens, dès 2006, avait diligenté une enquête interne indépendante auprès du cabinet juridique Debevoise & Plimpton, en liaison avec les procureurs allemands et américains. Ce processus aboutit à de profondes réformes et à l'abandon des pratiques de corruption.<sup>114</sup> De plus, l'entreprise allemande recrute aussi en décembre 2008 comme moniteur (*monitor*) de compliance Theo Waigel, ancien ministre des Finances, qui est investi de larges pouvoirs<sup>115</sup> et supervise les changements de gouvernance. Par contraste, Alstom réagit aux accusations de corruption en niant ou minimisant les faits, en créant des comités et en nommant en 2006 Jean-Daniel Lainé directeur pour l'Éthique et la Conformité. Mais, selon l'étude réalisée par l'association Sherpa, il n'y a pas d'enquête indépendante sérieuse<sup>116</sup> et les procédures alors mises en place ont pour but de camoufler la corruption d'agents étrangers sous couvert de contrats de consultants, non de faire cesser les pratiques interdites par le FCPA.

491. Le cas Alstom est considéré en France comme un scandale d'État<sup>117</sup> qui, après Arcelor, Areva, Alcatel, Bull, Pechiney et d'autres, symbolise l'échec ou l'absence de politique industrielle. « Au nom d'une certaine idée de la mondialisation [...] une partie de la classe dirigeante française s'est résignée à vendre les bijoux de famille, à se comporter comme un syndic de faillite. Le tout sous l'œil résigné d'une classe politique – et médiatique – focalisée sur le compassionnel et le sociétal, impuissante qu'elle est à traiter des vrais sujets et à influencer le cours du monde.<sup>118</sup> » Faut-il pour autant rendre la justice américaine responsable de ces déconfitures ?

L'affaire Alstom montre aussi la difficulté à faire comprendre et admettre par un large public les méfaits de la corruption. Les responsables français, y compris au niveau parlementaire, semblent peu préoccupés par les pratiques frauduleuses répétées et prouvées comme le versement de pots-de-vin. Ceux qui sont poursuivis par les juridictions étrangères se défendent en disant

<sup>113</sup> Voir le texte complet du communiqué de presse sur le site du DOJ.

<sup>114</sup> Voir Einbeinder, *ibid.*, p. 749, note 205.

Une société américaine avait aussi été recrutée par Alstom pour mener une enquête interne mais elle a été écartée par le président qui n'a pas apprécié les conclusions et recommandations de son rapport.

<sup>115</sup> Voir le communiqué de presse de Siemens du 15 décembre 2008

<https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:60ac3478-db1d-452b-bd70-2c87b4994846/AXX20081220e.pdf>.

<sup>116</sup> Voir l'étude réalisée par Sherpa.

<sup>117</sup> Pour reprendre le titre du livre de J.-M. Quatrepoint.

<sup>118</sup> Quatrepoint, *op. cit.*, p. 19.

qu'ils sont innocents, car ils n'ont pas eux-mêmes « touché un centime » de ces transactions<sup>119</sup>. Pour un observateur américain, il est consternant de noter que la quasi-totalité des débats en France, en particulier à l'Assemblée Nationale<sup>120</sup>, porte sur la vente « injuste » de la branche électricité à une entreprise américaine et sur de prétendues atteintes à la souveraineté nationale.

492. Il est aussi troublant de noter les défaillances en matière de responsabilité des hauts dirigeants et l'absence de conséquence du scandale pour le président (qui touche même un bonus de 4 millions d'euros) ou les administrateurs qui sont censés être responsables des agissements de l'entreprise. En France, après une lune de miel de quelques mois, les licenciements ne sont pas interrompus par la cession et pour GE le pactole escompté s'avère illusoire. Jeffrey Immelt, qui avait été le principal architecte de l'acquisition, est contraint à la démission le 12 juin 2017. Le *cash-flow* de la société américaine est sérieusement obéré, sa rentabilité baisse et le titre chute en bourse. Le successeur d'Immel, John Flannery, est à son tour limogé 18 mois plus tard. Les analystes financiers estiment que les difficultés de GE sont largement dues à son secteur Énergie dont les actifs acquis d'Alstom représentent une large part<sup>121</sup>.

Pourtant, Alstom Transport demeure en 2022 un des grands leaders mondiaux dans le domaine des transports ferroviaires. L'entreprise se présente comme un « pionnier des solutions de mobilité plus durables et plus intelligentes<sup>122</sup> » et acquiert un ancien concurrent, la branche transport de Bombardier, un des plus grands groupes canadiens. Elle développe ses marchés non seulement en France et au Canada mais aussi en Espagne, en Inde, en Italie, en Allemagne, en Afrique du Sud et aux États-Unis<sup>123</sup> et semble retrouver sa profitabilité<sup>124</sup>. On peut en tirer une leçon en faveur de la spécialisation industrielle. Plutôt que d'essayer de se lancer dans des activités

---

<sup>119</sup> On retrouve cet argument, noir sur blanc, sur la quatrième de couverture du livre de Frederic Pierucci.

<sup>120</sup> Voir par exemple le compte rendu de la réunion de la commission des Affaires étrangères du 18 mai 2016 présidée par Elizabeth Guigou sur le rapport Lellouche-Berger : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cafe/15-16/c1516071.asp>.

<sup>121</sup> Selon *The Economist* du 30 juillet 2020 : « *A disastrous \$10bn acquisition of the power and grid businesses of Alstom, a French competitor, the same year would become Mr Immelt's biggest mistake. Problems in GE's power business have dogged the company since. They contributed to the huge cash crunch that culminated in Mr Flannery's dethronement in October 2018* ».

<sup>122</sup> Voir Alstom, communiqué de presse du 11 mai 2021, « Les résultats d'Alstom 2020/21 » <https://www.alstom.com/fr/press-releases-news/2021/5/les-resultats-dalstom-202021>.

<sup>123</sup> L'entreprise, par l'intermédiaire de filiales, fournit notamment du matériel roulant à la compagnie nationale de chemins de fer Amtrak et aux transporteurs régionaux à Atlanta, en Californie et à Boston, Chicago, Miami, New Jersey, New York, Washington DC. Voir *Alstom in the US*, <https://www.alstom.com/alstom-us>.

<sup>124</sup> Voir par exemple : « Alstom : carnet de commandes record » par Dauzet, Olivier, publié dans *Le Revenu*, le 16 janvier 2021: <https://www.lerevenu.com/bourse/valeurs-en-vue/alstom-carnet-de-commandes-record>.

multiples tous azimuts et des politiques industrielles dont on n'a pas les moyens, se recentrer sur des secteurs sur lesquels existe un véritable savoir-faire est une stratégie, peut-être moins glorieuse, mais mieux adaptée à un marché qui reste mondialisé et très concurrentiel. Elle devrait aussi permettre aux entreprises de prospérer et de gagner des marchés grâce à l'excellence des produits sans avoir recours à la corruption.

### **Section 3 : Les poursuites contre les banques françaises : Crédit Lyonnais, BNP Paribas et les autres**

493. Aux États-Unis comme en France, les banques sont le moteur qui permet de financer l'économie. Elles sont traditionnellement soumises à des obligations plus contraignantes que les entreprises ; c'est la raison pour laquelle il convient de leur consacrer une analyse distincte. La crise autour des pénalités record de 8,9 milliards de dollars infligées par les autorités américaines à BNP Paribas en 2014 marque le nadir des relations judiciaires franco-américaines. Auparavant toutefois, les signes précurseurs de possibles problèmes n'ont pas été sérieusement pris en compte par les banquiers et les régulateurs français. Par la suite, le dénouement du contentieux BNP Paribas sert de référence et l'assouplissement de la politique américaine, ainsi que les réformes du cadre juridique en France, permettent le règlement (relativement) amiable d'autres dossiers contentieux.

Nous analyserons en détail dans un chapitre ultérieur comment les changements provenant de l'entrée en vigueur des réformes promues par la loi *Sapin 2* ont influencé la lutte contre la corruption transnationale. Mais pour bien apprécier l'évolution remarquable qui s'est produite en quelques années et ses raisons, il convient tout d'abord de noter les différences de réglementation de part et d'autre de l'Atlantique puis d'examiner les traitements réservés au Crédit lyonnais, à BNP Paribas et à d'autres banques étrangères par les autorités américaines.

#### **A. La présence bancaire française aux États-Unis et la difficile adaptation à un cadre différent**

494. Les banques françaises opèrent aux États-Unis depuis longtemps. Au XIX<sup>e</sup> siècle, elles font partie des bailleurs de fonds qui ont permis le développement des chemins de fer<sup>125</sup> et établissent

---

<sup>125</sup> Voir première partie.

leur présence dans le pays. Par exemple le Comptoir National d'Escompte de Paris, un des ancêtres de BNP Paribas, avait déjà une filiale à San Francisco en 1877<sup>126</sup>. De plus aux États-Unis, au moins jusqu'à l'organisation du système de réserve fédérale en 1913, la réglementation bancaire à laquelle une banque est soumise varie sensiblement selon l'État fédéré où se trouve son siège social<sup>127</sup>.

495. À l'ère moderne, les banques sont soumises non seulement aux normes édictées par la législation FCPA, mais aussi à l'ensemble des lois et réglementations fédérales qui régissent les établissements financiers, y compris des obligations comptables et l'interdiction de financer des opérations qui s'inscriraient dans le cadre des différents programmes de sanctions gérés par l'OFAC<sup>128</sup>. De fait, la réglementation bancaire américaine est construite de manière à ce que les violations aux programmes d'embargos constituent des infractions sous-jacentes à d'autres infractions plus graves : par exemple si une banque n'a pas appliqué des mesures d'embargo, c'est que ses systèmes de contrôle interne et/ou KYC (*know your customer*) sont défectueux. Cela implique aussi que les écritures comptables ne reflètent pas la réalité. La banque risque donc d'être punie doublement ou triplement et, comme les activités financières sont très surveillées et nécessitent souvent des licences pour pouvoir être poursuivies, le retrait de la licence est l'« arme nucléaire » des régulateurs. Ces derniers ont un double objectif : encourager la participation de capitaux étrangers afin de garantir le dynamisme et accessoirement la liquidité des marchés américains mais aussi de protéger consommateurs et utilisateurs de ces marchés en s'assurant que tous les intervenants respectent bien toutes les règles.

496. Aux États-Unis comme en France, il peut être politiquement avantageux de proclamer la volonté de contrôler « le pouvoir de l'argent ». Dans un pays où les procureurs ont de larges pouvoirs et peuvent avoir des ambitions politiques, cela peut conduire à des positions dont le but est de capter l'attention des médias ou de l'électorat. Lorsqu'il est « DA (*district attorney*) » pour le district Sud de New York, de 1983 à 1989, Rudolph Giuliani convoque la presse et les médias lorsqu'il fait arrêter par la police banquiers et traders qui sortent de leurs bureaux menottes aux

---

<sup>126</sup> Voir le site des archives historiques de BNP Paribas : <https://history.bnpparibas/dossier/the-french-american-banking-corporation-a-french-bank-in-america/#:~:text=The%20French%20American%20Banking%20Corporation%20%28FABC%29%20was%20founded,May%2021%2C%201919%20The%20FABC%2C%20a%20flourishing%20subsidiary>

<sup>127</sup> Voir première partie.

<sup>128</sup> Voir première partie.

poignets<sup>129</sup>. Ses successeurs reprennent en partie ses méthodes et l'objectif du DA, surtout à New York, est de montrer au public (et aux potentiels futurs électeurs) qu'il n'hésite pas à s'en prendre aux puissances de l'argent sous toutes leurs formes. Ainsi en mai 2011, Dominique Strauss-Kahn, alors directeur du Fonds Monétaire, est arrêté à l'aéroport de New York sur ordre de Cyrus Vance Jr., DA pour Manhattan, qui l'inculpe de harcèlement sexuel et tentative de viol<sup>130</sup>. Le suspect est incarcéré puis présenté à la presse menotté, ce qui choque l'opinion et le monde politique en France<sup>131</sup> ; il est ensuite remis en liberté sous conditions, puis les poursuites sont abandonnées en raison du manque de crédibilité de l'accusatrice<sup>132</sup>. Les « *perp walks* » qui consistent à faire parader devant les médias des personnes accusées de crimes graves, qu'il s'agisse de délits maffieux, de droit commun ou financiers, afin de les humilier publiquement est une méthode qui continue d'être pratiquée par certains procureurs américains. De même lors de la résolution de chaque cas criminel important, y compris pour les affaires de corruption, détournements de sanctions, blanchiment et délit d'initié, le DOJ ne manque pas de publier un communiqué de presse triomphant dans lequel on réitère en substance la « volonté inébranlable du département de poursuivre et punir sévèrement les criminels qui violent les lois américaines. <sup>133</sup> » Ces habitudes

<sup>129</sup> Giuliani a fait arrêter pour délit d'initié, blanchiment ou autres infractions Ivan Boesky et Michael Milken, grands noms de la finance. Ses critiques lui reprochent aussi d'avoir fait arrêter en février 1987 à grand renfort médiatique Richard Wigton, directeur du département arbitrage de Kidder Peabody puis de le remettre en liberté, fautes de preuves, quelques semaines plus tard. Les accusations initiales de Giuliani ne seront jamais établies.

<sup>130</sup> Voir *Time Magazine* du 1<sup>er</sup> juillet 2011, Rawlings, Nate, « *Weaker but not lost: the case against Strauss Kahn* » <https://web.archive.org/web/20110704015710/http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,2081204,00.html>

<sup>131</sup> Elizabeth Guigou, Jack Lang, Bernard Henri Levy et Ségolène Royal notamment se déclarent choqués des méthodes employées par la justice américaine alors que certains médias américains critiquent la loi du silence et l'entre-soi dans les milieux politiques français. Voir *CNBC News* du 11 mai 2011, Gobry, Pascal-Emmanuel, « *The French Elite Reaction to the Dominique Strauss Kahn Affair is National Embarrassment* », <https://www.cnn.com/2011/05/17/the-french-elites-reaction-to-the-dominique-strausskahn-affair-is-a-national-embarrassment.html>.

<sup>132</sup> Les avocats de celle-ci déposent une plainte contre Strauss Kahn au civil ; la procédure aboutit quelques semaines plus tard à un accord entre les parties comportant le paiement d'une indemnité dont le montant n'est pas révélé.

<sup>133</sup> Par exemple le communiqué annonçant le plaider coupable avec BNP Paribas inclut les phrases suivantes :  
*"The significant financial penalties imposed on BNP Paribas sends a powerful deterrent message to any company that places its profits ahead of its adherence to the law, said FBI Director James Comey. We will continue to work closely with our federal and state partners to ensure compliance with U.S. banking laws to promote integrity across financial institutions and to safeguard our national security. Today's outcome is a testament to U.S. efforts to stem the exploitation of the American financial system and ensure that if you chose to do business in our country you must abide by our laws »*

(Les importantes sanctions financières imposées à BNP Paribas envoient un message dissuasif puissant à toute entreprise qui place ses profits avant le respect de la loi, a déclaré le directeur du FBI, James Comey. Nous continuerons à travailler en étroite collaboration avec nos partenaires fédéraux et étatiques pour assurer le respect des lois bancaires américaines afin de promouvoir l'intégrité au sein des institutions financières et de préserver la sécurité nationale. Le résultat d'aujourd'hui témoigne des efforts déployés par les États-Unis pour endiguer l'exploitation du système financier américain et faire en sorte que si on choisit de faire des affaires dans notre pays,

sont très différentes du cadre souvent feutré dans lequel sont habituellement résolus les différends opposant des intérêts financiers à la machine judiciaire en France. Les pratiques américaines sont réputées pour leur efficacité ; elles peuvent, pour un observateur français, paraître conduire à des excès et ne pas entièrement respecter la présomption d'innocence, mais elles sont applicables sans distinction de classe sociale à tous les prévenus.

497. Aux États-Unis, les institutions financières peuvent opérer selon différents statuts et les banques étrangères doivent être enregistrées auprès des autorités compétentes. Les principales banques commerciales aux États-Unis, y compris les agences ou filiales de banques étrangères, sont assurées par le FDIC<sup>134</sup> qui exerce aussi des pouvoirs de supervision. Les contrôles et inspections effectués par les régulateurs américains concernent l'ensemble des activités, y compris en dehors des États-Unis. Contrairement à ce qu'on trouve en France, le nombre de banques et établissements de crédit se compte par milliers, il y en avait 4 518 à la fin de 2019<sup>135</sup>. On est donc très loin d'un marché de type oligopolistique comme en France et, pour maintenir la confiance du public, les autorités bancaires sanctionnent sévèrement toute incartade. Dans ces conditions, la fermeture ou le départ de quelques banques étrangères n'aurait que peu d'influence sur le marché. Selon une doctrine maintes fois réaffirmée, pour les régulateurs américains, de très lourdes pénalités, qui pourraient être jugées prohibitives en Europe, génèrent un effet dissuasif considéré comme salutaire.

498. Les banques françaises, et sans doute leurs superviseurs dans l'Hexagone, ont ignoré ces caractéristiques de l'environnement américain à leurs dépens. En France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les principaux établissements de crédit, quand ils ne sont pas nationalisés, restent très proches de l'État dont ils sont en quelque sorte le bras financier. Ils sont souvent dirigés par des cadres issus de la haute fonction publique<sup>136</sup> qui sont nommés à leurs postes sur des critères peu transparents où peuvent entrer des considérations politiques. Aux États-Unis,

---

il faut respecter nos lois) Voir : <https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial>.

<sup>134</sup> Voir première partie.

<sup>135</sup> D'après le rapport annuel de 2020 publié par FDIC :

[https://banks.data.fdic.gov/explore/historical?displayFields=STNAME%2CTOTAL%2CBRANCHES%2CNew\\_Char&selectedEndDate=2020&selectedReport=CBS&selectedStartDate=1934&selectedStates=0&sortField=YEAR&sortOrder=desc](https://banks.data.fdic.gov/explore/historical?displayFields=STNAME%2CTOTAL%2CBRANCHES%2CNew_Char&selectedEndDate=2020&selectedReport=CBS&selectedStartDate=1934&selectedStates=0&sortField=YEAR&sortOrder=desc).

<sup>136</sup> D'après plusieurs études, l'Inspection générale des finances serait un véritable vivier pour le recrutement de cadres bancaires de haut niveau en France. Voir Mauduit, Laurent, *La Caste*, Pocket, 2020 et Ottenheimer, Ghislaine, *Les Intouchables : grandeur et décadence d'une caste: l'inspection des Finances*, Albin Michel, 2004.



il serait inimaginable que le président de la République ait son mot à dire dans la nomination du CEO de JP Morgan Chase, de Citibank ou de Goldman Sachs. La consanguinité présente des avantages pour les banquiers français : leurs institutions sont « protégées » dans leurs activités à l'étranger dès lors qu'elles soutiennent la politique extérieure du pays. Les banques en France sont bien assujetties aux règles édictées par la Commission bancaire puis par l'ACPR, mais celles-ci sont de nature principalement prudentielle et ne suivent que les normes françaises ; les filiales à l'étranger sont peu ou pas contrôlées et, de plus, les pénalités encourues en France sont sensiblement moindres qu'aux États-Unis.

## **B. Les déboires du Crédit Lyonnais aux États-Unis**

499. Le Crédit Lyonnais au XXI<sup>e</sup> siècle est la première banque française à connaître des difficultés graves avec les régulateurs américains<sup>137</sup>. Le 18 décembre 2003, le DOJ/FBI<sup>138</sup> annonce que la banque française et certains de ses complices ont décidé de signer un accord de plaider coupable qui s'accompagne de pénalités de 771 millions de dollars pour des infractions commises lors de la prise de contrôle d'une compagnie d'assurance de Californie, Executive Life.

Ce n'est pas la première fois que la banque française a maille à partir avec la justice américaine. Dans les années 1980, le Crédit Lyonnais, alors en pleine phase d'expansion qui allait en faire la première banque européenne en taille d'actifs, se lance agressivement dans des financements souvent risqués aux États-Unis, dans l'immobilier<sup>139</sup> et surtout dans le financement de l'industrie cinématographique<sup>140</sup> par l'intermédiaire de sa filiale néerlandaise. La banque finance en particulier en 1990 le rachat de la MGM (Metro Goldwyn Mayers), une des plus réputées maisons de production, par un consortium dirigé par Giancarlo Parretti qui s'avère être un escroc. Le total des prêts douteux accordés à l'industrie cinématographique en 1997 est estimé

---

<sup>137</sup> L'auteur remercie la professeure Irene Finel-Honigman de Columbia University, School of International Affairs and Public Administration (SIPA), de lui avoir communiqué les résultats de ses recherches ainsi que pour ses encouragements amicaux. Voir aussi Finel-Honigman, Irene, « *Credit Lyonnais, case history of a EU anomaly or future blueprint ?* », *Research in International Banking and Finance*, Volume 14, p. 113 à 140, 1999.

<sup>138</sup> Voir le communiqué de presse du 18 décembre 2003: « *Credit Lyonnais and others to plead guilty and pay \$771 million in Executive Life Affair* » : <https://archives.fbi.gov/archives/news/pressrel/press-releases/credit-Lyonnais-and-others-to-plead-guilty>.

<sup>139</sup> Le Crédit Lyonnais finance la construction de sa propre tour à Manhattan, 1301 avenue of the Americas.

<sup>140</sup> Voir l'article de McClintik, David, paru dans le magazine *Fortune* le 7 juillet 1997 : « *The bank scandal that keeps growing* », [https://archive.fortune.com/magazines/fortune/fortune\\_archive/1997/07/07/228635/index.htm](https://archive.fortune.com/magazines/fortune/fortune_archive/1997/07/07/228635/index.htm).

à plus de cinq milliards de dollars<sup>141</sup>. La liquidation forcée de ce portefeuille donne lieu à une publicité négative et à de nombreux litiges plaidés devant les tribunaux californiens durant la décennie suivante.

500.Parallèlement à son expansion dans l'industrie cinématographique, le Crédit Lyonnais organise le rachat d'une compagnie d'assurance californienne, Executive Life, qui avait été auparavant saisie car estimée insolvable par le département<sup>142</sup> des assurances de Californie. Les autorités de l'État sont à la recherche d'un repreneur, que celui-ci soit américain ou étranger, à condition que lois et réglementations locales soient respectées. La compagnie est un des principaux assureurs de l'État et détient, à côté de millions de polices souscrites, un gros portefeuille d'obligations à haut risque (*junk bonds*) qui, une fois liquidé, peut donner lieu à des plus-values. Cependant les législations fédérale et californienne interdisent que des banques commerciales contrôlent des compagnies d'assurances. Dans l'offre de reprise présentée aux autorités californiennes en 1991 par Altus Finance SA, une filiale de la banque française, le repreneur est une entité créée spécialement, Aurora National Life Assurance Company, sous l'égide de la MAAF, un assureur français. Mais le dossier de reprise se garde de mentionner des accords secrets, qualifiés par l'accusation de portage, donnant en fait le contrôle de la réincarnation d'Executive Life à Artemis, une holding contrôlée par François Pinault qui avait reçu des assurances du Crédit Lyonnais qui lui-même prenait le contrôle du portefeuille de *junk bonds*. Ce n'est qu'en 1998, par l'intermédiaire d'un lanceur d'alerte resté anonyme<sup>143</sup>, que les autorités californiennes découvrent la partie cachée du montage et demandent à leurs collègues de la Federal Reserve d'exiger des explications, et éventuellement des dédommagements, de la part du Crédit Lyonnais. Ce dernier est alors en pleine phase de démembrement à la suite de sa quasi-faillite et de son sauvetage par des fonds publics. En fait la majeure partie du portefeuille américain de l'institution a entre-temps été transférée au CDR (Consortium de réalisation), une *bad bank*, entité créée *ab novo* par l'État français pour liquider les actifs en détresse. La présidence du Crédit Lyonnais a aussi changé en novembre 1993, passant de Jean-Yves Haberer à Jean Peyrelevade.

---

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> Organisme de l'État de Californie chargé de superviser les sociétés d'assurance sur son territoire.

<sup>143</sup> Très probablement un cadre du Crédit Lyonnais qui ne voulait pas risquer d'être mis en accusation aux États-Unis. Voir Peyrelevade, Jean et Pontaut, Jean-Marie, *Seul face à la justice américaine*, Plon, 2006.

Les autorités californiennes ainsi que « les Fédéraux » accusent la banque d'avoir fait de fausses déclarations de 1991 à 1998 en omettant d'indiquer l'existence des accords de portage. Ils intentent des actions judiciaires, en particulier pour violation du *Bank Holding Act* et de la réglementation des assurances, non seulement contre la banque et six de ses dirigeants (dont Haberer et Peyrelevade) mais aussi contre le CDR (comme successeur du Crédit Lyonnais), Altus, Artemis ainsi que plusieurs personnes impliquées dans le montage qualifié de frauduleux. Les prévenus, en l'absence de coordination au niveau politique français, présentent des versions contradictoires aux autorités et à la presse, ce qui ne fait que renforcer les arguments des procureurs californiens.

501. En décembre 2003, après cinq ans d'enquêtes et de *plea bargaining*, la plupart des prévenus ont reconnu ou sont sur le point de reconnaître leur culpabilité, ce qui permet d'arrêter les poursuites. Ils acceptent aussi de payer diverses pénalités pour un montant qui s'élève à plus de \$771 millions. Les personnes physiques, en plus d'amendes, sont aussi condamnées à des peines de prison avec sursis et d'interdiction de séjour. Artemis et Pinault arrivent à des accords avec les autorités californiennes. Mais Jean Peyrelevade refuse de reconnaître sa culpabilité, car il prétend ne pas avoir été au courant du montage de portage<sup>144</sup> pendant les cinq premières années de sa présidence. Finalement, ses avocats et les procureurs trouvent un compromis et en décembre 2006, trois ans après la plupart des autres accusés, l'ancien président comparait devant un juge fédéral californien ; il « plaide coupable au sens de l'*Alford plea*<sup>145</sup> », accepte une amende supplémentaire de \$500 000<sup>146</sup> et une peine de bannissement des États-Unis pendant trois ans. À l'issue de son procès, il publie un livre<sup>147</sup> où il présente sa version des faits et écrit que dans l'affaire *Executive Life* « l'État a fait payer à la collectivité française la somme colossale d'un milliard de dollars pour rien [...] Le délit que nous reprochent les Américains n'existe pas en droit français<sup>148</sup>. »

---

<sup>144</sup> Les procureurs californiens exhibent toutefois la copie d'un document sur le portage paraphé par Peyrelevade le 10 décembre 1993. Il s'agit d'un long fax interne adressé au secrétariat du président du Crédit Lyonnais dont le président n'aurait peut-être pas lu la totalité.

<sup>145</sup> La reconnaissance de culpabilité au sens d'*Alford* (*Alford guilty plea*) est une procédure dont l'usage est découragé par le DOJ mais qui peut être employée à titre exceptionnel lorsqu'un inculpé admet que la partie adverse détient des preuves de culpabilité qu'il ne conteste pas afin de bénéficier d'une sentence de peine réduite. L'expression provient d'un cas qui avait été soumis à la Cour suprême en 1970, *North Carolina vs Alford*, dans lequel l'inculpé, après accord de *plea bargaining* avec le procureur, acceptait sa sentence (et dans le cas particulier d'*Alford* évitait la peine de mort) tout en se disant innocent.

<sup>146</sup> Payée, en fin de compte, par le Trésor français.

<sup>147</sup> Peyrelevade, Jean et Pontaut, Jean-Marie, *op.cit.*

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 19. Le montant de l'amende personnelle de Jean Peyrelevade, ainsi que ses frais d'avocats et autres, font probablement partie du montant qu'il indique. Le problème fondamental bien sûr est que *Executive Life* étant une

## C. BNP Paribas : « Pétrole contre Nourriture » et violations des sanctions

502. BNP Paribas surpasse en 2014 les records de pénalités payées par les banques françaises aux États-Unis. Pourtant l'institution était présente sur le marché américain depuis plus d'un siècle. La banque est elle-même le résultat d'une succession de fusions : le Comptoir national d'escompte de Paris (CNEP) et la Banque nationale du commerce et de l'industrie (BNCI) forment la Banque nationale de Paris en 1966, qui fusionne à son tour avec la Banque de Paris et des Pays-Bas pour former le groupe BNP Paribas actuel en 2000.

La présence des prédécesseurs du groupe aux États-Unis remonte au XIX<sup>e</sup> siècle et en 1919 la French American Banking Corporation est fondée par le CNEP et des partenaires américains et devient rapidement une des principales banques à financer le développement de sociétés françaises aux États-Unis ; elle est acquise par la BNP en 1971. La Bank of the West, vieille institution de Californie, est aussi rachetée par la BNP en 1979. À la fin du XX<sup>e</sup> siècle le groupe est considéré comme la banque quasi officielle des intérêts français aux États-Unis et finance de nombreuses opérations considérées comme « stratégiques. »

### 1. Pétrole contre Nourriture

503. En 1995, sous l'égide des Nations Unies, est monté le programme « Pétrole contre Nourriture<sup>149</sup> » dont le but est de permettre à la population irakienne d'acheter des denrées de première nécessité pour un montant global de 64 milliards de dollars. La BNP, grâce aux efforts de la diplomatie française, en est nommée l'agent financier. C'est donc principalement par son agence de New York que transitent les lettres de crédit et les virements internationaux qui permettent la réalisation du programme. Selon une enquête du Congrès, la BNP déboursait des fonds sans preuve d'envoi des marchandises et autorisait des paiements à des tierces parties non autorisées par l'accord onusien ; elle aurait ainsi perçu des commissions pour plus de 700 millions de dollars<sup>150</sup>. Lorsque les malversations associées au programme sont dénoncées par le rapport

---

entreprise américaine qui souscrit des polices d'assurance pour des Américains aux États-Unis, c'est le droit américain, et non français, qui s'applique.

<sup>149</sup> Voir ci-dessus.

<sup>150</sup> Selon un article sur les conclusions de la commission Volcker paru dans *Le Monde* du 27 octobre 2005 : « [La BNP] s'est trouvée "dans une situation de conflit d'intérêts", ajoute le texte. Elle était la gérante des comptes séquestres de l'ONU sur lesquels elle recevait et déboursait les fonds liés au programme. Mais elle servait aussi de garante à des entreprises qui participaient au programme, ce qui constituait pour elle une "double loyauté", donc

Volcker<sup>151</sup>, la négligence, voire la complicité, de la BNP semble évidente et ses dirigeants sont auditionnés par le Congrès américain<sup>152</sup>. Mais aucune action pénale n'est engagée contre elle, ni en France<sup>153</sup>, ni aux États-Unis. La réputation de la banque cependant est ternie par le scandale mais sans aucune conséquence judiciaire ni financière sérieuse.

## 2. Les violations des sanctions OFAC

504. BNP Paribas devient en 2014 la banque étrangère la plus pénalisée aux États-Unis lorsqu'elle plaide coupable d'avoir contourné les sanctions américaines contre l'Iran, le Soudan<sup>154</sup> et Cuba ; les deux premiers pays faisaient aussi l'objet de sanctions européennes. C'est l'aboutissement d'une longue enquête menée par plusieurs entités fédérales, suivie de difficiles négociations. Nous examinerons successivement les faits, les principaux épisodes de la négociation, l'accord de plaider coupable et les enseignements de cette expérience, coûteuse pour le contribuable français.

### a) Les reproches des autorités américaines

505. Les faits qui fondent l'action judiciaire contre BNP Paribas sont exposés dans un document de 36 pages enregistré au greffe du tribunal du district sud de New York (*New York Southern District*) ; il est daté du 28 juin 2014, contresigné par la banque et intitulé *United States of America v BNP Paribas, Statement of Facts* librement accessible sur le site du DOJ<sup>155</sup>. La banque reconnaît avoir violé les régimes de sanctions contre le Soudan, l'Iran et Cuba durant une période qui s'étend

---

un conflit d'intérêts selon le rapport. La commission souligne que cette situation a "clairement inhibé" la BNP lorsqu'il s'est agi d'avertir son principal client – l'ONU – des relations financières illicites qui s'étaient établies entre certaines compagnies et le régime irakien et dont elle avait forcément acquis "une connaissance de première main".

<sup>151</sup> Voir ci-dessus.

<sup>152</sup> Voir par exemple le compte rendu de l'audition de Everett Schenk, directeur général de BNP Paribas aux États-Unis devant la commission spéciale de la Chambre des représentants le 28 avril 2005 : « *The Role of BNP-Paribas SA in the United Nations Oil-for-Food Program (house.gov)* » [http://commdocs.house.gov/committees/intlrel/hfa20921.000/hfa20921\\_0.HTM](http://commdocs.house.gov/committees/intlrel/hfa20921.000/hfa20921_0.HTM).

<sup>153</sup> En France, le juge d'instruction Courroye poursuit trois sociétés qui ont versé des « ristournes » au gouvernement irakien de Saddam Hussein : Renault Trucks, Legrand et Schneider Electric mais pas la BNP. Par ailleurs, comme on l'a vu ci-dessus, le groupe pétrolier Total est aussi l'objet de poursuites diligentées par les juges d'instruction Eva Joly et Renaud Van Ruymbeke.

<sup>154</sup> Le Soudan dont le dictateur Omar Bachid est sous inculpation de la Cour pénale internationale notamment pour avoir organisé des massacres au Darfour est sous embargo international. Depuis les années 1980, la BNP est la seule banque occidentale à y mener des opérations de commerce extérieur qui transitent souvent via la filiale helvétique. Voir le documentaire diffusé sur Arte : « BNP Paribas, dans les eaux troubles de la plus grande banque européenne », <https://www.youtube.com/watch?v=ga87EsujLnU>.

<sup>155</sup> Voir <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/statement-of-facts.pdf>.

au moins de 2004 à 2012 au cours de laquelle elle a traité des opérations illégales, pour un montant de plus de \$8,8 milliards, qui ont transité par les États-Unis<sup>156</sup>. Ces opérations ont été réalisées en toute connaissance de cause<sup>157</sup> et la banque a employé divers procédés frauduleux : méthodes de paiement opaques pour dissimuler la présence d'entités sanctionnées (SDN<sup>158</sup>) dans les virements effectués par l'agence de New York ; structuration des transactions de manière particulièrement complexe sans motif économique dans le seul but d'éviter le blocage aux États-Unis de flux impliquant des entités prohibées ; instructions aux institutions complices de ne pas mentionner dans leurs communications avec la BNPP États-Unis ou autre banque les noms des véritables donneurs d'ordre ou destinataires des virements ; collusion avec des contreparties visées par la réglementation américaine pour omettre les noms d'entités interdites aux États-Unis dans les messages ; suppression de tout indice qui aurait pu permettre d'identifier des parties suspectes dans les paiements en dollars<sup>159</sup>. Les montages sont expliqués dans des documents internes et incluent généralement la filiale en Suisse (BNPP Genève). Le rapport donne des exemples concrets de la manière dont les transactions sont montées.

Par exemple dans le cas du Soudan, dès 1977, peu après l'imposition de sanctions économiques américaines et internationales contre ce pays<sup>160</sup>, BNPP devient le correspondant quasi exclusif pour l'Europe de toutes les entités contrôlées par le gouvernement soudanais. À tel point qu'en 2006 les paiements pour le quart des exportations et le cinquième des importations soudanaises passent par BNPP Genève qui contrôle alors près de la moitié des réserves en devises du Soudan. Les transactions s'effectuent par l'intermédiaire de « comptes de banques satellites » ouverts sur les livres de BNPP Genève qui transfère librement des fonds d'un compte sur un autre.<sup>161</sup> Ces mécanismes de contournement des sanctions sont connus et approuvés, au moins tacitement, par les cadres de la banque en charge de la conformité et la direction générale, plusieurs directeurs centraux étant membres du conseil d'administration de la filiale suisse<sup>162</sup>.

---

<sup>156</sup> D'après le *Statement of facts, Overview of the conspiracy*, paragraphe 14.

<sup>157</sup> *Ibid.*, « knowingly, intentionally and willfully ».

<sup>158</sup> *Specially Designated Nationals and Blocked Persons*, liste d'entités avec lesquels les États-Unis interdisent toute transaction, publiée par l'OFAC. Voir ci-dessus, I<sup>ère</sup> partie.

<sup>159</sup> Notamment en utilisant des messages SWIFT différenciés pour les transactions et leur couverture en contradiction avec les procédures normales recommandées par SWIFT

<sup>160</sup> Le pays était dans un état de guerre civile et les autorités soudanaises avaient en particulier organisé le massacre de populations civiles dans la province du Darfour.

<sup>161</sup> *Statement of facts*, paragraphes 19 à 25.

<sup>162</sup> *Idem*, paragraphes 26 et 27. Le conseil d'administration de la filiale suisse pendant de nombreuses années est présidé par Georges Chodron de Courcel.

506. Déjà en 2004 les autorités américaines (Federal Reserve Bank et New York Department of Financial Services) notent les déficiences du système de compliance et attirent aux États-Unis l'attention de la banque qui signe un accord écrit (MOU, *memorandum of understanding*) s'engageant à mettre en place les réformes nécessaires. Toutefois au plan global BNP Paribas continue de promouvoir les opérations avec le Soudan mais en utilisant une banque tierce pour les opérations de règlement en dollars.

Vers la même époque, la banque interroge divers cabinets juridiques américains<sup>163</sup> ; une première analyse (*opinion*) en 2004 pourrait être interprétée comme indiquant que BNPP aux États-Unis ne serait pas considérée comme responsable de violation de sanctions si les instructions émanent d'une banque tierce (ce qui explique le changement de procédure) ; cette interprétation est toutefois contestée par les autorités et, de toute façon, elle est contredite par deux autres *opinions* reçues en 2006 qui ne laissent planer aucun doute<sup>164</sup>. Cependant le Comité exécutif au niveau mondial décide de poursuivre les activités avec le Soudan afin de préserver des relations stratégiques avec ce pays et la profitabilité de BNPP Genève. Finalement en mai 2007, des dirigeants de l'OFAC rencontrent la direction de BNPP à New York ; à la suite de cette réunion, la BNPP au niveau mondial décide en juin de cesser ses activités en dollars avec le Soudan ; cependant de juin 2006 à juillet 2007, le montant des transactions passées pour le compte de clients soudanais est de \$6,4 milliards<sup>165</sup>. Le *Statement of Facts* décrit aussi des opérations illégales avec l'Iran de 2006 à 2012 pour un total d'au moins \$ 686 millions<sup>166</sup> et avec Cuba, de 2000 à 2010, pour au moins \$ 1,747 milliard<sup>167</sup>.

507. Les échanges d'informations entre BNPP et les régulateurs américains ne sont pas aussi ouverts que le souhaitent les autorités. Déjà, lors du scandale « Pétrole contre Nourriture », Paul Volcker avait indiqué que la banque française coopérait avec l'enquête « jusqu'à un certain point. » Le fait que les montages passent par Genève permet, fort à propos, d'évoquer le secret bancaire suisse pour refuser de communiquer des informations. Les autorités américaines peuvent

---

<sup>163</sup> Selon un article de Michel, Anne « BNP Paribas a violé l'embargo américain malgré les mises en garde », publié par *Le Monde* le 13 juin 2014, la BNPP a utilisé les cabinets juridiques Cleary Gottlieb, Clifford Chance et Skadden Arps.

<sup>164</sup> *Statement of facts*, paragraphes 34 à 37.

<sup>165</sup> *Ibid.*, paragraphes 40 et 41.

<sup>166</sup> *Ibid.*, paragraphes 42 à 48.

<sup>167</sup> *Ibid.* paragraphes 49 à 58. Le montant des transactions avec le Soudan représente donc plus de 70 % du montant total de transactions visées par l'OFAC.

toutefois facilement vérifier le cheminement des transactions en dollars. Dès 2003 des mises en garde sont prononcées<sup>168</sup> et en 2004 un accord écrit, MOU, est signé avec la banque aux États-Unis<sup>169</sup>. Toutefois par la suite, les régulateurs américains notent que toutes les mesures de l'accord ne sont pas appliquées intégralement. En 2006 le sous-secrétaire américain au Trésor, Stuart Levey, et sa délégation rencontrent à Paris à huis clos plusieurs membres de la direction générale de BNP Paribas, dont le directeur général Beaudouin Prot, et leur font part de leurs préoccupations<sup>170</sup>. Les cadres de la banque chargés de la compliance à New York, Genève et Paris font à plusieurs reprises part à la direction générale de leurs réserves mais leurs actions aboutissent au mieux à des changements de procédure alors que la direction générale maintient son appui pour le développement de cette ligne d'activité<sup>171</sup>. Pourtant, en décembre 2005, les autorités américaines affirment à nouveau publiquement leur intention de frapper fort les banques étrangères et nationales présentes aux États-Unis qui ne respecteraient pas les régimes de sanctions ou la réglementation américaine en général : la banque néerlandaise ABN Amro est alors condamnée à une pénalité de \$80 millions, précisément pour contournement de sanctions<sup>172</sup>. Par la suite, le DOJ, le DOT et plusieurs représentants des administrations Bush et Obama confirment la politique américaine de répression (*enforcement*) des institutions qui ne respectent pas les mesures de sanctions économiques américaines. BNPP ne semble pas tenir compte des avertissements et précédents et, lorsqu'elle accepte de plaider coupable en juin 2014, elle est la vingt-deuxième banque sous l'administration Obama à être sanctionnée pour non-respect des embargos américains<sup>173</sup>.

---

<sup>168</sup> Selon le documentaire *BNP Paribas, dans les eaux troubles de la plus grande banque européenne*, Michel Pébereau, alors président de BNPP, aurait refusé de recevoir le sous-secrétaire d'État américain chargé de la lutte contre le terrorisme alors que les services américains savent que BNPP finance des entités au Soudan.

<sup>169</sup> Selon le *Statement of Facts* ; voir ci-dessus.

<sup>170</sup> Selon l'article d'Anne Michel précité.

<sup>171</sup> Par exemple, selon le *Statement of Facts*, paragraphe 35, les chargés de la compliance à Genève organisent en septembre 2005 une réunion avec un haut dirigeant (*executive*) du siège [Georges Chodron de Courcel?] pour discuter des procédures de mise en place concernant le Soudan mais celui-ci répond que leurs préoccupations ne sont pas justifiées, pourtant il ordonne de ne pas faire de compte rendu de la réunion.

<sup>172</sup> *Statement of facts*, paragraphe 62.

<sup>173</sup> Voir l'article précité d'Anne Michel.



## b. Négociations, condamnation et réactions

508. Beaucoup a été écrit ou commenté, particulièrement en France, sur la sévérité des pénalités monétaires infligées à BNP Paribas, soit un total de \$8 833 600 000. La liste des pénalités liées aux infractions commises et les modes de calcul qui suivent strictement les *US Sentencing Guidelines*<sup>174</sup> en vigueur sont détaillés dans une lettre du DOJ du 27 juin 2014 et ses annexes adressés aux avocats de BNPP ; le document précise les conditions de l'accord de plaider coupable<sup>175</sup>. Selon les *Sentencing guidelines*, le montant des pénalités est calculé en fonction de la gravité des infractions, des montants de celles-ci, de la durée durant laquelle les infractions ont été commises et de facteurs plus qualitatifs comme le degré de coopération avec les autorités. Les montants et durée des fraudes étaient relativement faciles à estimer et, comparé aux autres banques qui avaient été poursuivies pour détournement des sanctions économiques, le degré de coopération démontré par la banque française apparaissait au-dessous de la moyenne. Ainsi durant les jours et semaines précédant la finalisation de l'accord de plaider coupable, certains journalistes spécialisés pensent que les pénalités pourraient dépasser les \$10 milliards<sup>176</sup>. En plus des pénalités, dont certaines sont perçues par le Département des services financiers de New York (DFS NY), BNPP doit reconnaître publiquement sa culpabilité<sup>177</sup>, suspendre ses opérations de compensation (*clearing*) à New York pendant un an, améliorer ses systèmes et procédures de compliance, utiliser pendant au moins deux ans supplémentaires les services d'un *monitor* indépendant et se séparer de 45 de ses collaborateurs, aux États-Unis et en Europe<sup>178</sup>. Comment en est-on arrivé là ?

509. Les négociations de *plea bargaining* entre la banque, ses avocats et les régulateurs sont compliquées. Les membres du Comité exécutif semblent ne pas comprendre comment fonctionne l'appareil judiciaire américain et évaluent diversement, et tardivement, les menaces qui pèsent sur

---

<sup>174</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie.

<sup>175</sup> Voir le site du DOJ : <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/plea-agreement.pdf>.

<sup>176</sup> Voir par exemple l'article de Chaperon, Isabelle et Lauer, Stéphane paru dans *Le Monde* du 29 mai 2014 : « Premier traumatisme dans l'histoire de BNP Paribas ».

<sup>177</sup> Ses avocats auraient sollicité un DPA mais étant donné la gravité des infractions, le DOJ, et surtout le DFS, exigent un *guilty plea*.

<sup>178</sup> Le chiffre 45 est cité dans le *Consent Order* (accord d'obtempérer) signé avec le DFS NY, paragraphe 57, « *Discipline of BNP Paribas Employees* ».

Voir [https://www.dfs.ny.gov/system/files/documents/2020/04/ea140630\\_bnp\\_paribas.pdf](https://www.dfs.ny.gov/system/files/documents/2020/04/ea140630_bnp_paribas.pdf)). Ce chiffre comprend toutefois probablement des employés, dont certains de niveau modeste, qui avaient déjà quitté la banque avant la conclusion de l'accord. Le communiqué de presse du DOJ du 30 juin 2014 indique que la banque a décidé de mettre fin à l'emploi de 13 cadres, dont le *Group Chief Operating Officer* (Responsable opérationnel) pour l'ensemble du groupe). Voir <https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial>.

l'institution. En expliquant la sévérité des pénalités, les procureurs américains font spécifiquement référence au manque de coopération de la banque<sup>179</sup>. Les dirigeants de BNPP, qui sont pour la plupart d'anciens hauts fonctionnaires issus des grands corps de l'État<sup>180</sup> refusent d'abord de négocier avec les fonctionnaires et magistrats américains, estimant n'avoir de comptes à rendre qu'aux autorités françaises, puis s'efforcent de traiter le problème au niveau politique en faisant intervenir jusqu'au plus haut sommet de l'État. Ainsi, c'est à leur demande que lors de la visite en France du président Obama pour les commémorations du Débarquement du 6 juin 1944, le sujet de BNP Paribas est abordé en réunion entre les deux présidents<sup>181</sup>. Laurent Fabius, alors ministre des Affaires étrangères, ainsi que Michel Sapin, ministre des Finances, font des déclarations publiques menaçant de « conséquences négatives » sur le traité transatlantique, voire sur la présence des banques françaises aux États-Unis<sup>182</sup>. Cette attitude est perçue aux États-Unis comme un nouvel exemple de l'arrogance française<sup>183</sup> et ne fait que renforcer la détermination de certains régulateurs, en particulier Benjamin Lawski, Superintendant du DFS NY qui a des ambitions politiques, à obtenir une condamnation claire de BNPP<sup>184</sup>. Le président Obama, interrogé au cours d'une conférence de presse, explique qu'aux États-Unis la justice est indépendante<sup>185</sup> et qu'il ne peut donner des instructions au DOJ sur le traitement d'une affaire en phase d'instruction active<sup>186</sup>. Lors de la conférence de presse du 30 juin qui suit l'annonce du plaider coupable, le ministre de la Justice américain, Éric Holder, fait explicitement référence à la politique obstructionniste de la

---

<sup>179</sup> Le communiqué de presse du DOJ du 30 juin 2014 inclut le commentaire : « *Failure to cooperate had a real effect [...], together with BNP's prolonged misconduct [it] mandated the criminal plea and the nearly \$ 9 billion penalty* » (L'absence de coopération a joué un grand rôle [...] comme la mauvaise conduite prolongée de la BNP [qui ont] entraîné l'inculpation et l'amende de près de \$9 milliards.)

<sup>180</sup> Selon une anecdote, après la constitution du groupe BNP Paribas en 2000, son premier président, Michel Pebereau, se serait vanté que sa banque est désormais l'employeur en France qui emploie le plus grand nombre d'inspecteurs des finances.

<sup>181</sup> Voir *Le Monde* du 5 juin 2014, « BNP Paribas évoquée en détails par Hollande devant Obama ».

<sup>182</sup> Voir *Le Monde* du 6 juin 2014 : « La riposte française se précise ».

<sup>183</sup> Pourtant plusieurs juristes et personnages politiques français, certains ayant des positions habituellement critiques à l'égard des États-Unis, avaient prévenu qu'une approche politisée serait contreproductive ; parmi eux on trouve Karine Berger, Arnaud Montebourg, Charles de Courson. Voir Reuters, « *France wary of politicising U.S. probe into BNP Paribas* » publié le 2 juin 2014 (<https://www.reuters.com/article/france-usa-bnp-paribas-idUSL6N0OJ37M20140602>).

<sup>184</sup> Voir *Le Monde* du 5 juin, 2014 : Lauer, Stéphane, « BNP Paribas, Washington circonspecte face aux pressions de Paris ».

<sup>185</sup> Ce qui sous-entend qu'elle ne l'est pas en France.

<sup>186</sup> Voir le documentaire « BNP Paribas, dans les eaux troubles de la plus grande banque européenne » et les notes ci-dessus 114 et 128.

banque et à la volonté américaine de frapper sévèrement les banques qui ne respectent pas les embargos<sup>187</sup>.

510. En réalité, dans les semaines qui précèdent l'annonce du plaider coupable, les négociations se font plus techniques. Jean-Laurent Bonnafé, directeur général de BNPP, accompagné de Jean Clamon, directeur de la conformité, et de leurs avocats se rendent à Washington pour « implorer » la justice américaine<sup>188</sup>. L'objectif des autorités françaises semble alors de limiter l'ampleur des pénalités. Le gouverneur de la Banque de France, Christian Noyer, explique à ses homologues américains que des peines trop fortes pourraient compromettre la survie même de BNPP et créer une instabilité systémique, sociale et même politique en Europe<sup>189</sup>.

Le 12 juin, la banque annonce le départ à la retraite de Georges Chodron de Courcel qui « sera, à sa demande, déchargé le 30 juin de sa fonction de directeur général délégué de BNP Paribas<sup>190</sup>. » Au cours des deux semaines suivantes, les accords qui comportent plusieurs documents officiels, des centaines de pages et impliquent plusieurs régulateurs américains (DOJ/ Division criminelle et FBI, DOT/OFAC, RS, Federal Reserve, DFS NY) et des dizaines d'avocats sont finalisés.

---

<sup>187</sup> Selon le communiqué de presse du DOJ du 30 juin 2014 : *“BNP Paribas went to elaborate lengths to conceal prohibited transactions, cover its tracks, and deceive U.S. authorities. These actions represent a serious breach of U.S. law,” Attorney General Holder said. [...] “Banks thinking about conducting business in violation of U.S. sanctions should think twice because the Justice Department will not look the other way.”* (BNP Paribas s'est donné beaucoup de mal pour dissimuler des transactions interdites, effacer ses traces et tromper les autorités américaines. Ces actes constituent une grave atteinte au droit américain, a dit le procureur général Holder. [...]) Les banques qui voudraient mener leurs affaires en violation des sanctions américaines devraient y regarder à deux fois car le département de la Justice ne va pas fermer les yeux.)

<sup>188</sup> Voir *France 24* le 13 mai 2014 : « BNP Paribas "implore" la clémence de la justice américaine » <https://www.france24.com/fr/20140513-bnp-paribas-implore-clemence-justice-americaine-france-bonnafe-soudan-iran-embargo>.

<sup>189</sup> Voir par exemple les articles de Coppola, Frances, paru dans *Forbes* le 31 mai 2014 : « *BNP Paribas, sanctions, fines and politics* », <https://www.forbes.com/sites/francescoppola/2014/05/31/bnp-paribas-sanctions-fines-and-politics/?sh=6d7d703641ca> ou Protess, Ben et Greenberg Silver publié dans le *New York Times* le 2 juin 2014 « *French Officials twist US arms in bank inquiry* », <https://dealbook.nytimes.com/2014/06/02/french-officials-twist-u-s-arms-in-bank-inquiry/>.

En 2019, Christian Noyer est nommé censeur de BNP Paribas, <https://group.bnpparibas/en/press-release/mr-christian-noyer-appointed-non-voting-director-censeur>.

<sup>190</sup> Georges Chodron de Courcel, alors âgé de 64 ans, est directeur général délégué, c'est-à-dire numéro 3 du groupe et depuis 2005 président du conseil d'administration de BNP Paribas Suisse. Il reste administrateur de six sociétés qui ont des intérêts croisés avec BNP Paribas, dont Bouygues et Lagardère, mais son mandat au conseil d'Alstom n'est pas renouvelé. Il doit aussi toucher plus de 330 000 euros de retraite « chapeau » annuelle. Son départ aurait été exigé par les autorités américaines. Voir les articles de Chocron, Véronique publié par *Les Échos* le 12 juin 2014, « Georges Chodron de Courcel, un pur produit BNP Paribas : le directeur général délégué prend sa retraite après une carrière entière passée au sein du groupe » et de Lemarchand Julia, publié par Reuters à la même date « Georges Chodron de Courcel (BNP) touchera plus de 330 000 euros de retraite "chapeau" annuelle ».

### c. Leçons d'une débâcle

511. Lorsque le plaider coupable est annoncé, la presse française parle « d'amende faramineuse<sup>191</sup> », mais aux États-Unis certains pensent que la banque s'en tire à bon compte.<sup>192</sup> Les éléments suivants nous semblent constituer des enseignements à retenir de cette expérience :

- Le montant final des pénalités financières (\$8,9 milliards) est 10 à 20 % moindre que les chiffres qui étaient publiés par la presse spécialisée les semaines précédentes. Il est possible que les démarches effectuées par la Banque de France auprès du Fed aient porté leur fruit, les autorités américaines souhaitant éviter une crise systémique (la crise des *subprimes* a encore des effets en 2014) et ne désirant pas que BNPP subisse un sort semblable à Arthur Andersen en 2003/05<sup>193</sup>.

Par ailleurs si le montant des amendes de BNPP établit un record en ce qui concerne les peines pour contournement des sanctions, des banques américaines ont subi des pénalités supérieures pour d'autres infractions : Bank of America a dû payer \$16,65 milliards et JP Morgan Chase \$13 milliards pour des infractions dans le cadre de la crise des *subprimes* en 2014 et 2013. Dans les cinq années précédentes, plusieurs banques étrangères aux États-Unis avaient dû régler des pénalités pour violations des régimes de sanctions américains de plusieurs centaines de millions de dollars<sup>194</sup>.

- Sur les autres mesures : exigence d'un plaider coupable, suspension du clearing, imposition d'un *monitor*, actions disciplinaires contre les dirigeants responsables, les autorités américaines sont restées fermes. Le manque de coopération avec l'enquête, puis la politisation du dossier et les menaces ou cris d'orfraie des dirigeants économiques et politiques français ont été contre-productifs. Les procureurs ont clairement voulu faire un exemple et dissuader les banques, quelle que soit leur nationalité, de toute velléité de contournement des sanctions. On peut, en lisant

---

<sup>191</sup> *Le Monde* du 1<sup>er</sup> juillet 2014.

<sup>192</sup> Voir par exemple l'article de Coppola, Frances paru dans *Forbes* le 1<sup>er</sup> juillet 2014 : « *BNP Paribas'sanctions penalty is not enough* », <https://www.forbes.com/sites/francescoppola/2014/07/01/bnp-paribass-sanctions-penalty-is-not-enough/?sh=3fbd0a667bc5>.

<sup>193</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie.

<sup>194</sup> En 2009 : Lloyds pour \$350 millions (Iran, Soudan, Libye) ; Crédit suisse pour 536 millions (Iran, Libye, Soudan, Birmanie) ;  
En 2010 : Barclays pour \$298 millions (Cuba, Iran et Libye) ; ABN Amro pour \$500 millions (Iran, Libye, Soudan, Cuba) ;  
En 2012 : ING Bank \$619 millions (Cuba et Iran) ; HSBC pour \$1 256 millions (Cuba, Iran, Libye, Soudan et Birmanie).

entre les lignes le communiqué de presse du 30 juin du DOJ, sentir à la fois la frustration initiale des enquêteurs et la satisfaction d’avoir finalement eu gain de cause.<sup>195</sup>

512. L’effet de dissuasion semble réussir et le cas BNP Paribas constitue un marqueur concernant le traitement des banques qui contournent les sanctions américaines. D’autres institutions qui sont en discussion de *plea bargaining* avec les autorités peuvent évaluer ce qui risque de leur arriver et s’empressent de finaliser des accords à l’amiable. Deux autres banques françaises, le Crédit Agricole et la Société Générale, sont soupçonnées d’infractions semblables à celles de BNPP.

En 2014 Bank of America règle rapidement une « petite » amende de \$17 millions pour violation des sanctions concernant le financement de trafic de stupéfiants alors que Bank of Tokyo Mitsubishi accepte de payer \$315 millions pour violation de l’embargo sur l’Iran.

#### **D. Le Crédit Agricole et les autres banques poursuivies pour évasion des sanctions OFAC**

513. En 2015 le Crédit Agricole finalise un accord amiable avec une pénalité totale de \$787 millions pour déficience de ses procédures de filtrage et non-respect des embargos sur Cuba, la Birmanie, l’Iran et le Soudan<sup>196</sup>. Les accords incluent un DPA avec le DOJ, évitant ainsi un plaider coupable. De son côté, la Commerzbank règle la même année des pénalités de \$1,4 milliard pour violation des sanctions contre l’Iran et le Soudan. Dans tous ces cas, la détermination des pénalités dépend du montant et de la durée des infractions ainsi que du degré de coopération de la

---

<sup>195</sup> <https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial>. En voici quelques extraits :

- « *BNP Paribas went to elaborate lengths to conceal prohibited transactions, cover its track and deceive US authorities. [...]*
- *When contacted by law enforcement it chose not to cooperate fully [...]*
- *BNPP banked on never being held to account for its criminal support of countries and entities engaged in acts of terrorism and other atrocities [...]* *The bank did so deliberately and secretly [...]*
- *We will continue to work [...]* *to ensure compliance with US banking laws to promote integrity across financial institutions [...]* » (BNP Paribas s’est donné beaucoup de mal pour dissimuler des transactions interdites, effacer ses traces et tromper les autorités américaines [...] – Lorsque les autorités ont pris contact avec elle, elle a préféré ne pas véritablement coopérer – BNPP espérait ne jamais devoir répondre de son aide délictueuse à des pays et des entités participant à des actes terroristes et autres atrocités [...] La banque l’a fait en toute connaissance de cause et en secret [...] – Nous continuerons à œuvrer [...] pour assurer le respect des lois bancaires américaines visant à promouvoir l’intégrité des institutions financières [...])

<sup>196</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 20 octobre 2015 : “*Crédit Agricole Corporate and Investment Bank Admits to Sanctions Violations, Agrees to Forfeit \$312 Million, Combined with Payments to Regulators, Bank to Pay \$787.3 Million.*”: <https://www.justice.gov/opa/pr/cr-dit-agricole-corporate-and-investment-bank-admits-sanctions-violations-agrees-forfeit-312>.

banque mais les tactiques de négociation, plus souples que pour BNPP, ont permis à la « banque verte » de limiter les dommages.

514. Les années suivantes les poursuites continuent. En 2016 Barclay est pénalisé de \$2,48 milliards pour violation de l'embargo sur le Zimbabwe ; en 2017 Toronto Dominion, \$516 000, pour non-respect des mesures sur Cuba et l'Iran. En 2018, JP Morgan Chase signe un accord concernant de « vieilles » infractions sur Cuba et l'Iran où la banque s'était auto-dénoncée cinq ans auparavant ; elle reconnaît les déficiences de son système de filtrage des transactions et règle une « petite » amende de \$5,6 millions. La même année, Société Générale, qui menait de front plusieurs négociations avec les autorités réglementaires américaines, conclut une série d'accords dont le règlement coordonné entre le DOJ et le PNF français concernant les pots-de-vin payé dans le cadre du dossier libyen dont nous reparlerons<sup>197</sup>. Les pénalités à propos des violations d'embargo américain sur Cuba, l'Iran et le Soudan s'élèvent à \$1,34 milliard. Le DOJ toutefois reconnaît les efforts de coopération et remédiation de la banque ce qui permet de régler le litige par un DPA<sup>198</sup>.

515. Par la suite, d'autres banques, principalement étrangères, sont poursuivies pour infractions à la législation sur les sanctions et doivent régler de nouvelles amendes à l'OFAC ou autres

---

<sup>197</sup> Voir II<sup>e</sup> partie, Titre 2, chapitre 2.

<sup>198</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 19 novembre 2018, « *Manhattan U.S. Attorney Announces Criminal Charges Against Société générale S.A. For Violations Of The Trading With The Enemy Act. Bank to Pay Total Penalties of more than \$1.3 Billion as part of Resolution with Federal and State Prosecutors and Regulators.* » <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/manhattan-us-attorney-announces-criminal-charges-against-soci-t-g-n-rale-sa-violations>.

La décision de recourir à un DPA plutôt qu'à un plaider coupable est justifiée dans le paragraphe suivant : « *The Government entered into this resolution due, in part, to SG's acceptance and acknowledgement of responsibility under the laws of the United States for its conduct, as exhibited by its undertaking of a thorough internal investigation, collecting and producing voluminous evidence located in other countries to the full extent permitted under applicable laws and regulations, and its enhancement of its compliance program and sanctions-related internal controls both before and after it became the subject of a U.S. law enforcement investigation. These factors and SG's willingness to enter into the commitments set forth in the Agreement, along with all other relevant factors and considerations, collectively weighed in favor of deferral of prosecution, and outweighed in this particular case SG's failure to self-report all of its violations of United States sanctions laws in a timely manner [...]* » (Le gouvernement a fait ce choix en raison, notamment, parce que SG a accepté et reconnu être responsable de sa conduite en vertu des lois des États-Unis, comme en témoigne le fait qu'elle ait entrepris une enquête interne approfondie, qu'elle ait recueilli et produit de nombreuses preuves situées dans d'autres pays dans toute la mesure permise par les lois et règlements applicables, et qu'elle ait renforcé son programme de compliance et ses contrôles internes liés aux sanctions, tant avant qu'après avoir fait l'objet d'une enquête des services américains. Ces facteurs et la volonté de SG de prendre les engagements énoncés dans l'accord, ainsi que tous les autres facteurs et considérations pertinents, ont collectivement pesé en faveur d'un report des poursuites, et l'ont emporté dans ce cas précis sur le fait que SG ait omis de signaler elle-même en temps voulu toutes ses violations des lois américaines sur les sanctions [...])

organismes de régulation : en 2019 Standard Chartered paye \$657 millions pour violation des embargos concernant principalement le Zimbabwe<sup>199</sup>. Si on y ajoute les pénalités pour violation de l'embargo sur l'Iran et des infractions au FCPA, le total des amendes réglées aux autorités américaines par la banque britannique dépasse le milliard de dollars.<sup>200</sup> La même année le groupe UniCredit accepte de plaider coupable pour évasion des sanctions contre l'Iran et de payer des pénalités pour un total de \$1,3 milliard<sup>201</sup>. L'OFAC et le DOJ poursuivent toujours leur programme de restitutions (*disgorgement*) et de pénalités pour évasion des embargos. Ainsi l'UBAF, autre banque dont le siège est en France, signe en janvier 2021 un accord avec l'OFAC reconnaissant ses déficiences en termes de contrôle des sanctions, sur la Syrie en particulier, et règle une amende de \$8,5 millions<sup>202</sup>.

516. Très souvent les autorités américaines, en particulier le DOJ, le FDIC et NY DFS imposent des pénalités supplémentaires en sus des amendes infligées directement par l'OFAC. Certaines pénalités peuvent aussi ne pas être rendues publiques. Il est donc difficile de dresser une liste complète des amendes levées sur les banques à la suite d'infractions relatives aux divers régimes de sanctions. En utilisant principalement des documents obtenus sur les sites du *Council of Foreign Relations*<sup>203</sup>, de revues<sup>204</sup> et les informations disponibles sur le site du DOT<sup>205</sup>, nous avons néanmoins établi le tableau récapitulatif ci-dessous, mis à jour au 30 juin 2021. Déjà présenté dans l'introduction de cette thèse, il montre les pénalités dues pour des violations constatées aux divers régimes de sanctions depuis 2009 :

<sup>199</sup> Voir [https://home.treasury.gov/system/files/126/20190408\\_scb\\_webpost.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/126/20190408_scb_webpost.pdf). En ajoutant les pénalités connexes on arrive à \$1,3 milliard.

<sup>200</sup> Voir DOJ, communiqué de presse du 9 avril 2009 : *Standard Chartered Bank Admits to Illegally Processing Transactions in Violation of Iranian Sanctions and Agrees to Pay More Than \$1 Billion. Iranian National Indicted and Former SCB Employee Pleaded Guilty for Criminal Conspiracy to Violate Iranian Sanctions*; <https://www.justice.gov/opa/pr/standard-chartered-bank-admits-illegally-processing-transactions-violation-iranian-sanctions>.

<sup>201</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 19 avril 2019 : *UniCredit Bank AG Agrees to Plead Guilty for Illegally Processing Transactions in Violation of Iranian Sanctions, UniCredit Group Banks Agree to Pay Over \$1.3 Billion for Violating Sanctions* ; <https://www.justice.gov/opa/pr/unicredit-bank-ag-agrees-plead-guilty-illegally-processing-transactions-violation-iranian>.

<sup>202</sup> Voir DOT communiqué de presse du 4 janvier 2021 : « *OFAC Enters Into \$8,572,500 Settlement with Union de Banques Arabes et Françaises for Apparent Violations of Syria-Related Sanctions Program* » ; [https://home.treasury.gov/system/files/126/01042021\\_UBAF.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/126/01042021_UBAF.pdf).

<sup>203</sup> <https://www.cfr.org/background/what-are-economic-sanctions>.

<sup>204</sup> En particulier le *New York Times* et *The Guardian*.

<sup>205</sup> <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/civil-penalties-and-enforcement-information>.

*Figure 27 - Principales pénalités levées au titre des sanctions économiques (OFAC)  
de 2009 au 30 juin 2021<sup>206</sup>*

| <b><u>Année</u></b> | <b><u>Banque</u></b>     | <b><u>Pénalité</u></b> | <b><u>Pays concernés</u></b>        |
|---------------------|--------------------------|------------------------|-------------------------------------|
| 2009                | Crédit Suisse            | \$ 536 millions        | Iran, Soudan, Libye, Birmanie, Cuba |
|                     | Lloyd's                  | \$ 350 millions        | Iran, Soudan                        |
|                     | ANZ                      | \$ 5,75 millions       | Cuba, Soudan                        |
| 2010                | ABN Amro                 | \$ 500 millions        | Cuba, Iran, Libye, Soudan           |
|                     | Barclays                 | \$ 298 millions        | Birmanie, Cuba, Iran, Libye, Soudan |
| 2012                | Standard Chartered       | \$667 millions         | Birmanie, Iran, Libye, Soudan       |
|                     | ING                      | \$ 619 millions        | Birmanie, Cuba, Iran, Libye, Soudan |
|                     | HSBC                     | \$ 375 millions        | Birmanie, Cuba, Iran, Libye, Soudan |
|                     | National Bk of Abu Dhabi | \$855,000              | Soudan                              |
| 2013                | Bk. of Tokyo Mitsubishi  | \$ 250 millions        | Birmanie, Iran, Cuba, Soudan        |
|                     | Royal Bk. Of Scotland    | \$ 100 millions        | Birmanie, Cuba, Iran, Libye         |
| 2014                | BNP Paribas              | \$ 8,9 milliards       | Soudan, Iran, Cuba                  |
|                     | Bk. of Tokyo Mitsubishi  | \$ 315 millions        | Iran                                |
|                     | Bank of America          | \$ 17 millions         | Financement de stupéfiants          |
|                     | Bank of Moscow           | \$ 8,5 millions        | Iran                                |
| 2015                | Commerzbank              | \$ 1,4 milliard        | Iran, Soudan                        |
|                     | Crédit Agricole          | \$ 787 millions        | Cuba, Birmanie, Iran, Soudan        |
|                     | Deutsche Bank            | \$ 258 millions        | Iran                                |
|                     | Clearstream              | \$ 152 millions        | Iran                                |
| 2016                | Barclays                 | \$ 2, 48 milliards     | Zimbabwe                            |
| 2017                | ZTE China <sup>207</sup> | \$ 100 millions        | Iran, Corée du Nord                 |

<sup>206</sup> Source : tableau préparé à partir de données année par année publiées sur le site du DOT : *Civil Penalties and Enforcement Information*, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/civil-penalties-and-enforcement-information>.

<sup>207</sup> ZTE (Zhongxing Telecommunications Equipment Corporation) est un conglomérat chinois spécialisé dans les télécommunications. Son bras financier avait accordé des crédits à des entités nord coréennes et iraniennes.



|      |                                 |                       |                               |
|------|---------------------------------|-----------------------|-------------------------------|
|      | Toronto Dominion                | \$516,000             | Cuba, Iran                    |
|      |                                 |                       |                               |
| 2018 | Société Générale                | \$ 1,34 milliard      | Cuba, Iran, Soudan            |
|      | JP Morgan Chase                 | \$ 5,6 millions       | Cuba, Iran                    |
|      |                                 |                       |                               |
| 2019 | Standard Chartered              | plus de \$ 1 milliard | Iran, Zimbabwe et autres pays |
|      | UniCredit                       | \$ 1,3 milliard       | Iran                          |
|      | British Arab Commercial Bk.     | \$ 4 millions         | Soudan                        |
|      |                                 |                       |                               |
| 2020 | National Commercial Bk., Jeddah | \$653,347             | Syrie, Soudan                 |
|      | Deutsche Bank                   | \$583,000             | Ukraine                       |
|      |                                 |                       |                               |
| 2021 | UBAF                            | \$ 8,5 millions       | Syrie                         |
|      |                                 |                       |                               |

517. Le tableau ci-dessus n'inclut pas les pénalités infligées pour des infractions au FCPA ou pour des fraudes découlant de manipulation de taux de référence (*LIBOR and Euribor rigging schemes*), de démarchage illégal et d'évasion fiscale, ni de contrôles internes déficients (y compris *KYC*) ou de problèmes de nature opérationnelle. Notre objectif ici est de montrer le coût pour les banques du non-respect des régimes de sanctions américains.

Il semble y avoir, dans la politique de contrôle des sanctions de l'OFAC, sinon ciblage, du moins une prédilection du DOT (et accessoirement du DOJ) à imposer de lourdes amendes aux établissements financiers européens. Le FCPA Clearinghouse et autres études indiquent que la Chine est la juridiction dans laquelle on trouve le plus de bénéficiaires d'actes de corruption transnationale<sup>208</sup>. Il est remarquable qu'une seule entité chinoise, ZTE, figure dans la liste ci-dessus. Deux explications sont possibles : soit les banques chinoises qui travaillent en dollars sont particulièrement vigilantes concernant contrôles et compliance ; soit le DOT désire éviter des frictions avec les régulateurs d'une juridiction qui a montré qu'elle n'hésite pas à engager des actions de représailles. La politique de sanctions à l'égard de la Chine est devenue plus stricte au cours de la deuxième moitié de l'administration Trump ; le nombre d'entités chinoises avec lesquelles il est prohibé de traiter a augmenté mais il semble que les principales banques chinoises,

---

Voir le communiqué de presse du DOT (OFAC) du 7 mars 2017 : « *Treasury Department Reaches \$100 Million Settlement With Zhongxing Telecommunications Equipment Corporation* »  
<https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm0023>.

<sup>208</sup> Voir FCPA Clearinghouse, cartographie (*geography*) : <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=8>.

qui figurent parmi les plus importantes du monde en termes d'actifs, continuent de bénéficier d'une sorte d'immunité de la part d'OFAC<sup>209</sup>.

Les pénalités pour sanctions qui ont frappé les banques européennes, françaises et accessoirement britanniques en particulier, sont parmi les plus élevées. Comme pour les violations du FCPA, les raisons principales en sont la méconnaissance des règles américaines, une sorte d'hubris français (ou britannique ou européen) et le manque d'aptitude à traiter avec les autorités américaines.

518. La question de la légitimité des sanctions OFAC se pose. Alors que la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers est une obligation reconnue par tous les États parties à la *Charte de Merida* des Nations Unies et, plus encore la *Convention de l'OCDE contre la corruption*, et ont ainsi une légitimité internationale forte, les pénalités levées par l'OFAC et autres régulateurs américains dans le cadre des sanctions économiques sont souvent le résultat d'actions américaines unilatérales et ont donc une légitimité internationale contestable. En pratique une banque condamnée pour violations des sanctions OFAC (ou autres) n'a pas de recours judiciaire : l'OFAC, donc le pouvoir exécutif, à la fois définit les sanctions, contrôle leur application, et décide de punir ou non à sa discrétion les éventuels contrevenants. Toute tentative d'action judiciaire de la part d'une banque mécontente se heurterait rapidement au principe de la déférence judiciaire (doctrine Chevron)<sup>210</sup>. Le cumul des fonctions de l'OFAC est une réalité, mais semble en contradiction avec le principe de séparation des pouvoirs si cher aux juristes américains. Il nous semble ainsi urgent de fédérer une position commune des banques et autorités européennes afin de lancer une action commune dans un forum approprié, G7 ou OCDE, dans le but de persuader les régulateurs américains de moins recourir aux sanctions unilatérales et de coordonner plus étroitement les politiques d'embargo avec leurs alliés.

---

<sup>209</sup> Voir en particulier l'article de Scott, Jeffrey : « 21-1 Raising a Caution Flag on US Financial Sanctions against China » publié en janvier 2021 par le Peterson Institute for International Economics, <https://www.piie.com/sites/default/files/documents/pb21-1.pdf>.

<sup>210</sup> Voir chapitres précédents.

## **Conclusion du chapitre : FCPA et sanctions économiques : une distinction nécessaire**

519. Les poursuites engagées par les autorités américaines contre les entreprises s'inscrivent globalement bien dans le cadre du FCPA et de la *Convention de l'OCDE contre la corruption*. À l'inverse, les poursuites contre les banques au titre des violations de sanctions proclamées unilatéralement par les États-Unis s'appuient sur des critères souvent subjectifs d'autant plus que les banques de certains États, dont la Chine, au moins jusqu'en 2021, semblent avoir été épargnées par les superviseurs bancaires.

Nous avons dans ce chapitre analysé les frictions récentes entre régulateurs américains et français ou européens dans leurs efforts pour éradiquer la corruption transnationale. En ce qui concerne les entreprises, il existe depuis la mise en œuvre de la convention de l'OCDE de 1997 et les recommandations de son groupe de travail sur la corruption transnationale, une sorte de consensus international sur les mesures à prendre. L'utilisation par les autorités américaines des moyens mis en place par le FCPA dans cette perspective nous apparaît ainsi légitime.

520. La situation est plus complexe concernant les établissements financiers qui sont soumis à des réglementations et contrôles plus contraignants que les entreprises. Il est certes normal que les banques opérant aux États-Unis aient à respecter les législations contre la corruption, le FCPA en premier. En revanche, l'emploi massif et souvent unilatéral par les autorités américaines de leurs régimes de sanctions et les amendes considérables régulièrement infligées dans le cadre des pouvoirs de l'OFAC ne sont pas nécessairement de nature à promouvoir une coopération transnationale harmonieuse pour lutter ensemble contre la corruption. Comme le soulignent d'ailleurs de nombreux observateurs américains<sup>211</sup>, y compris l'ancien Secrétaire au Trésor de l'administration Obama Jacob Lew<sup>212</sup>, l'utilisation exagérée des régimes de sanctions économiques est contre-productive.

521. La question de la gestion des régimes de sanctions et d'embargos est devenue encore plus pressante à la suite de l'invasion russe de l'Ukraine. Plusieurs nouveaux trains de sanctions et

---

<sup>211</sup> Par exemple les membres du *Council on Foreign Trade*.

<sup>212</sup> Voir sa présentation du 20 mars 2016 à la Fondation Carnegie sur « L'évolution des sanctions et les leçons pour le futur » : *Remarks of Secretary Lew on the Evolution of Sanctions and Lessons for the Future at the Carnegie Endowment for International Peace* : <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl0398.aspx>.

d'embargos sont promulgués par les États-Unis, le Royaume Uni et l'Union européenne à partir du 25 février 2022. L'administration de ce grand nombre de mesures, y compris le gel des avoirs de personnes russes, pose de nouveaux défis de détection, de coordination et d'enforcement. C'est aux établissements financiers de part et d'autre de l'Atlantique qu'incombe l'essentiel de la mise en place de ces nouvelles sanctions. L'administration Biden a confirmé à maintes reprises son désir de coordonner avec ses alliés les politiques d'embargo et de confiscation des avoirs appartenant aux oligarques russes. Cependant, ce n'est qu'au fil des mois, et après d'éventuels contrôles, qu'on pourra évaluer l'efficacité de cette coordination.

522. Cependant l'évolution du cadre juridique de la lutte contre la corruption transnationale en Amérique comme en Europe au cours des deux dernières décennies permet la création de nouveaux mécanismes propices au développement d'une nouvelle coopération transatlantique. Mais les défis à surmonter restent conséquents. Chronologiquement, l'entrée en vigueur en 1999 de la *convention de l'OCDE contre la corruption* crée de nouveaux marqueurs reconnus internationalement alors qu'en France la mise en application de la loi *Sapin 2* votée en 2016 établit un nouveau paradigme.

## **TITRE SECOND : VERS LA COOPÉRATION JUDICIAIRE TRANSNATIONALE ?**

523. Alors que, dans une première phase, certains États, dont la France, s'opposent sinon au principe du moins à la manière dont les États-Unis pratiquent leur politique de lutte contre la corruption pour devenir le « gendarme du monde », un nouveau cadre international se développe progressivement. Il est marqué notamment par des accords internationaux, en particulier la convention anticorruption de l'OCDE. Il se crée ainsi un consensus global selon lequel la corruption est un fléau transnational qu'il convient d'enrayer avec des moyens adéquats (chapitre 1). Mais, malgré des réformes profondes et quelques succès, les défis à l'essor d'une coopération internationale effective perdurent et interrogent sur l'avenir (chapitre 2).

# CHAPITRE I : LE NOUVEAU CADRE INTERNATIONAL DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET LES AMBIGUÏTÉS DES POLITIQUES AMÉRICAINES

524. La lutte contre la corruption au plan international est un phénomène relativement récent. Les efforts concertés entre juridictions pour limiter la corruption transnationale ne débutent véritablement qu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Si la loi américaine contre la corruption transnationale date de 1977, elle est peu appliquée pendant un quart de siècle<sup>1</sup>.

À partir de 1995, la suppression de la corruption devient une croisade internationale qui commence à la Banque Mondiale sous la présidence (1995 à 2005) de James Wolfensohn<sup>2</sup>. Traditionnellement, le président de cette institution est nommé par les États-Unis, ce choix est ensuite confirmé par le comité exécutif qui réunit les représentants des principaux États membres, dont la France. L'arrivée de James Wolfensohn à la tête de la banque est généralement considérée comme le coup d'envoi des campagnes internationales contre la corruption<sup>3</sup>. Il forme un groupe de travail interne, le *Corruption Action Plan Working Group*, qui a pour mission de proposer des mesures permettant l'éradication systématique de la corruption dans toutes les activités de l'institution. Son rapport est présenté à l'assemblée générale de la Banque Mondiale et du FMI et ses recommandations sont aussitôt mises en œuvre<sup>4</sup>. Désormais chaque projet étudié par la Banque doit comporter une évaluation des risques de corruption. Les programmes d'assistance aux pays qui sollicitent l'appui de la Banque doivent aussi systématiquement prendre en compte l'impact de la corruption et diverses études sont commanditées pour mieux apprécier et quantifier les effets de la corruption. Dans son discours du 1<sup>er</sup> octobre 1996, Wolfensohn note les premiers effets de son action ; il est particulièrement clair lorsqu'il dénonce le « cancer de la corruption »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir I<sup>re</sup> partie.

<sup>2</sup> James Wolfensohn (1933-2020), économiste et avocat de formation, est né en Australie où il débute sa carrière ; il crée ensuite à New York sa propre banque d'investissement et devient citoyen américain en 1980.

<sup>3</sup> Voir notamment Alford, Roger P., « *A Broken Windows Theory of International Corruption* », étude publiée par l'*Ohio State Law Journal*, Vol. 73.5, 2012  
[https://www.academia.edu/5694299/A\\_Broken\\_Windows\\_Theory\\_of\\_International\\_Corruption\\_Alford](https://www.academia.edu/5694299/A_Broken_Windows_Theory_of_International_Corruption_Alford).

<sup>4</sup> Le rapport intitulé *Aider les Pays à Combattre la Corruption : le Rôle de la Banque Mondiale*, disponible sur le site des archives de la Banque Mondiale (<https://documents.banquemonddiale.org/fr/publication/documents-reports/documentdetail/799831538245192753/helping-countries-combat-corruption-the-role-of-the-world-bank>).

<sup>5</sup> Voici le passage le plus souvent cité de son discours : « *We need to deal with the cancer of corruption. In country after country, it is the people who are demanding action on this issue. They know that corruption diverts resources from the poor to the rich, increases the cost of running businesses, distorts public expenditures, and deters foreign*

Auparavant c'était un sujet tabou, voire dangereux car dénoncer la corruption pouvait conduire à des réactions violentes de la part des bénéficiaires des systèmes en place.

525. Pendant des siècles les bakchichs<sup>6</sup>, gratifications, *mordidas* latino-américaines, « étrennes » européennes, primes spéciales, commissions, rétrocessions, dessous de table, pourboires, subornations de fonctionnaires, pots-de-vin et autres formes de corruption sont des pratiques courantes dans le commerce international, tolérées, sinon encouragées<sup>7</sup>, par les États. Ainsi jusque vers la fin du XX<sup>e</sup> siècle les décideurs internationaux pouvaient se référer à toute une série d'articles académiques et scientifiques faisant l'apologie de la « corruption positive » et justifiant, au moins dans certaines circonstances, la corruption comme instrument utile qui permet de « graisser les roues du progrès dans des sociétés surréglementées.<sup>8</sup> »

---

*investors. They also know that it erodes the constituency for aid programs and humanitarian relief. And we all know that it is a major barrier to sound and equitable development.*

*Corruption is a problem that all countries have to confront. Solutions, however, can only be home-grown. National leaders need to take a stand. Civil society plays a key role as well. Working with our partners, the Bank Group will help any of our member countries to implement national programs that discourage corrupt practices. And we will support international efforts to fight corruption and to establish voluntary standards of behavior for corporations and investors in the industrialized world. The Bank Group cannot intervene in the political affairs of our member countries. But we can give advice, encouragement and support to governments that wish to fight corruption and it is these governments that will, over time, attract the larger volume of investment. Let me emphasize that the Bank Group will not tolerate corruption in the programs that we support; and we are taking steps to ensure that our own activities continue to meet the highest standards of probity. »*

(Nous devons nous attaquer au cancer de la corruption. Dans tous les pays, c'est la population qui réclame des mesures à ce sujet. Ils savent que la corruption détourne les ressources des pauvres vers les riches, augmente le coût de fonctionnement des entreprises, fausse les dépenses publiques et dissuade les investisseurs étrangers. Ils savent également qu'elle érode le soutien aux programmes d'aide et d'assistance humanitaire. Et nous savons tous qu'elle constitue un obstacle majeur à un développement sain et équitable.

La corruption est un problème que tous les pays doivent affronter. Les solutions, cependant, ne peuvent être que nationales. Les dirigeants nationaux doivent prendre position. La société civile joue également un rôle clé. En collaboration avec nos partenaires, le Groupe aidera tous les pays membres à mettre en œuvre les programmes nationaux qui découragent ces pratiques et soutiendra les efforts internationaux visant à lutter contre la corruption et à établir des normes volontaires pour les entreprises et les investisseurs du monde industrialisé. La Banque n'a pas à intervenir dans les affaires politiques des pays membres. Mais elle peut donner des conseils, encourager et soutenir les gouvernements qui souhaitent lutter contre la corruption. Ce sont ces gouvernements qui, à long terme, attireront le plus grand volume d'investissements. Permettez-moi d'insister sur le fait que le Groupe de la Banque ne tolérera pas la corruption dans les programmes qu'il soutient et nous prenons des mesures pour nous assurer que nos propres activités continuent de répondre aux normes de probité les plus élevées.)

Le texte complet du discours est disponible sur le site des archives de la Banque Mondiale : <https://documents1.worldbank.org/curated/en/135801467993234363/pdf/People-and-development-annual-meetings-address-by-James-D-Wolfensohn-President.pdf>.

<sup>6</sup> Voir une liste partielle dans le dictionnaire des synonymes Reverso: <https://dictionnaire.reverso.net/francais-synonymes/bakchich/forced>.

<sup>7</sup> Par exemple sous forme de déduction fiscale ce qui était autorisé en Allemagne jusqu'en 1999, en France jusqu'en 2001. (Source : Transparency International)

<sup>8</sup> John Brademas & Fritz Heimann, *Tackling International Corruption: No Longer Taboo*, 1998 ; cité par Alford, Roger, *A Broken Windows Theory of International Corruption*, p. 1254. Alford indique aussi d'autres auteurs et économistes de la fin du XX<sup>e</sup> siècle qui ont des positions ambivalentes sur l'utilisation de la corruption comme

526.Or, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, un nouveau système politique et juridique global se met en place. Avec le soutien actif des diplomates et juristes américains, des organismes, et en particulier des tribunaux internationaux où siègent des juges de différents pays, sont créés. La Charte des Nations Unies est signée le 26 juin 1945 à San Francisco par 51 États. La Cour Internationale de Justice, CIJ, est un des six organes officiels des Nations Unies<sup>9</sup>, mais elle n'a ni la vocation ni les moyens de combattre la corruption transnationale. C'est donc plutôt par le biais d'organismes spécialisés que se développe cette lutte.

527.Ce mouvement est d'ailleurs aidé par des transformations sociétales et l'évolution du droit international. Jusqu'à l'écroulement de l'empire soviétique en 1989, la « guerre froide » était la préoccupation majeure des démocraties occidentales. Dans cet environnement, on tolère souvent la corruption car l'objectif primordial des démocraties, les États-Unis au premier rang, est d'éviter que d'autres États ne se rangent aux côtés des pays communistes. La fin du communisme est concomitante avec deux autres phénomènes de portée globale : la fin du colonialisme entraîne la création de nouveaux États qui deviennent membres des Nations Unies d'une part et, d'autre part, la richesse croissante de certains pays, en particulier ceux exportateurs de pétrole, et la « kleptocratie<sup>10</sup> » exercée parfois par leurs dirigeants, bouleversent les équilibres internationaux.

528.Au début du XXI<sup>e</sup> siècle, le droit international et la façon dont est administrée la justice sont également affectés par des révolutions techniques, notamment la création de l'internet et la possibilité de communications à la fois quasi instantanées et universelles. Les États n'ont plus le monopole du pouvoir coercitif ni même celui d'édicter règles et normes. De nouveaux acteurs, en particulier les organismes transnationaux spécialisés, publics ou privés, et des ONG (organisations non gouvernementales) deviennent des acteurs qui disposent en pratique de pouvoirs quasi réglementaires ou normatifs. À côté du droit objectif traditionnel se développe un droit souple, plus vague mais néanmoins en pratique contraignant, et le sens, et l'étendue, de la souveraineté nationale sont profondément modifiés.

---

instrument de progrès : Huntington, Samuel P., *Political Order in Changing Societies* (1968) ; Nathaniel H. Leff, *Economic Development Through Bureaucratic Corruption*, (1989) ; J.S. Nye, *Corruption and Political Development: A Cost Benefit Analysis* (1967).

<sup>9</sup> Les cinq autres organes sont l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité, le Conseil économique et social, le Conseil de tutelle et le Secrétariat. Voir: <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter>.

<sup>10</sup> Le terme a été « inventé » en 1968 par l'économiste d'origine polonaise Stanislaw Andreski pour désigner les dirigeants de pays exportateurs qui s'enrichissent rapidement en s'accaparant les revenus des ventes à l'étranger. Voir introduction.



Tenant compte de ces évolutions de fond, nous nous efforcerons d'analyser, en mettant en évidence le rôle des États-Unis, les raisons pour lesquelles les tribunaux internationaux ne sont pas un moyen viable de réprimer la corruption transnationale (section 1), les transformations sociétales modifient les données du combat contre la corruption (section 2) et le rôle clé assumé par certains organismes, notamment l'OCDE, dans la poursuite de ce combat (section 3).

## **Section 1 Les tribunaux internationaux ne sont pas adaptés aux poursuites contre la corruption**

529. La création de tribunaux internationaux, souvent avec le concours de juristes américains et l'appui diplomatique et financier des États-Unis, est une initiative déterminante pour l'évolution du droit international. Elle ne permet cependant pas de lutter efficacement contre la corruption transnationale. Le soutien des États-Unis à l'établissement de ces tribunaux est d'ailleurs ambigu. À chaque étape, on retrouve aux États-Unis l'opposition entre juristes universalistes et souverainistes. Les premiers, héritiers de la tradition intellectuelle lancée par le président Wilson à la fin de la Première Guerre mondiale, souhaitent régler tous les différends dans le monde par le droit, mais un droit qui suivrait la conception anglo-saxonne du *rule of law*. Les seconds, qui s'inspirent plutôt de la tradition du président Theodore Roosevelt, pensent que les États-Unis sont le seul pays du monde à avoir un système juridique juste et équitable. Pour eux, le système judiciaire américain a donc prééminence sur tous les autres et il convient de se méfier des décisions d'une justice internationale qui pourraient restreindre les intérêts américains ou, pire, mettre en accusation et condamner des citoyens des États-Unis. Cette dichotomie se reflète dans l'exercice du pouvoir : en schématisant un peu, lorsqu'un président démocrate est en place, la politique judiciaire internationale américaine est plutôt universaliste ; lorsqu'une administration républicaine est au pouvoir, c'est la tendance souverainiste qui devient dominante.

530. De plus la constitution américaine donne au Congrès, au Sénat en particulier, un pouvoir de veto concernant les engagements internationaux. Cela rend plus difficile l'adhésion à des conventions internationales. Il en résulte des politiques judiciaires en zigzag. Comme nous le verrons, il peut arriver qu'un président démocrate signe une convention internationale, par exemple le *Statut de Rome* créant la Cour Pénale Internationale (CPI), mais soit ensuite incapable de faire ratifier sa décision par le Congrès. Son successeur républicain décide ensuite de « nullifier

(*unsign*) » l'engagement initial. Il s'agit là d'un cas extrême mais les facteurs politiques doivent être pris en compte lorsqu'on analyse les politiques judiciaires américaines dans le cadre de la lutte contre la corruption transnationale. Nous pourrions ainsi noter une sorte de manque de cohérence sur le long terme mais aussi des lignes rouges constantes en étudiant la position américaine concernant la CIJ, les tribunaux de Nuremberg et Tokyo, les tribunaux internationaux *ad hoc* et la CPI.

## A. La Cour Internationale de Justice

531.« La Cour Internationale de Justice est l'organe judiciaire principal des Nations Unies.<sup>11</sup> » Tous les États membres des Nations Unies sont également membres de la CIJ qui comprend quinze juges internationaux, dont un président et un vice-président. Ils sont élus par tiers tous les trois ans pour un mandat de neuf ans par l'Assemblée générale des Nations Unies mais doivent recevoir un avis favorable du Conseil de sécurité. Il y a une limite statutaire d'un juge par État, sans critère de nationalité bien qu'en pratique un certain équilibre géographique soit respecté. Le premier président élu de la CIJ en 1946 est le diplomate et juriste du San Salvador Ernesto Guerrero<sup>12</sup>, son vice-président est le juriste français Jules Basdevant qui lui-même exerce la présidence de 1949 à 1952. Un autre juge français, Ronny Abraham, est président de 2015 à 2018. Depuis le 8 février 2021, la présidente de la CIJ est Joan Donaghe, juriste américaine qui a passé la majeure partie de sa carrière au DOS avant d'être élue juge à la CIJ en 2010<sup>13</sup>.

532.Les États-Unis ont joué un rôle essentiel dans la création de l'ONU et de la CIJ. Dès 1942, donc en pleine guerre mondiale, une déclaration commune du Royaume Uni et des États-Unis proclame la nécessité d'établir une organisation et une cour internationales et en 1943 un Comité interallié (*Inter-Allied Committee*) est formé en Grande Bretagne pour en discuter les modalités. Puis la conférence de Dumbarton Oaks d'août à octobre 1944, présidée par Edward Stettinius Jr., sous-secrétaire d'État américain, réunit les experts des « Quatre Puissances » (États-Unis, URSS, Grande Bretagne et Chine) qui se mettent d'accord dans les grandes lignes sur les statuts de la

---

<sup>11</sup> Site de la CIJ: <https://www.icj-cij.org/>.

<sup>12</sup> Il est aussi le dernier président de la CPJI.

<sup>13</sup> Voir la liste des juges et leur biographie sur le site de la CIJ: <https://www.icj-cij.org/en/current-members>.

future Organisation des Nations Unies et de ses organes<sup>14</sup>. Au nom de la continuité juridique internationale, l'ONU est appelée à prendre la succession de la SDN, la CIJ celle de la CPJI.

Depuis 1946 la CIJ siège à La Haye<sup>15</sup>, Pays-Bas ; elle a donc repris les fonctions de l'ancienne CPJI (Cour permanente de justice internationale) qui avait été instaurée par la SDN qui interrompt ses fonctions en 1940. Brièvement réunie après la guerre en octobre 1945, la CPJI décide de transférer ses pouvoirs et ses archives à la CIJ qui devient ainsi son successeur. Le 31 janvier 1946 tous les juges de la CPJI démissionnent collectivement ce qui leur permet de se présenter à l'élection des juges de la CIJ lors de l'assemblée générale de l'ONU en février. En avril 1946 la CPJI est formellement dissoute et la CIJ tient sa séance inaugurale.

533. Le domaine de compétence de la CIJ est strictement limité. La Cour ne peut être saisie que par les États qui peuvent solliciter des jugements en principe obligatoires ou de simples avis, ou par les autres organes de l'ONU pour des avis. La CIJ peut donc émettre des jugements ou de simples avis mais sa vocation principale est de permettre de résoudre les différends entre États, principalement ceux concernant les obligations des États souverains ainsi que les délimitations et les règles de compétence et territorialité. De 1946 au 1<sup>er</sup> janvier 2020, la CIJ a prononcé 177 jugements ou avis<sup>16</sup>. La CIJ peut transmettre pour exécution ses décisions au Conseil de sécurité, ou à d'autres organes de l'ONU mais n'a pas de pouvoir coercitif. L'application de ses décisions dépend donc du bon vouloir des États. Ces derniers peuvent d'ailleurs, dans beaucoup de cas, rejeter le caractère obligatoire de ses décisions et les appliquer de manière discrétionnaire. Ainsi depuis l'affaire *Nicaragua vs United States*, introduite en 1984 par une plainte du Nicaragua dénonçant des activités militaires américaines sur son territoire, les États-Unis ont officiellement informé la CIJ qu'ils ne reconnaissent à ses décisions qu'un pouvoir discrétionnaire. La CIJ joue certainement un rôle constructif, en particulier concernant les disputes territoriales entre États, mais n'a pas vocation à juger les personnes ; elle n'a ni parquet ni procureur. Elle n'a donc pas compétence pour traiter des affaires de corruption (sauf dans le cadre de contentieux entre États) ou des demandes qui lui seraient présentées par des particuliers, des ONG, des entreprises ou tout autre groupe privé.

---

<sup>14</sup> Voir Schlesinger, Stephen, *Act of Creation: The Founding of the United Nations*, Basic Books, 2003.

<sup>15</sup> Au Palais de la paix construit de 1907 à 1913 grâce à un don d'Andrew Carnegie. Source : site de la CIJ : <https://www.icj-cij.org/fr-la-cour-en-quelques-clics/#6>.

<sup>16</sup> Site de la CIJ : <https://www.icj-cij.org/fr-la-cour-en-quelques-clics/#3>.

Bien que les États-Unis soient un des membres fondateurs de la CIJ, ils ne lui reconnaissent pas de compétence pour traiter des affaires relatives à des crimes individuels qui, aux États-Unis sont habituellement du ressort des États fédérés, non du gouvernement central. Ainsi la jurisprudence américaine ne reconnaît pas nécessairement les droits des nationaux étrangers condamnés par des tribunaux américains d'invoquer la *Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires* pourtant signée et ratifiée par les États-Unis. Cette position est illustrée par plusieurs cas :

534. Dans l'affaire *Breard*, un citoyen paraguayen est condamné à mort en 1996 par un tribunal de Virginie pour meurtre et viol commis en territoire américain. Ses avocats expliquent auprès de la cour d'appel, puis de la Cour Suprême, que lors du procès initial le tribunal de premier ressort a violé la *Convention de Vienne* en n'informant pas Breard de ses droits consulaires. Le 14 avril 1998 cependant la Cour Suprême, malgré le désaccord (*dissent*) de trois de ses neuf juges, rejette l'argument, confirmant ainsi que, dans le système constitutionnel américain, une loi d'un État fédéré adoptée postérieurement à la ratification d'une convention peut avoir précedence<sup>17</sup>. Cette posture est clairement en opposition avec celle de la très grande majorité des États, dont la France, pour lesquels les obligations par traités internationaux priment sur la loi nationale. Breard est exécuté dans une prison de Virginie le 14 avril 1998.

535. Dans l'affaire *LaGrand*, deux frères, Karl Heinz et Walter, ressortissants allemands, sont condamnés à mort par un tribunal d'Arizona pour le meurtre d'un employé de banque lors d'un braquage qui tourne mal. Durant le procès les inculpés ne sont pas informés de leurs droits consulaires mais, à la suite de leur condamnation, demandent l'intervention des autorités allemandes. La cour d'appel fédérale cependant rejette le pourvoi, arguant qu'un tribunal fédéral n'a pas à intervenir dans une procédure judiciaire qui est en cours d'examen au niveau d'un État fédéré. L'Allemagne entretemps saisit la CIJ qui demande un sursis d'exécution qui est accordé. Ce pays intente ensuite une action contre l'État d'Arizona auprès de la Cour Suprême. Cette dernière toutefois se déclare incompétente en application du 11<sup>e</sup> amendement de la constitution américaine.<sup>18</sup> Selon son interprétation, une cour fédérale ne peut intervenir dans un différend entre

---

<sup>17</sup> Voir US Supreme Court 523 US 371 (1998), *Breard vs Greene*, Justia: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep523/usrep523371/usrep523371.pdf>.

<sup>18</sup> « *The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.* » (Le pouvoir judiciaire des États-Unis ne sera pas interprété comme s'étendant à un procès, en

un État fédéré et un État étranger. Malgré les appels à la clémence de l'ambassadeur d'Allemagne aux États-Unis, du Bureau des Grâces de l'État<sup>19</sup>, une note du DOS faisant référence à la procédure en cours à la CIJ et de plusieurs juristes et diplomates, la gouverneure de l'Arizona, Jane Dee Hull, qui seule a le pouvoir de gracier les condamnés, reste intraitable et les frères LaGrand sont exécutés à quelques jours d'intervalle en février et mars 1999. Néanmoins l'Allemagne dépose une plainte contre les États-Unis devant la CIJ. Celle-ci, dans un arrêt du 27 juin 2001, se déclare compétente pour statuer dans une dispute entre deux États signataires et condamne les États-Unis pour ne pas avoir obéi à son injonction de surseoir aux exécutions qui, d'après la CIJ, avait un caractère obligatoire. La CIJ estime en particulier que la doctrine du *procedural default*<sup>20</sup> qui aux États-Unis, bloque l'intervention des tribunaux fédéraux lorsqu'une affaire est du ressort d'un État fédéré, est contraire aux obligations de la *Convention de Vienne* (article 36, paragraphe 2)<sup>21</sup> lorsqu'elle empêche un condamné d'épuiser toutes les voies légitimes de recours<sup>22</sup>. Les États-Unis toutefois maintiennent leur interprétation selon laquelle la CIJ n'est pas compétente pour juger de cas concernant les libertés et droits individuels et le conseil juridique du DOS avise officiellement la CIJ qu'il ne sera pas tenu compte de sa décision<sup>23</sup>. En somme la doctrine officielle américaine est que le droit interne prévaut sur le droit international.

---

droit ou en équité, intenté ou commencé à l'encontre d'un des États fédérés par des citoyens d'un autre État ou des citoyens ou sujets d'un État étranger).

<sup>19</sup> *Arizona Clemency Board*.

<sup>20</sup> Traduite en français par « règle de la carence procédurale ». Voir l'article de Matringe, Jean, « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *Annuaire français de droit international*, 2002, 48, p. 215-256. Disponible sur le portail Persée: [https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2002\\_num\\_48\\_1\\_3701](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2002_num_48_1_3701).

<sup>21</sup> « Les droits visés au § 1 [droits de visite par les autorités consulaires] du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'État de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article. » Voir *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 1963 : [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/9_2_1963.pdf).

<sup>22</sup> Voir le communiqué de la CIJ du 27 juin 2001 : « *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) La Cour dit que les États-Unis ont violé les obligations dont ils étaient tenus envers l'Allemagne et les frères LaGrand en vertu de la convention de Vienne sur les relations consulaires. La Cour dit, pour la première fois de son histoire, que les ordonnances en indication de mesures conservatoires ont force obligatoire. » <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-PRE-01-00-FR.pdf>.

<sup>23</sup> « *The State Department's Legal Adviser specifically informed the ICJ that the State Department would not advise any U.S. court of the LaGrand requirement for review and reconsideration unless that court requested its opinion.* » Voir Ray, Sarah M., « *Domesticating International Obligations: How to Ensure U.S. Compliance with the Vienna Convention on Consular Relations* », *California Law Review* [Vol. 91:1729], 2003-12 p.1765. <https://lawcat.berkeley.edu/record/1118787>.

536. L'affaire *Avena*<sup>24</sup> confirme l'impasse juridique entre les interprétations de la CIJ et celles de la Cour Suprême sur la protection des droits individuels des ressortissants étrangers condamnés aux États-Unis. Le 9 janvier 2003, le Mexique porte plainte devant la CIJ contre les États-Unis pour violation de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Auparavant au moins 51 nationaux mexicains ont été poursuivis, jugés et condamnés à mort pour meurtre et autres crimes par des tribunaux américains sans que les inculpés aient été informés de leurs droits consulaires. Le Mexique demande notamment à la CIJ des mesures provisoires, c'est-à-dire de surseoir aux exécutions, et une injonction aux États-Unis de changer leurs procédures. La CIJ, après une audition, ordonne aux États-Unis de surseoir à l'exécution de trois condamnés dont le châtiment était imminent et demande au Mexique et aux États-Unis de présenter leurs arguments. Finalement le 31 mars 2004 la CIJ juge que les États-Unis ont violé leurs obligations issues de la *Convention de Vienne* à l'égard du sieur Avena et cinquante autres condamnés<sup>25</sup>. De leur côté les États-Unis s'engagent à réviser leurs procédures au vu de l'article 36 de la convention. Toutefois le Congrès tarde à voter une loi fédérale qui seule pourrait modifier les procédures en place. Les États-Unis informent aussi officiellement le 7 mars 2005 le Secrétaire général des Nations Unies de leur retrait du protocole qui clarifie les mécanismes d'application de la *Convention de Vienne*<sup>26</sup>. Par la suite, au moins deux condamnations à mort par des États américains ont fait l'objet de pourvois devant la Cour Suprême : *Medellin vs Texas* en 2008<sup>27</sup> et *Leal Garcia vs Texas* en 2011<sup>28</sup>. Dans les deux cas, les pourvois ont été rejetés et les condamnés exécutés.

<sup>24</sup> Voir le portail de la CIJ : *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs United States of America)*, <https://www.icj-cij.org/en/case/128>.

<sup>25</sup> Voir le communiqué de la CIJ 2004/16 du 31 mars 2004, « *The Court finds that the United States of America has breached its obligations to Mr. Avena and 50 other Mexican nationals and to Mexico under the Vienna Convention on Consular Relations* » <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/128/128-20040331-PRE-01-00-EN.pdf>.

<sup>26</sup> Voir Quingley John, *The United States' withdrawal from International Court of Justice jurisdiction in consular cases; reasons and consequences*, 2009, Duke University, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1057&context=djcil>.

<sup>27</sup> *José Ernesto Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008), « *Holding: To be binding on U.S. courts, international treaties must be self-executing or implemented by supporting laws created by Congress. The International Court of Justice does not bind U.S. courts with its decisions, so the executive branch cannot enforce them unilaterally, nor can it enforce international treaties that are not binding* » (Attendu : Pour être contraignants pour les tribunaux américains, les traités internationaux doivent être auto-exécutoires ou mis en œuvre par des lois de soutien créées par le Congrès. La Cour Internationale de Justice ne lie pas les tribunaux américains par ses décisions, de sorte que l'exécutif ne peut pas les appliquer unilatéralement, pas plus qu'il ne peut appliquer les traités internationaux qui ne sont pas contraignants).

Voir Justia, US Supreme Court: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/552/491/>.

<sup>28</sup> *Leal Garcia v. Texas*, 564 U.S. 940 (2011), « *Holding : Courts cannot stay an execution on the basis of the then possibility that Congress will, in the future, enact a statute to enforce an international law.* » Voir Justia, US Supreme Court.

Les États-Unis reconnaissent ainsi une compétence limitée à la CIJ, dont sont exclus les cas touchant aux libertés individuelles. Mais, à côté de la CIJ, il existe d'autres tribunaux internationaux qui, eux, ont vocation à juger les personnes.

## **B. Les tribunaux de Nuremberg et Tokyo**

537. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, certains tribunaux spéciaux institués à l'initiative des États-Unis, ceux de Nuremberg et Tokyo notamment, rendent une justice largement reconnue internationalement. Mais le fonctionnement de ce type de tribunaux est complexe car il est fondé sur des accords internationaux ad hoc et n'est donc pas adapté à la lutte contre la corruption.

### **1. Les tribunaux de Nuremberg et Tokyo**

538. Les tribunaux qui ont siégé à Nuremberg puis à Tokyo de 1945 à 1949 pour juger les criminels de guerre constituent une nouvelle manière de juger, créant ainsi un précédent que la communauté internationale cherchera à répliquer, par exemple dans les cas de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda.

Les atrocités commises par les Nazis étaient telles que dès une conférence à Moscou en décembre 1942 les États-Unis, l'URSS et le Royaume Uni annoncent leur intention de « poursuivre [pénalement] les responsables de violences à l'encontre des populations civiles<sup>29</sup>. » Staline, Churchill et Roosevelt souhaitent des châtiments exemplaires mais envisagent de procéder de manières différentes : Staline suggère initialement l'exécution immédiate de cinquante à cent mille officiers et responsables allemands ; Churchill envisage l'exécution sommaire des hauts dirigeants nazis mais Roosevelt insiste sur une procédure judiciaire qui permettrait à la fois de documenter pour les populations les atrocités nazies, éviterait les accusations de « justice des vainqueurs » tout en ayant un effet dissuasif et une aura de légitimité. Une conférence internationale incluant des juristes américains, soviétiques, britanniques et français se réunit à Londres à cet effet du 26 juin au 8 août 1945. Elle aboutit à une charte qui établit un tribunal militaire, les procédures y afférentes

---

<sup>29</sup> « *To prosecute those responsible for violence against civilian populations.* »

et une définition des crimes et des peines<sup>30</sup>. Le rédacteur principal en est Robert Jackson, juge à la Cour Suprême nommé par le président Truman. Ainsi la nouveauté du tribunal qui siège à Nuremberg à partir du 20 novembre 1945 est qu'il est quadripartite puisque les juges représentant les États-Unis, le Royaume Uni, l'URSS<sup>31</sup> et la France y siègent conjointement, qu'il suit une procédure originale et consacre de nouvelles catégories de délits. La charte établit la compétence du tribunal pour connaître de trois catégories de crimes qui peuvent se superposer : crimes de guerre (incluant les violations des conventions de Genève, meurtres, exécutions d'otages, pillages et destructions sans nécessité militaire) ; crimes contre l'humanité (perpétrés contre des populations civiles sur critères raciaux, politiques ou religieux : meurtres, déportations, mise en esclavage, extermination) et crimes contre la paix (préparation, planification et commission de guerres et autres actes d'agression en violation de traités ou accords internationaux ou complicité dans ces actes). Elle établit aussi le principe de la responsabilité individuelle : toute personne qui a participé aux crimes tels que définis ci-dessus est justiciable et ne peut se prévaloir d'avoir obéi à des ordres militaires ou de supérieurs.

539. En Asie, le général Douglas MacArthur qui préside le gouvernement militaire d'occupation du Japon après la reddition de ce pays convoque à son tour le 29 avril 1946 à Tokyo le Tribunal international militaire pour l'Extrême Orient (*International Military Tribunal for the Far East, IMTE*) dont les procédures sont inspirées de celles utilisées en Europe mais avec deux différences notables :

- onze, et non pas quatre, pays parmi les Alliés désignent chacun un juge et un substitut : l'Australie, le Canada, la Chine, la France, l'Inde, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, l'URSS, le Royaume Uni et les États-Unis.

- les procédures employées ne sont pas le résultat d'une conférence entre Alliés mais sont définies par un décret signé par le général Mac Arthur qui donne un rôle prééminent aux magistrats américains qui coordonnent l'administration du procès<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Voir *United Nations, Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement")*, 8 August 1945, 82 U.N.T.C. 280, <https://www.refworld.org/docid/47fdb34d.html>.

<sup>31</sup> L'URSS se retire de l'accord en 1946 et poursuit de manière autonome les criminels de guerre dans les territoires qu'elle occupe. Le Royaume Uni et la France conduisent aussi des procès militaires dans leurs zones d'occupation respectives.

<sup>32</sup> Voir Rhea, Harry M. (2009) "*The United States And International Criminal Tribunals: An Historical Analysis*," *ILSA Journal of International & Comparative Law*, <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol16/iss1/3>.



Ainsi, dans le cas du tribunal de Tokyo, la justice a en réalité été rendue par un tribunal américain assisté de dix juges étrangers. Cependant plusieurs juges (ceux qui représentent l'Australie, la France, l'Inde, les Pays-Bas et les Philippines) expriment par écrit, mais séparément, leur désaccord. Leur argument principal, exprimé d'ailleurs par le juge français, Henri Bernard<sup>33</sup>, est que le choix des accusés comme les condamnations étaient déterminés à l'avance et qu'il n'a pas été tenu compte de la responsabilité de l'empereur lui-même.

540. Une critique souvent entendue est que les jugements de Nuremberg et Tokyo sont fondés sur des normes postérieures aux événements, *ex post facto Law*, pour utiliser l'expression américaine<sup>34</sup>. Une autre critique tient au manque de précision, certains disent l'hypocrisie, de la définition de certains crimes : il est délicat de condamner le génocide racial alors que la ségrégation reste en vigueur aux États-Unis<sup>35</sup>. Enfin, certains historiens soulignent que les procès, peu ou prou, étaient de fait contrôlés par les États-Unis et ne représentaient que la « justice des vainqueurs<sup>36</sup> ».

541. Cependant les sentences prononcées par ces deux tribunaux (des dizaines de peines de mort, d'emprisonnement et des acquittements) sont généralement considérées comme justes et légitimes par la grande majorité des juristes, qu'ils soient américains ou non. Deux documents inspirés par les procès et ayant une portée universelle sont promulgués sous l'égide de l'ONU en 1948 : la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et la *Convention contre le génocide*. Ces textes établissent des crimes internationaux et non prescriptibles, comme l'esclavage et l'exclusion raciale, mais s'en remettent aux États membres pour leur prévention et l'organisation d'éventuelles poursuites. Toutefois ils ne traitent pas, même indirectement, de la corruption transnationale.

Les principes de Nuremberg sont entrés dans la doctrine juridique officielle des Nations Unie et sont à l'origine de nouveaux instruments du droit international. Ainsi la Commission des affaires juridiques (*International Law Commission*) de l'ONU décide en 1950 d'adopter comme

---

<sup>33</sup> Voir Esmein, Jean, « Le juge Henri Bernard au procès de Tokyo », *Vingtième Siècle, Revue d'histoire*, Année 1998/59/ pp. 3-14, disponible sur le portail Persée.

<sup>34</sup> Voir Tomuschat, Christian, « *The Legacy of Nuremberg* », *Journal of International Criminal Justice*, Volume 4, Issue 4, September 2006, p. 830 à 844, <https://doi.org/10.1093/jicj/mql051>.

<sup>35</sup> Argument utilisé par exemple par Guillaume Mouralis du CNRS. Voir Mouralis, Guillaume, *Le moment Nuremberg. Le procès international, les lawyers et la question raciale*, Presses de Sciences Po, 2019.

<sup>36</sup> Le président de la Cour Suprême de l'époque, Harlan Fiske Stone, aurait déclaré que la procédure employée était une fraude (*fraud*). Voir Wikipedia : *Nuremberg Trials*, note 67, consulté le 30 août 2021 : [https://en.wikipedia.org/wiki/Nuremberg\\_trials#cite\\_note-FOOTNOTEMason1968716-90](https://en.wikipedia.org/wiki/Nuremberg_trials#cite_note-FOOTNOTEMason1968716-90).

lignes directrices (*guidelines*) les principes de Nuremberg qui serviront de référence lors de la création d'autres tribunaux internationaux<sup>37</sup>.

## 2. Les États-Unis et les autres tribunaux internationaux

542. On a pu se demander si la période d'après-guerre marquait le début d'une universalisation du droit soutenue par les juristes américains<sup>38</sup> qui ont été les promoteurs des tribunaux internationaux. Mais cette vision doit être fortement nuancée, d'une part à cause de l'existence de lignes rouges (la protection des citoyens et intérêts américains) qui n'ont jamais été franchies et d'autre part, historiquement, la guerre froide (1948-1989) crée un contexte géopolitique qui inhibe le développement d'un droit transnational authentique. Ainsi Guillaume Mouralis voit en Nuremberg « une brève parenthèse multilatérale<sup>39</sup> ».

543. L'établissement de tribunaux internationaux, selon la doctrine américaine, est une prérogative exclusive des Nations Unies. Dans cette perspective, les soi-disant « tribunaux spéciaux<sup>40</sup> » créés à l'initiative de Lord Russell et Jean-Paul Sartre ne sont pas, au sens juridique, des tribunaux internationaux mais des colloques de personnes privées et n'entrent pas dans le champ de notre étude. Le DOJ ne reconnaît officiellement l'autorité que d'un nombre limité de cours ayant une compétence internationale<sup>41</sup>. À côté de tribunaux émanant d'organisations spécialisées rattachées à l'ONU, les États-Unis sont représentés au sein de tribunaux à compétence technique ou administrative, tels le Tribunal administratif de l'OMT, le Tribunal International pour le Droit de la Mer, la Cour Permanente d'Arbitrage et les organismes chargés de l'arbitrage ou de résolution des différends internationaux au sein de la Banque Mondiale ou de l'Organisation Internationale du Commerce (WTO : *World Trade Organization*). Les États-Unis reconnaissent

---

<sup>37</sup> Voir *1950 Yearbook of the International Law Commission of the United Nations*, <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1950.htm>.

<sup>38</sup> Le juge Robert Jackson, coordinateur de la conférence de Londres et procureur pour les États-Unis à Nuremberg continué de promouvoir cette approche universaliste.

<sup>39</sup> Mouralis, Guillaume, « Pourquoi les États-Unis rejettent la justice internationale », 2019, [https://www.academia.edu/39521584/\\_2019\\_Pourquoi\\_les\\_%C3%89tats\\_Unis\\_rejettent\\_la\\_justice\\_p%C3%A9nale\\_internationale\\_le\\_pr%C3%A9sent\\_de\\_Nuremberg\\_The\\_conversation\\_](https://www.academia.edu/39521584/_2019_Pourquoi_les_%C3%89tats_Unis_rejettent_la_justice_p%C3%A9nale_internationale_le_pr%C3%A9sent_de_Nuremberg_The_conversation_)

<sup>40</sup> En particulier les « tribunaux dénonçant des crimes d'État » et des violations de droits humains au Vietnam, en Argentine, au Brésil, en Iraq ou en Israël/Palestine.

<sup>41</sup> Voir *International Courts- US Department of Justice* (consulté le 30 août 2021) : <https://www.justice.gov/jmd/lis/international-courts>.

aussi la compétence internationale de la CIJ qui est d'ailleurs présidée depuis le 8 février 2021 par une juge américaine, Joan Donaghe.<sup>42</sup>

544. De plus, les États-Unis reconnaissent aussi l'autorité de tribunaux *ad hoc* établis par décision de l'ONU mais dont le mandat est limité aux crimes commis dans un espace géographique défini et pendant une durée limitée. Les principaux sont les tribunaux créés pour connaître de crimes contre l'humanité au Rwanda et dans l'ancienne Yougoslavie.<sup>43</sup>

Le Tribunal Pénal International pour le Rwanda, TPIR (*International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR*) est créé en juillet 1994 par résolution du Conseil de sécurité de l'ONU avec l'appui des États-Unis. Il siège à Arusha, Tanzanie, du 8 novembre 1994 au 31 décembre 2015 et a pour mission d'enquêter et connaître des crimes commis au Rwanda du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2014, période durant laquelle ont été commis des massacres ethniques et autres exactions dont le bilan est estimé à 500 000 morts et 2 millions de réfugiés. Le TPIR, qui ne comprend pas moins de 16 juges principaux et plus de 1 500 agents, juge un total de 96 inculpés mais seules 65 personnes sont condamnées à des peines de prison. On reproche généralement au TPIR d'avoir été biaisé dans les inculpations<sup>44</sup> et d'avoir créé une dispendieuse bureaucratie dont le fonctionnement a coûté plus de \$1,3 milliard<sup>45</sup>. Pour les États-Unis, comme pour la France, le Royaume Uni ou la Belgique dont les troupes sur place se sont révélées impuissantes à prévenir des massacres, tout l'épisode rwandais, y compris le TPIR, constitue une suite d'événements dont on voudrait éviter la répétition.

545. Un autre tribunal international, celui sur l'ancienne Yougoslavie ou TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), créé aussi par les Nations Unies<sup>46</sup> avec l'appui américain,

---

<sup>42</sup> Voir ci-dessus, la CIJ.

<sup>43</sup> D'autres tribunaux internationaux ou à statut hybride ont été créés pour le Cambodge, la Sierra Leone et le Liban. Bien que des juristes américains participent à leurs travaux, ils ne sont pas officiellement reconnus par le DOJ comme des tribunaux internationaux.

<sup>44</sup> Aucun des chefs Tutsis soupçonné d'exactions n'est inculpé. Le juge d'instruction français Jean-Louis Bruguière qui mène séparément son enquête estime dans un rapport de 2006 que le commanditaire du tir de missile qui a abattu l'avion du président rwandais le 6 avril 1994 n'est autre que Paul Kagame, devenu depuis président du Rwanda. Ce dernier réagit aux accusations du juge français en accusant à son tour le gouvernement français, jusqu'au plus haut niveau, d'avoir été complice des massacres.

Voir Lemarchand, René, « *Rwanda: The State of Research* » article publié le 25 juin 2018 sur le site Sciences Po <https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/rwanda-state-research>.

<sup>45</sup> Voir Lemarchand, René, *ibid.*

<sup>46</sup> Résolution du Conseil de sécurité du 25 mai 1993.

peut afficher des résultats plus positifs : 161 personnes sont inculpées<sup>47</sup> dont 27 transférés vers d'autres pays européens pour procès et jugement<sup>48</sup>, 90 condamnées à des peines de prison et 19 acquittées.<sup>49</sup> Le tribunal siège à La Haye dans ses propres locaux et, en tant qu'entité des Nations Unies, signe des conventions de coopération avec quatorze États, dont trois issus de l'ancienne Yougoslavie. Il y a 16 juges permanents et les procédures d'instruction, qui comportent souvent des enquêtes sur place, sont conduites sous l'autorité de procureurs, dont la nomination est proposée par le Secrétaire général des Nations Unies. Les procureurs sont des magistrats indépendants, seuls habilités à préparer (ou décliner) les actes d'accusation. Ce sont des magistrats chevronnés et expérimentés<sup>50</sup> ce qui explique en grande partie les succès du tribunal. Le coût total estimé de ses opérations est de moins de \$750 millions et il aura employé jusqu'à 425 personnes d'une soixantaine de nationalités différentes.<sup>51</sup> Après la condamnation en 2017 de Ratko Mladic, ancien commandant des forces serbes en Bosnie de 1992 à 1995, le TPIY a accompli sa mission et prépare sa fermeture. Il est officiellement dissous le 31 décembre 2017.

546. Les États-Unis participent régulièrement au fonctionnement des tribunaux internationaux ou hybrides<sup>52</sup> en y détachant des magistrats. Ainsi le juge Theodore Meron est deux fois président du TPIY, de 2003 à 2005 puis de 2011 à 2015<sup>53</sup>. Le DOJ organise aussi régulièrement des programmes d'assistance technique et de formation pour des magistrats étrangers. Un exemple de ces activités est le programme de formation et assistance pour les procureurs, le *Overseas Prosecutorial Development, Assistance and Training (DOJ/OPDAT)*<sup>54</sup>. En outre, sur le plan

<sup>47</sup> Le TPIY est le premier tribunal international à inculper un chef d'État qui comparait physiquement devant lui. Il établit une jurisprudence concernant l'interdiction de la torture, la répression des violences sexuelles et la définition du génocide transformant ainsi le paysage du droit international humanitaire. Voir à ce sujet la vidéo *Au cœur du tribunal* réalisée par l'équipe communications du TPIY : <https://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref>.

<sup>48</sup> Dont 10 vers la Bosnie Herzégovine et 4 vers la France. (voir *UNICTY facts and figures*).

<sup>49</sup> Source: *United Nations ICTY Facts & Figures*:

[https://www.icty.org/sites/icty.org/files/images/content/Infographic\\_facts\\_figures\\_en.pdf](https://www.icty.org/sites/icty.org/files/images/content/Infographic_facts_figures_en.pdf)

<sup>50</sup> Le bureau du procureur inclut aussi des enquêteurs spécialisés qui peuvent faire appel aux États membres pour mener leurs investigations. Parmi les procureurs, citons Carla del Ponte et Louise Arbour qui sont aussi procureurs du TPIR, et Serge Brammertz.

<sup>51</sup> Voir les informations sur le site du TPIY : Le coût de la justice, <https://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref/le-tribunal/le-cout-de-la-justice>.

<sup>52</sup> Les États-Unis ont notamment appuyé les tribunaux hybrides chargés de poursuivre des criminels au Cambodge, Sierra Leone et Liban.

<sup>53</sup> Voir la liste des juges sur le site du TPIY : [https://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref/les-chambres/les-anciens-presidents/#Judge\\_Theodor\\_Meron](https://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref/les-chambres/les-anciens-presidents/#Judge_Theodor_Meron).

<sup>54</sup> <https://www.justice.gov/archives/criminal-opdat/blog/departement-justice-s-office-overseas-prosecutorial-development-assistance-and>.

financier, les États-Unis sont le principal contributeur au budget des Nations Unies et pourraient donc s'opposer au financement de projets qui nuiraient à leurs intérêts.

547. Depuis Nuremberg, les juristes américains ont joué un rôle de pionniers dans le développement d'un système judiciaire transnational. Le degré de soutien cependant varie selon les thèmes concernés (le DOJ ne semble pas disposé à « partager » ses prérogatives en matière de lutte contre la corruption) et l'affiliation politique du parti au pouvoir ; les présidents issus du parti républicain étant habituellement plus « souverainistes » que les démocrates.

548. Par ailleurs, selon la constitution américaine<sup>55</sup>, il faut que les traités internationaux soient approuvés par le Sénat à une majorité des deux tiers avant ratification. Pour obtenir de telles majorités, le Sénat a pris l'habitude d'exiger que des « lettres d'interprétation » soient ajoutées au texte de la convention et limite parfois l'application de celle-ci. Une autre pratique consiste, pour les administrations successives, à éviter le processus de ratification ; les conventions sont alors considérées comme des « *executive agreements* », qui ont une certaine valeur juridique mais ne sont pas techniquement des traités. Ils peuvent être approuvés par le Congrès *a posteriori* mais aussi résiliés<sup>56</sup>. Enfin il y a des « lignes rouges », des interdictions, à ne pas franchir comme le montre la polémique à propos de la Cour Pénale Internationale (CPI).

### C. La controverse de la CPI

549. La création d'une cour pénale internationale (« CPI ») permanente dont le statut (« Statut ») fut le sujet principal d'une conférence diplomatique internationale des Nations Unies qui se tint à Rome du 15 juin au 19 juillet 1998. Le projet est principalement défendu par les pays européens et il est prévu que le siège du nouveau tribunal siègera à La Haye. Divers conflits régionaux sont en cours et des crimes contre l'humanité sont notoirement commis, notamment au Soudan et au Darfour. Les tribunaux déjà mis en place pour le Rwanda et l'ancienne Yougoslavie fonctionnent

---

<sup>55</sup> Article II, Section 2 : “[The President] shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur » (Le président aura le pouvoir, selon et sur les conseils du Sénat, de conclure des traités, si les deux-tiers des sénateurs présents donnent leur approbation.)

<sup>56</sup> Selon le site du Sénat américain consulté le 4 septembre 2021 : “ *In many cases, Congress has passed legislation authorizing executive agreements in areas like foreign aid and trade. Since 1990, only about 6 percent of international agreements have been made through formal treaties submitted to the Senate for advice and consent.* » (Dans de nombreux cas, le Congrès a adopté des lois autorisant des accords exécutifs dans des domaines tels que l'aide étrangère et le commerce. Depuis 1990, seuls 6 % environ des accords internationaux ont été conclus par le biais de traités officiels soumis au Sénat pour avis et consentement.) Voir <https://www.cop.senate.gov/about/powers-procedures/treaties/overview.htm>.

de manière globalement satisfaisante et, plutôt que d'aboutir à l'existence de multiples tribunaux *ad hoc* spécialisés (et temporaires), il semble plus efficace d'établir une seule juridiction globale et permanente. Mais les discussions sur le mode de fonctionnement du futur tribunal, et en particulier les procédures d'inculpation, sont animées : les Européens veulent un tribunal (et des procureurs) aussi indépendants que possible alors que les Américains insistent pour que la juridiction soit placée sous le contrôle effectif du Conseil de sécurité de l'ONU où ils disposent d'un pouvoir de veto. Finalement, comme l'indique le communiqué de presse officiel, le Statut n'accorde qu'un pouvoir de blocage temporaire au Conseil de sécurité : « La Conférence, à la suite de longues négociations, a abouti à la formule suivante concernant la relation entre la Cour, son Président et le Conseil de sécurité : le Statut de Rome prévoit que le Conseil de sécurité pourra empêcher ou suspendre pendant douze mois une enquête ou une poursuite<sup>57</sup> ». À l'issue de la conférence de Rome, le projet de Statut est adopté par les États membres par un vote de 120 voix contre 7. Parmi les sept opposants figurent, en plus des États-Unis, la Chine, l'Iraq, Israël, la Libye, le Qatar et le Yémen.

Le Statut prévoit que la création du tribunal deviendra irréversible après ratification par au moins 60 États parties. La marge du vote de juillet 1998 était telle que l'établissement du tribunal ne faisait pas de doute. Pensant que les États-Unis pourraient modifier le fonctionnement de la CPI au cours de négociations ultérieures et dans le souci de protéger la réputation internationale de son pays, le président Clinton, quelques jours avant l'expiration de son mandat, signe le Statut de Rome le 31 décembre 2000, quelques jours avant l'expiration de son mandat. Mais l'administration de son successeur, George W. Bush, compte de nombreux néo-conservateurs (les « *neocons* »<sup>58</sup>), souverainistes particulièrement soucieux d'éviter toute possibilité d'ingérence d'instances étrangères ou supranationales qui pourraient mettre en cause des citoyens ou intérêts américains. Ainsi le 6 mai 2002 une lettre officielle est adressée au Secrétaire général des Nations Unies l'informant que les États-Unis considèrent qu'ils n'ont aucune obligation touchant le Statut de

---

<sup>57</sup> Voir le communiqué de presse du 20 juillet 1998 de l'ONU : La conférence diplomatique sur la création d'une Cour criminelle internationale adopte à l'issue d'un vote le statut de Rome d'une cour pénale internationale, <https://www.un.org/press/fr/1998/19980720.1217.html>.

<sup>58</sup> Parmi ceux-ci on peut citer Paul Wolfowitz, Elliott Abrams, Richard Norman Perle, Richard (« Dick ») Cheney, Donald Rumsfeld et Paul Bolton qui exercent une forte influence sur la politique étrangère américaine durant les deux mandats de George W. Bush (2001 à 2008).

Rome<sup>59</sup>. De plus, en août 2002, l'administration fait adopter par le Congrès une loi<sup>60</sup> qui permettrait l'emploi de la force militaire, à la discrétion du président, afin de « libérer » les citoyens américains qui pourraient être détenus par des organismes internationaux. Ces postures contre la CPI, soigneusement médiatisées, se poursuivent sous l'administration Trump qui révoque le 5 avril 2019 le visa de la procureure de la CPI, Fatou Bensouda<sup>61</sup> : elle avait annoncé une enquête préliminaire sur les crimes de guerre commis en Afghanistan par toutes les parties en présence ce qui inclurait l'armée américaine<sup>62</sup>.

550. La CPI n'entend pas se substituer aux tribunaux nationaux et, juridiquement, elle ne peut être saisie par les États parties ou le Conseil de sécurité de l'ONU qu'en cas de défaillance des tribunaux locaux et pour les crimes les plus graves comme le génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre<sup>63</sup>. Mais c'est la CPI elle-même qui juge si elle est compétente ou non et certains lui reprochent son penchant anti occidental<sup>64</sup>. Ses 18 juges, répartis en trois chambres, sont élus par l'assemblée des États parties. Mais les instructions sont lentes et durent souvent des années. En pratique la CPI dépend entièrement de la bonne volonté des États pour mener ses enquêtes. Depuis sa création elle n'a traité que 30 affaires<sup>65</sup>, toutes impliquant des

---

<sup>59</sup> Le texte, consulté le 31 août 2021, est disponible sur le site du DOS:  
*International Criminal Court: Letter to UN Secretary General Kofi Annan*  
*Following is the text of the letter to UN Secretary General Kofi Annan from Under Secretary of State for Arms Control and International Security John R. Bolton:*  
*"Dear Mr. Secretary-General:*

*This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary's status lists relating to this treaty.*

*Sincerely,*

*S/John R. Bolton"*

*Released on May 6, 2002.*

Voir: <https://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm>.

<sup>60</sup> *The American Service Members Protection Act.*

<sup>61</sup> L'administration Biden a depuis réinstitué son visa et levé les interdictions qui la visaient ainsi que certains de ses collègues. Par ailleurs un nouveau procureur a été élu à la CPI en février 2021 : Karim Khan qui remplace Fatou Bensouda à l'expiration de son mandat le 16 juin 2021.

Voir *Mr Karim Asad Ahmad Khan QC sworn in today as the Prosecutor of the International Criminal Court*, communiqué de presse de la CPI, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1598>.

<sup>62</sup> Voir Mouralis, Guillaume, « Pourquoi les États-Unis rejettent la justice pénale internationale : le précédent de Nuremberg » paru dans *The Conversation*, le 10 juin 2019.

<sup>63</sup> Essentiellement les violations aux conventions de Genève.

<sup>64</sup> Voir *The Economist* du 18 février 2021, "*The case against the prosecutor Karim Khan, the International Criminal Court's new chief prosecutor. He is a controversial choice.*"

<sup>65</sup> La liste décrivant aussi l'état de chaque procédure est disponible sur le site de la CPI : <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx?ln=fr>.

prévenus africains, et prononcé neuf condamnations. Plusieurs prévenus comme Jean-Pierre Bemba, ancien vice-président de la République de Centre Afrique, Laurent Gbago, ancien président de la Côte d'Ivoire, et son associé Charles Blé Goudé ont été acquittés<sup>66</sup>. Le cas le plus embarrassant a sans doute été celui d'Omar al-Bashir, ancien président du Soudan qui, bien qu'inculpé par la CPI, participait ouvertement à des conférences et réunions, notamment en Afrique du Sud, pourtant État partie<sup>67</sup>. D'autres pays refusent de coopérer aux enquêtes ouvertes par la CPI, en particulier la Chine<sup>68</sup>, l'Inde, la Russie, les Philippines et l'Indonésie<sup>69</sup>. En 2017, le Burundi va jusqu'à se retirer du *Statut de Rome*, accusant les enquêteurs de la CPI d'impérialisme occidental<sup>70</sup>. Le tribunal sert certes de plateforme pour faire connaître certaines crises humanitaires au grand public mais sa capacité à arrêter, condamner et faire incarcérer les coupables de graves infractions et crimes contre l'humanité récents reste à démontrer.

551. La position américaine actuelle pourrait être qualifiée de « coopération au cas par cas.<sup>71</sup> » Comme État non-signataire du *Statut*, les États-Unis ne sont pas engagés par les décisions de la CPI mais ont une position d'observateur qui peut choisir de coopérer uniquement sur certaines affaires. Contrairement aux tribunaux pour le Rwanda (TPIR) et l'ancienne Yougoslavie (TPIY), la CPI n'est pas un organe des Nations Unies, mais une juridiction autonome. Elle travaille en coopération avec l'ONU et ses États membres mais dispose de son propre budget<sup>72</sup>, financé par des contributions des États parties au *Statut de Rome*. L'administration Biden, pourtant nettement moins souverainiste que la précédente, a annoncé qu'elle étudiait une possible participation plus active à la CPI mais ce n'est clairement pas une de ses priorités<sup>73</sup>.

<sup>66</sup> Voir à ce sujet l'article du 18 janvier 2019 de Richard Goldstone, ancien procureur du TPIY ; en comparaison le TPIY de 1995 à 2017 a jugé 161 personnes dont 99 ont été condamnées et 13 renvoyées devant des cours locales, "Acquittals by the International Criminal Court", *Blog of the European Journal of International Law*: <https://www.ejiltalk.org/acquittals-by-the-international-criminal-court/>.

<sup>67</sup> Après un coup d'État dans son pays en avril 2019 Omar el Bashir est en prison au Soudan mais n'a pas été extradé (au 1<sup>er</sup> septembre 2021).

<sup>68</sup> Voir *The Economist* du 10 juin 2021 : "Uyghur groups want to take China to the International Criminal Court".

<sup>69</sup> Voir *The Economist* du 21 avril 2021.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Voir par exemple l'article publié par le Carr Center for Human Rights Policy Working Paper T-00-02 "The International Criminal Court" : <https://www.innovations.harvard.edu/sites/default/files/ICC.pdf#:~:text=1.%20The%20ICC%20is%20an%20integral%20part%20of,serving%20the%20national%20interest%20in%20the%20long%20term.>

<sup>72</sup> 145 millions d'euros pour 2021. Voir *The Economist* du 21 avril 2021.

<sup>73</sup> Voir par exemple l'article de Theodor Zima publié le 30 juillet 2021 dans *Modern Diplomacy: International Criminal Court and thousands of ignored complaints*. <https://moderndiplomacy.eu/2021/07/30/international-criminal-court-and-thousands-of-ignored-complaints/>.



Comme le souligne un professeur américain<sup>74</sup>, les « États puissants peuvent chanter les mérites des droits de l'homme et d'autres valeurs, ils n'acceptent de fait aucune obligation limitant leur puissance ou leur intérêt national ». Or l'Europe occidentale, est la seule région du monde à avoir une tradition d'organes supranationaux destinés à garantir à l'ensemble des citoyens le renforcement et la protection de valeurs communes tels qu'ils sont énoncés par le Conseil de l'Europe, les principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit sur lesquels se fonde toute démocratie véritable.

552. Au centre de ce système se trouve la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH)<sup>75</sup> qui est en vigueur depuis 1953. Elle garantit une longue liste de droits individuels et possède un organe judiciaire, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CrEDH) qui peut être saisie par les États parties comme par les citoyens individuels. La CrEDH a établi une solide jurisprudence et se prononce régulièrement contre les États membres, qui ne peuvent révoquer ses décisions. Ainsi la CrEDH exerce son influence sur les systèmes politiques et juridiques de presque tous ses États membres, y compris les plus puissants d'entre eux<sup>76</sup>. Par contraste il existe une Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme créée par une convention de 1978, mais les États-Unis n'en sont pas membre et ses actions, son influence et son prestige sont moindres que ceux de son homologue européenne.

553. L'Europe seule favorise les droits de l'homme par rapport à d'autres normes ou valeurs concurrentes, telles la souveraineté nationale ou le bien collectif. Des tribunaux supranationaux y fonctionnent depuis plusieurs décennies et leurs arrêts prévalent effectivement sur les lois et décisions nationales. Ainsi l'Europe se distingue par son acceptation d'une juridiction supranationale pour garantir ces droits alors que les États-Unis, au moins depuis l'arrêt de la Cour Suprême *Oscanayan* en 1880<sup>77</sup>, considèrent qu'eux seuls possèdent un système juridique capable de garantir l'exercice des droits individuels. Dans la conception américaine, l'application supranationale des droits de l'homme ne peut s'opposer à la souveraineté. On peut trouver une explication historique à cette divergence. En Europe, la logique de la primauté de la souveraineté nationale a conduit aux catastrophes humanitaires de la Seconde Guerre mondiale, c'est pourquoi

---

<sup>74</sup> Wayne Sandholtz. Voir « L'Europe, les États-Unis et la Cour Pénale Internationale », Texte traduit de l'anglais par Elsa Paroissien.

<sup>75</sup> Nous y reviendrons dans le chapitre suivant.

<sup>76</sup> Selon Wayne Sandholtz, *ibid.*, p.120.

<sup>77</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie, Chapitre 1, Section 3, Les débuts de la jurisprudence de l'extraterritorialité.

après celle-ci il convenait d'inverser les priorités. Le contexte est différent aux États-Unis : les Américains pour la plupart croient que leur constitution et lois internes ont toujours suffi à éviter les violations à grande échelle des droits de l'homme<sup>78</sup>. Ainsi la CPI, de par sa mission même, n'entre pas dans le cadre et la tradition judiciaire américains.

554. On a vu que les tribunaux internationaux ou hybrides sont des structures relativement lourdes et peu efficaces comparés aux tribunaux nationaux. Elles peuvent se justifier pour des crimes contre l'humanité « extraordinaires » comme le génocide mais pas pour des délits « ordinaires », relativement fréquents. Dans les cas de corruption, la culpabilité peut être complexe ou prendre des formes multiples et est donc difficile à prouver. La corruption transnationale ne fait donc pas partie des crimes susceptibles de faire l'objet des poursuites de la CPI ou autres tribunaux internationaux, sauf si elle est associée à d'autres crimes plus graves.

555. Mais pour combattre la corruption l'Amérique et ses alliés peuvent tirer avantage des mutations sociétales qui modifient les façons de rendre la justice ainsi que de la montée en puissance d'institutions internationales, publiques ou privées, qui permettent de détecter puis de punir les criminels. Les États-Unis pourront alors exercer une influence déterminante dans le développement de ces nouveaux vecteurs destinés à traquer la criminalité.

## **Section 2. Les lacunes et les réformes de la supervision internationale**

556. Le développement du numérique et l'internet, dont la diffusion mondiale s'est produite en grande partie grâce au rôle pionnier des États-Unis, facilitent la commission de crimes de corruption car tout individu peut simplement et presque instantanément recevoir et communiquer des informations (ou le produit de ses méfaits). Mais la nouvelle technologie offre aussi de nouveaux moyens aux autorités chargées de poursuivre les criminels. Le développement de la corruption à l'échelle planétaire et, en conséquence, la lutte contre cette forme de criminalité sont donc des phénomènes récents. Cela explique que ce n'est qu'à partir de la dernière décennie du XX<sup>e</sup> siècle, comme nous l'avons vu, qu'une prise de conscience puis une action mondiale s'organisent.

Ainsi la communauté internationale a dû faire face à des formes nouvelles de crime à portée

---

<sup>78</sup> Voir Wayne Sandholtz, *ibid.*, p.128

transnationale, en particulier les trafics illicites comme celui de stupéfiants qui, à son tour, incite au blanchiment. Les réactions de la communauté face à ces menaces n'ont pas toujours été satisfaisantes. Les insuffisances du système de supervision globale sont mises en évidence par l'affaire BCCI qui constitue l'aiguillon initiateur du développement de nouvelles formes de coopération transnationale.

## A. L'affaire BCCI

557. La BCCI (*Bank of Credit and Commerce International*)<sup>79</sup>, est une banque fondée en 1972 au Pakistan par Agha Hassan Abedi, mais constituée grâce à l'appui du cheikh Zayed bin Sultan Al Nahyan, souverain d'Abu Dhabi, qui fournit les trois quarts des fonds nécessaires lors de la création de la banque<sup>80</sup>. La banque, ou plus exactement le groupe BCCI, est organisée comme une nébuleuse d'entités séparées et de filiales dans le monde entier, y compris dans les paradis fiscaux. Les deux principales holdings du groupe sont au Luxembourg et aux îles Caïman, juridictions où la supervision des banques n'était pas particulièrement rigoureuse. La structure juridique du groupe semble être montée de telle manière qu'aucune entité de supervision nationale ne puisse avoir une vision d'ensemble de ses activités. BCCI connaît une forte croissance et en 1985 le groupe est présent dans 73 pays et contrôle \$22 milliards d'actifs<sup>81</sup> ; il acquiert même, grâce à des soutiens politiques et l'utilisation d'hommes de paille<sup>82</sup>, le contrôle de plusieurs institutions financières aux États-Unis, dont Independance Bank en Californie, CenTrust Savings en Floride, National Bank of Georgia<sup>83</sup> et First American Bankshares. L'expansion du groupe aux États-Unis s'explique par l'entregent de Clarke Clifford<sup>84</sup>, un ancien ministre resté influent qui est employé par Abedi et maintient des relations étroites avec plusieurs membres de l'entourage du président

---

<sup>79</sup> Nos informations sur cette affaire proviennent principalement d'un rapport public détaillé du Sénat américain : *The BCCI Affair : A Report to the Committee on Foreign Relations United States Senate by Senator John Kerry and Senator Hank Brown December 1992*. Disponible à <https://info.publicintelligence.net/The-BCCI-Affair.pdf>.

<sup>80</sup> Bank of America a aussi indirectement fourni une partie du capital. De fait, selon le rapport du Sénat, la banque était effectivement contrôlée par un groupe d'investisseurs pakistanais manipulés par Abedi. En 1989, alors que le groupe connaît des difficultés, la famille régnante d'Abu Dhabi augmente sa participation aux fonds propres.

<sup>81</sup> Chiffres cités par le rapport du Sénat américain, *The BCCI Affair : BCCI Rapid Expansion*.

<sup>82</sup> Un des plus connus est Ghaith Pharaon, financier saoudien qui a fait ses études aux États-Unis, proche de la famille Bush. Il a notamment reçu des prêts de BCCI pour acquérir les actions d'institutions financières américaines sous son nom.

<sup>83</sup> La banque appartenait à Bert Lance, un proche du président Carter, elle sera ensuite fusionnée avec First American Bankshares.

<sup>84</sup> Clarke Clifford a été ministre de la Défense ainsi que le conseiller de cinq présidents américains ; il dirigeait un cabinet juridique très connu à Washington qui comptait BCCI parmi ses clients.

Jimmy Carter. Les acquisitions de BCCI sont effectuées par des schémas qui manquent de transparence, ce qui conduit à des mises en garde de la part de l'OCC<sup>85</sup> et d'autres régulateurs financiers américains. Or le groupe est activement impliqué dans toutes sortes d'activités illicites : financement de trafic d'armes, de trafic de drogue, de réseaux de prostitution, de blanchiment, d'évasion fiscale ou de prêts à des personnalités politiques sans vérifications et documentation adéquates. Parmi ses clients, figurent de nombreuses personnalités qu'on qualifierait aujourd'hui de « personnes politiquement exposées, PPE. <sup>86</sup> » Un des dirigeants interrogé par les enquêteurs américains affirme que le groupe recourt régulièrement aux pots-de-vin dans de nombreux pays<sup>87</sup>. Le rapport du Sénat américain explique comment la banque utilise divers moyens de corruption pour développer ses activités<sup>88</sup>. Le laxisme des autorités de supervision des différents pays où le

<sup>85</sup> Voir Wikipedia, Bank of Credit and Commerce International: "On several occasions, the Office of the Controller of the Currency, a bureau within the U.S. Department of the Treasury, told the Federal Reserve in no uncertain terms that BCCI must not be allowed to buy any American bank because it was poorly regulated. » Voir: [https://en.wikipedia.org/wiki/Bank\\_of\\_Credit\\_and\\_Commerce\\_International#:~:text=BCCI%20came%20under%20the%20scrutiny%20of%20financial%20regulators,the%20controlling%20interest%20in%20a%20major%20American%20bank](https://en.wikipedia.org/wiki/Bank_of_Credit_and_Commerce_International#:~:text=BCCI%20came%20under%20the%20scrutiny%20of%20financial%20regulators,the%20controlling%20interest%20in%20a%20major%20American%20bank) (À plusieurs reprises, l'Office of the Controller of the Currency, un bureau du département du Trésor des États-Unis, a dit à la Réserve fédérale en termes très clairs que la BCCI ne devait pas être autorisée à acheter une banque américaine parce qu'elle était mal réglementée.)

<sup>86</sup> Saddam Hussein, Ferdinand Marcos, Manuel Noriega, Abu Nidal (sous le pseudonyme Shakir Fahren), Hussain Muhammad Ershad (président du Bangladesh), Samuel Doe (président auto proclamé du Liberia), Marc Rich (trader et fugitif américain) ainsi que plusieurs parlementaires britanniques et américains maintenaient des comptes auprès d'entités du groupe BCCI.

<sup>87</sup> Rapport du Sénat américain, p 76 : « Among the countries in which members of the BCCI group made such corrupt payments for deposits and favorable treatment were the Congo, Nigeria, Morocco, Senegal, Tunisia, the Ivory Coast, Argentina and Peru. Among the institutions defrauded were the World Bank, the International Monetary Fund, the African Development Bank and the Economic Cooperation of West African States » (Parmi les pays dans lesquels les membres du groupe BCCI ont déposés ces paiements corrompus en échange d'un traitement favorable figurent le Congo, le Nigeria, le Maroc, le Sénégal, la Tunisie, la Côte d'Ivoire, l'Argentine et le Pérou. Parmi les institutions escroquées figurent la Banque Mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque africaine de développement et la Coopération économique des États de l'Afrique de l'Ouest.)

<sup>88</sup> Ibid., p.64 : « Bribery was a key component of BCCI's strategy for asset growth worldwide, from the earliest days of the bank. In some case, the recipients of funding from BCCI may not have considered the payments to be "bribes," but simply a mechanism by which BCCI obtained what it wanted from an official, and in return the official helped BCCI, such as BCCI's payments to two of the Gulf emirs in return for the use of their names as nominees for the purchase of First American. In other cases, the bribes were naked and direct quid pro quos, such as BCCI's payments to Central Bank officials in return for Central Bank deposits in countries like Peru. In other cases, BCCI made campaign contributions to politicians, such as it did with General Zia in Pakistan and Carlos Andres Perez in Venezuela. In still other cases, BCCI's payments came in the guise of charitable contributions, and provided BCCI with an entree to generate deposits from others, as in the case of President Jimmy Carter. Among the Americans who BCCI provided with financial assistance in addition to Carter, were U.S. Ambassador to the United Nations Andrew Young, Bert Lance, and Jesse Jackson. Abroad, important figures with extensive contact with BCCI included former British Prime Minister James Callahan, then United Nations Secretary General Javier Perez de Cueller, Jamaican prime minister Edward Seaga, Antiguan prime minister Lester Byrd; a large number of African heads of state; and many Third World central bank officials. » (Les pots-de-vin étaient un élément clé de la stratégie de la BCCI pour accroître ses actifs dans le monde entier, et ce dès les premiers pas de la banque. Dans certains cas, les bénéficiaires des fonds de la BCCI n'ont pas considéré les paiements comme des "pots-de-vin", mais simplement comme le mécanisme grâce auquel la BCCI obtenait ce qu'elle voulait d'un

groupe opère s'explique par le strict cloisonnement de ses activités, des rapports opaques entre entités, un système de contrôle interne et d'audit fragmenté<sup>89</sup> et par une forte centralisation des décisions clés. De plus, en ciblant ses acquisitions sur des banques régionales dont les chartes statutaires dépendent des États fédérés plutôt que d'organismes fédéraux, BCCI évite les contrôles les plus rigoureux de la Federal Reserve<sup>90</sup> et apparaît même comme le « sauveur » de banques locales en difficulté. Au fil des années, les entités du groupe passent au travers de plusieurs inspections par les autorités nationales des juridictions où elles opèrent. Même si les entités de supervision notent des défaillances, elles ne sont pas prêtes à prendre des mesures drastiques contre un groupe visiblement bien introduit politiquement et actif dans les pays exportateurs de pétrole.

558. En 1985 les autorités luxembourgeoises, l'Institut monétaire luxembourgeois (IML) notent des irrégularités dans les opérations de trésorerie ce qui conduit à une provision de \$225 millions<sup>91</sup>; elles consultent également les autorités britanniques proposant que la Banque d'Angleterre devienne le superviseur financier principal du groupe. Cependant la BCCI a un réseau bancaire de plus de 120 000 déposants au Royaume Uni et, bien que les dirigeants du groupe soient

---

fonctionnaire, qui en retour, aidait la BCCI, c'est le cas pour deux émir du Golfe en échange de l'utilisation de leurs noms comme prête-noms pour l'achat de First American. Dans d'autres cas, les pots-de-vin étaient des contreparties pures et dures, comme les versements de la BCCI à des fonctionnaires de la Banque centrale en échange de dépôts de cette institution dans des pays comme le Pérou. D'autres fois encore, la BCCI a financé la campagne d'hommes politiques, comme pour le général Zia au Pakistan et Carlos Andres Perez au Venezuela. Ou encore, les paiements de la BCCI se présentaient sous forme de contributions charitables qui lui permettaient de générer des dépôts de la part d'autres personnes, comme dans le cas du président Jimmy Carter. Parmi les Américains auxquels la BCCI a apporté une aide financière, outre Carter, figurent l'ambassadeur américain aux Nations Unies Andrew Young, Bert Lance et Jesse Jackson. À l'étranger, parmi les personnalités importantes ayant eu de nombreux contacts avec la BCCI, figurent l'ancien premier ministre britannique James Callaghan, le secrétaire général des Nations Unies de l'époque, Javier Perez de Cueller, le premier ministre jamaïcain Edward Seaga, le premier ministre antiguanais Lester Byrd, un grand nombre de chefs d'État africains et de nombreux responsables de banques centrales du tiers monde.)

<sup>89</sup> Le groupe utilise plusieurs cabinets d'auditeurs externes mais ne fournit pas d'informations consolidées à ses auditeurs principaux, Price Waterhouse. Source : Rapport du Sénat américain : *BCCI and its accountants*, [https://irp.fas.org/congress/1992\\_rpt/bcci/10accounta.htm](https://irp.fas.org/congress/1992_rpt/bcci/10accounta.htm).

<sup>90</sup> Depuis 1992 ce stratagème ne serait plus possible à cause d'une nouvelle législation, le *Foreign Bank Supervision Enhancement Act*. Comme l'indique le rapport du Sénat : « *As a foreign bank whose branches were chartered by state banking authorities, BCCI largely escaped the Federal Reserve's scrutiny regarding its criminal activities in the United States unrelated to its interest in CCAH/First American. This gap in regulatory oversight has since been closed by the passage of the Foreign Bank Supervision Enhancement Act of 1991.* » (En tant que banque étrangère dont les succursales étaient agréées par les autorités bancaires des États, la BCCI a largement échappé à l'examen par la Réserve fédérale de ses activités criminelles aux États-Unis sans rapport avec sa participation dans CCAH/First American. Cette lacune dans la surveillance réglementaire a depuis été comblée par l'adoption de la *Foreign Bank Supervision Enhancement Act* de 1991)

<sup>91</sup> Voir l'article de Steve Lohr, publié dans le *New York Times* du 12 août 1991, « *World-Class Fraud: How B.C.C.I. Pulled It Off -- A special report. At the End of a Twisted Trail, Piggy Bank for a Favored Few* » <https://www.nytimes.com/1991/08/12/business/world-class-fraud-bcci-pulled-it-off-special-report-end-twisted-trail-piggy-bank.html>.

basés à Londres, la Banque d'Angleterre ne souhaite pas assumer davantage de responsabilités et concentre ses efforts sur un plan de recapitalisation.<sup>92</sup> À l'initiative du Luxembourg, la nécessité d'une meilleure supervision est discutée au Comité de Bale<sup>93</sup>, qui regroupe les dirigeants des banques centrales des 28 juridictions affiliées à la Banque des règlements internationaux (*Bank of International Settlements, BIS*)<sup>94</sup>, et établit un minimum de coordination entre superviseurs financiers.

559. La réputation sulfureuse de BCCI est bien établie parmi les régulateurs occidentaux. Dans un mémorandum interne de 1982, la Banque d'Angleterre craint que BCCI ne devienne « l'équivalent financier du SS Titanic » laissant prévoir un désastre spectaculaire<sup>95</sup>. Plusieurs juridictions lancent, indépendamment, des investigations. En avril 1984, le bureau de l'IRS de Miami obtient d'un employé, licencié par BCCI parce qu'il a refusé de transporter des fonds, des informations qui semblent indiquer des opérations de blanchiment à grande échelle<sup>96</sup>. Le service des douanes américain, dans le cadre de la lutte contre les narco-trafiquants, réussit à infiltrer l'organisation en 1986 par son agent Robert Mazur. Une opération piège (*Operation C-Chase*) conduit à l'inculpation de cadres de la banque en Floride en octobre 1988<sup>97</sup> et un accord de plaider coupable (*guilty plea*) avec le bureau du procureur (« *District Attorney* ou DA ») de Tampa en janvier 1990<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> Par des injections de capital qui proviendraient d'Abu Dhabi.

<sup>93</sup> Le Comité de Bâle, ou Comité Cooke, du nom de son ancien président de 1975 à 1988, est un forum où se rencontrent les banquiers centraux et superviseurs financiers de 28 juridictions. Sa mission est de promouvoir des règles, principalement prudentielles, qui garantissent la stabilité financière internationale. Mais le Comité a aussi compétence pour aborder toute question de supervision financière. Le Comité de Bâle est rattaché à la BRI.

<sup>94</sup> La BRI (BIS selon l'acronyme anglais) est créée en 1930 pour faciliter les paiements entre États souverains européens. Après la conférence de Bretton Woods qui jette en 1944 les bases du système financier international, elle devient le véhicule permettant les paiements entre pays ayant des monnaies différentes puis devient le forum où les banquiers centraux et experts se retrouvent pour établir des standards de coopération et promouvoir la stabilité financière internationale. Voir: <https://www.bis.org/>.

<sup>95</sup> Voir *The Guardian* du 17 mai 2012, « *Bank of England internal memo in 1982 described BCCI as 'on its way to becoming the financial equivalent of the SS Titanic* », <https://www.theguardian.com/business/2012/may/17/bcci-scandal-long-legal-wranglings>.

<sup>96</sup> Rapport du Sénat américain, *BCCI and law Enforcement, Early Warnings about BCCI*.

<sup>97</sup> *Ibid.*, *Operation C-Chase*.

<sup>98</sup> Le rapport du Sénat, rédigé sous la supervision du sénateur John Kerry, reproche au DOJ de n'avoir inculpé que des cadres de niveau intermédiaire alors qu'une investigation sous la procédure de la loi RICO aurait pu mettre en accusation l'ensemble de la banque et non quelques individus : « *The US Attorney's office chose to bring, and not to supersede, a limited, money-laundering case against the bank in Florida and indicted several mid-level BCCI officials, throwing out a possible Racketeering Influenced and Corrupt Organizations (RICO) case that would have enabled it to have gone after all of BCCI's assets in the United States -- possibly including any interest it had in the First American bank* » (Le bureau du procureur a choisi de lancer, et non de remplacer, une procédure limitée pour blanchiment d'argent contre la banque en Floride et a inculpé plusieurs responsables de niveau intermédiaire

C'est à partir de 1989, dans le cadre d'une enquête globale sur les opérations de blanchiment dans son district, que le DA de New York, Robert Morgenthau, soupçonne des infractions plus graves et à plus grande échelle ; son bureau, au cours de l'année 1990, réussit à obtenir divers documents<sup>99</sup> compromettants pour la BCCI. De son côté, la Federal Reserve lance aussi une investigation en 1990 ; elle établit en février 1991 que la BCCI a violé le *Federal Bank Holding Act* et envisage une intervention et des mises en accusation en coordination avec Morgenthau et son équipe<sup>100</sup>. Par ailleurs, beaucoup d'analystes pensent que c'est l'imminence d'une mise en accusation à New York qui a fait pression sur les autorités britanniques pour qu'elles entrent finalement en action<sup>101</sup>.

560. Ainsi, ce n'est qu'en mars 1991 que la Banque d'Angleterre, en application d'une loi bancaire (*The Banking Act*) de 1987, demande des explications détaillées à Price Waterhouse qui dans son rapport confidentiel (nom de code « Sandstorm »)<sup>102</sup> révèle de multiples fraudes et manipulations.

En juin 1991 la Banque d'Angleterre organise à Londres une réunion confidentielle réunissant des représentants des principales juridictions occidentales où sont domiciliées des entités de BCCI : États-Unis, Luxembourg, France, Suisse, Espagne et îles Caïman auxquels est communiquée copie du rapport Sandstorm. Le 5 juillet 1991, les autorités du Luxembourg demandent auprès d'un tribunal local la mise sous séquestre de BCCI SA<sup>103</sup> dont les comptes sont gelés. Le même jour, la Banque d'Angleterre décrète la fermeture des 25 agences de la BCCI au

---

de la BCCI, rejetant une éventuelle procédure RICO (Racketeering Influenced and Corrupt Organizations) qui lui aurait permis de s'attaquer à tous les actifs de la BCCI aux États-Unis - y compris peut-être les intérêts qu'elle détenait dans la banque First American.)

<sup>99</sup> En tant que DA de New York, Morgenthau pouvait exiger la production (*subpoena*) des documents de l'agence de New York de First American ; il a aussi eu accès à des documents confidentiels des auditeurs de BCCI.

<sup>100</sup> Rapport du Sénat américain, *BCCI and law Enforcement*.

<sup>101</sup> Un rapport officiel britannique, le *Bingham Report* (du nom du président de la Cour Suprême anglaise) est soumis au Parlement anglais en octobre 1992 ; il est très critique à l'égard de l'attentisme de la Banque d'Angleterre et recommande que dorénavant « les structures bancaires qui ne permettent pas aux superviseurs d'avoir une vision claire de l'ensemble des activités soient mises hors la loi (*banking group structures which deny supervisors a clear view of how business is conducted should be outlawed.*) » Voir : <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1992/nov/06/bcci-bingham-report>.

<sup>102</sup> Le *Sandstorm Report* (rapport “tempête de sable” en français) révèle aussi que BCCI était l'agent financier d'opérations lancées par les services secrets britanniques et américains. Il a été diffusé par Wikileaks, <https://file.wikileaks.org/file/sandstorm-bcci-report-1881.pdf>.

<sup>103</sup> En conséquence le 8 juillet Mr. Brian Smouha du cabinet d'audit Touche Ross est nommé commissaire de surveillance. Voir l'étude de cas publiée par la BRI, “*The insolvency liquidation of a multinational bank (December 1992)*” ; p.18, <https://www.bis.org/publ/bcbs10c.pdf>.

Royaume Uni.<sup>104</sup> Parallèlement le gouverneur des îles Caïman nomme un receveur qui assume immédiatement le contrôle de BCCI Overseas. Aux États-Unis, le superintendant des banques de New York ferme et prend le contrôle de l'agence de New York de la BCCI ; son homologue en Californie fait de même avec l'agence dans son ressort. Les superviseurs bancaires dans les autres juridictions membres de la BRI dans lesquelles la BCCI possède des implantations, y compris la France, sont immédiatement informés par l'IML à Luxembourg et interviennent à leur tour. Aux États-Unis le 29 juillet plusieurs dirigeants et entités sont formellement mis en accusation (*indicted*) : Agha Hassan Abedi, Swaleh Naqvi<sup>105</sup>, BCCI Holdings, BCCI S.A., BCCI Overseas, ICIC Overseas and ICIC Holdings. De son côté la *Fed*<sup>106</sup> réclame une pénalité de \$250 millions et poursuit BCCI Holdings, BCCI S.A., BCCI Overseas et ICIC Overseas et leurs dirigeants<sup>107</sup>. Commence alors un processus de liquidation compliqué du fait de la multiplicité des entités de la nébuleuse BCCI et du nombre de juridictions impliquées. Le trou financier pour les créateurs serait de plus de douze milliards de dollars et, en 2013 encore, plus de vingt ans après la faillite judiciaire de la banque, certains créateurs spoliés vont jusqu'à lancer de nouvelles procédures au Luxembourg<sup>108</sup>.

561. Sur le plan pénal, la nébuleuse BCCI est poursuivie et démantelée grâce à l'action coordonnée des principaux superviseurs bancaires occidentaux. Mais beaucoup des hauts dirigeants et fondateurs du groupe évitent des peines d'emprisonnement pour les crimes qu'ils ont commis : la famille régnante d'Abu Dhabi est protégée par l'immunité souveraine ; Agha Abedi se réfugie au Pakistan où il décède en 1995 sans avoir été traduit en justice ; Clark Clifford est poursuivi (*indicted*) par Morgenthau et le DOJ mais, sur avis médical, il est considéré comme trop fragile pour participer à son procès et décède en 1998 ; Swaleh Naqvi est condamné par un tribunal américain à onze ans de prison, en sert huit et meurt au Pakistan en 2019 ; Ghaith Pharaon est poursuivi par le DOJ au titre de la loi contre le racket (RICO), paye plusieurs amendes mais, pour

<sup>104</sup> Voir « *BBC on this day: 5 July:1991: International bank closed in fraud scandal* », [http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/july/5/newsid\\_2495000/2495017.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/july/5/newsid_2495000/2495017.stm).

<sup>105</sup> Abedi et Naqvi sont respectivement le président fondateur du groupe et son directeur général.

<sup>106</sup> Plus précisément le conseil des gouverneurs (*Board of Governors of the Federal Reserve System*).

<sup>107</sup> Voir la chronologie dans l'étude de cas publiée par la BRI, "*The insolvency liquidation of a multinational bank (December 1992)*" p.17 et s., <https://www.bis.org/publ/bcbs10c.pdf>.

<sup>108</sup> Voir *Paper Jam News*, Tribunal de commerce de Luxembourg, publié le 8 novembre 2013, « Comment ressusciter la BCCI ? », <https://web.archive.org/web/20131111095038/http://www.paperjam.lu/article/fr/comment-ressusciter-la-bcci>.



éviter de nouvelles poursuites, se réfugie au Liban où il devient marchand d'armes américaines ; il décède à Beyrouth en 2017.

562. Il est possible de tirer plusieurs leçons du scandale BCCI :

- il n'existe pas, au moins jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, de mécanisme international pour combattre effectivement les plus graves crimes financiers ;
- c'est en se fondant sur la réglementation des activités financières, non sur la législation pénale, que l'« organisation noire<sup>109</sup> » qu'était la BCCI a pu être démantelée ;
- le manque de coordination entre les différents superviseurs nationaux qui auraient pu faire cesser les activités illégales du groupe a au contraire permis à la BCCI de prospérer pendant près de deux décennies ;
- les États-Unis ont de sérieux problèmes de communication entre agences et services impliqués dans la lutte contre les fraudes mais c'est la seule juridiction qui possède une législation et les moyens humains et techniques capables de réprimer effectivement la criminalité transnationale.

## **B. La création du GAFI et la lutte contre le blanchiment**

563. Le scandale BCCI connaît un grand retentissement médiatique, particulièrement à cause de la collusion du groupe avec des narco-trafiquants tels que Pablo Escobar qui dirige le principal cartel colombien et est activement recherché par Interpol, le FBI et diverses agences américaines. Ceci explique que, même avant la liquidation forcée du groupe en 1991, les chefs d'État des principales démocraties décident d'actions en commun pour lutter contre la fraude transnationale. Dans cette phase initiale, la cible de leur activisme est le blanchiment<sup>110</sup>, délit relativement plus facile à définir que la corruption, et pour lequel il existe déjà, au moins au plan de chaque juridiction, un embryon de réglementation. De plus la supervision bancaire déjà en place fournit des moyens de détection et répression que chaque pays pourra développer dans son propre cadre juridique national.

---

<sup>109</sup> C'est l'expression employée par la revue *Time* qui décrit toute une structure criminelle qui gravite autour et dépend de la BCCI, voir *Time Magazine* du 29 juillet 1991. On retrouve là l'utilisation de crimes financiers pour neutraliser les organisations les plus dangereuses pour la communauté.

<sup>110</sup> Pour la définition du blanchiment, voir I<sup>ère</sup> partie.

564. Le « Sommet de l'Arche » ou le « G7 » à Paris du 14 au 16 juillet 1989 réunit les chefs d'État ou de gouvernement des sept principales puissances occidentales (Allemagne, Canada, États-Unis, France, Italie, Japon, Royaume Uni) ainsi que le président de la Commission Européenne. Il ont un urgent désir de mettre en place des moyens de lutte contre le trafic de drogues et le recyclage de ses produits financiers<sup>111</sup>. Ainsi le G7 décide la convocation d'un « groupe spécial d'experts financiers comprenant les participants au Sommet et d'autres pays intéressés par ces problèmes. Son mandat est d'évaluer les résultats de la coopération déjà mise en œuvre afin de prévenir l'utilisation du système bancaire et des institutions financières aux fins de blanchir l'argent et d'étudier des mesures préventives supplémentaires dans ce domaine, y compris l'adaptation des systèmes juridiques et réglementaires de façon à renforcer l'entraide judiciaire multilatérale<sup>112</sup>. » Aux représentants des membres du G7 se joignent des experts désignés par huit autres pays (Australie, Autriche, Belgique, Espagne, Luxembourg, Pays-Bas, Suède et Suisse) pour former le Groupe d'action financière internationale ou GAFI<sup>113</sup>.

565. Les quatre tâches initiales du GAFI sont : « (1) obtenir de tous ses membres une auto-évaluation et une évaluation mutuelle (contrôle et surveillance) en ce qui concerne l'adoption et la mise en œuvre des recommandations du GAFI ; (2) instaurer la coordination et la supervision des efforts visant à inciter les pays non-membres à adopter et mettre en œuvre les recommandations ; (3) élaborer d'autres recommandations et évaluer de nouvelles mesures, tout en constituant un forum où sera examinée l'évolution des techniques de blanchiment de l'argent au plan national et international, et où s'échangeront des renseignements sur les techniques de détection et de répression visant à lutter contre le blanchiment ; et (4) faciliter la coopération entre les organisations chargées de lutter contre le blanchiment des capitaux, ainsi qu'entre pays ou territoires.<sup>114</sup> »

---

<sup>111</sup> D'après une estimation de l'ONU, le trafic de stupéfiants en 1987 représentait un chiffre d'affaires global de \$300 milliards. Dans un discours à l'assemblée plénière du GAFI le 10 février 1988, Michel Camdessus, Directeur général du FMI, indique que le blanchiment des revenus du trafic de drogues représente 2 à 5% du PNB mondial, Source: *FATF 30 Years Brochure* p. 9 et 11, [https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-\(1989-2019\).pdf](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-(1989-2019).pdf).

<sup>112</sup> Déclaration commune des chefs d'État ou de gouvernement participant au sommet des pays industrialisés de Paris, en date du 16 juillet 1989, sur l'économie, la situation des pays en développement et l'environnement. Point numéro 53: <https://www.vie-publique.fr/discours/128988-declaration-commune-des-chefs-detat-ou-de-gouvernement-participant-au-s>.

<sup>113</sup> Le groupe est aussi connu sous son acronyme anglais, FATF pour *Financial Action Task Force*.

<sup>114</sup> Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux, *Rapport 1990-1991*, p. 3, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/1990%201991%20FR.pdf>.

566. En avril 1990 le GAFI publie une liste de 40 recommandations, unanimement approuvées par les ministres des finances des États membres. Elles constituent un plan d'actions que les États membres s'engagent à mettre en place. Les recommandations sont périodiquement réévaluées en tenant compte du contexte international ; ainsi les recommandations initiales sont revues en 1996, 2003 et 2012. La révision de 2012 inclut notamment la lutte contre la corruption comme un des objectifs de l'organisation. De plus, à la suite des attentats de 11 septembre 2001 aux États-Unis, la lutte contre le financement du terrorisme devient aussi un objectif prioritaire et neuf nouvelles recommandations sont ajoutées à la liste initiale. Par la suite, en 2012, la lutte contre le financement de la prolifération des armes de destruction massive, visant principalement l'Iran et la Corée du Nord, est incluse dans les objectifs. On note ainsi un alignement avec les priorités de la politique étrangère américaine.

567. Parallèlement à l'expansion de ses objectifs, le GAFI se pérennise et étend le nombre de ses membres. La réunion du G7 à Houston en 1990 confirme le mandat du GAFI et indique que ses recommandations doivent être mises en œuvre par les États parties sans délai<sup>115</sup>. La durée du mandat du GAFI passe alors à cinq ans, puis en 2004 à huit ans et l'organisation devient permanente en 2012 avec son siège à Paris et un secrétariat rattaché à celui de l'OCDE. Le nombre d'États et autres entités membres augmente régulièrement aussi. Au 30 juin 2021, le GAFI se compose de 39 membres : 37 États (dont la Chine, la Corée du Sud, Hong Kong, la Fédération de Russie et Singapour) et deux organisations régionales (la Commission Européenne et le Conseil de coopération du Golfe).<sup>116</sup> De plus le GAFI a créé neuf organisations sœurs régionales qui souscrivent aux mêmes principes. Ainsi le GAFI et ses organisations sœurs couvrent plus de deux cents juridictions<sup>117</sup>.

568. Le GAFI est donc une organisation internationale mais qui reconnaît que chaque État a ses caractéristiques et son système judiciaire propre. Son objectif est de créer des standards, des normes communes qui doivent ensuite s'inscrire dans les droits nationaux, jetant ainsi les bases d'une coopération transnationale. Le GAFI est donc une institution créatrice de normes

---

<sup>115</sup> Point 78 du communiqué final : « *We endorse the report of the Financial Action Task Force (FATF) and commit our countries to a full implementation of all its recommendations without delay.* » Voir : *Houston Economic Declaration, Houston, 11 July 1990* (<http://www.g8.utoronto.ca/summit/1990houston/declaration.html>).

<sup>116</sup> Voir la liste sur le site du GAFI (Membres et observateurs), <https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/membresetobservateurs/>.

<sup>117</sup> La liste complète n'est disponible que sur le site anglophone du GAFI, <https://www.fatf-gafi.org/countries/>.

internationales, même si elle ne prend part ni aux questions d'application de la loi, ni aux enquêtes, ni aux poursuites. En adoptant les recommandations, chaque État membre s'engage :

- À criminaliser dans son système pénal le blanchiment (y compris depuis 2012 sous forme d'évasion fiscale), le financement du terrorisme, la prolifération d'armes de destruction massive et la corruption. Le GAFI suggère des définitions pour chacun de ces crimes.

- À procéder à des auto-évaluations régulières de ses systèmes de lutte anti-blanchiment et financement du terrorisme (LAB FT) et à coopérer avec les évaluations mutuelles.

- À mettre en place un système de supervision efficace des institutions financières et autres soumises à la réglementation LAB FT. Ce système doit en particulier établir des obligations de vigilance et de vigilance renforcée en suivant les normes prescrites pour certaines catégories (par exemple les Personnes Politiquement Exposées, PPE)

- À établir une unité indépendante, la cellule de renseignements financiers, chargée de recueillir, analyser et évaluer les déclarations de transactions suspectes qui doivent lui être communiquées par les institutions financières et autres entités visées par la réglementation LAB FT<sup>118</sup>.

- Geler les actifs appartenant ou en possession de terroristes et confisquer les avoirs provenant du crime ;

- Établir les mécanismes adéquats afin de permettre une coopération internationale et adaptée à l'évolution des crimes visés.

Les engagements ci-dessus sont alignés sur les normes émises par l'ONU et ses organes spécialisés, le FMI et la Banque Mondiale. Depuis 2012 le GAFI recommande aussi à ses membres de suivre les préceptes de l'OCDE, en particulier les normes de la *Convention contre la corruption*.

569. En pratique les fonctions principales sont exercées par des groupes de travail plurinationaux qui regroupent des spécialistes habituellement détachés par les régulateurs financiers des pays membres. Les représentants des États-Unis y jouent un rôle actif. Les principaux axes de développement sont :

- L'élaboration et la mise à jour de recommandations susceptibles d'être appliquées par l'ensemble des membres dont le but est l'élimination, le dépistage et la répression du

---

<sup>118</sup> Cette unité prend le nom de TracFin en France ; FinCen aux États-Unis.

blanchiment, du financement du terrorisme, de la prolifération des armes de destruction massive et de la corruption ;

- L'étude des typologies qui conduisent aux crimes que le GAFI s'efforce de combattre. C'est donc une activité de recherche qui permet d'identifier des situations qui présentent de hauts risques pour la communauté internationale et de suggérer des approches possibles, basées sur des études de cas dans plusieurs juridictions. Le GAFI a ainsi publié 72 rapports *Méthodes & Tendances*<sup>119</sup> sur divers sujets allant des typologies des cas de blanchiment (2003) aux vulnérabilités en termes de blanchiment des capitaux des zones franches (2010) au blanchiment des produits de crimes environnementaux (2021).

- La tenue et publication de listes de pays présentant des risques élevés de blanchiment est une fonction particulièrement délicate du GAFI. Depuis 2007, avec des révisions du processus en 2009 et 2015, la liste est établie sous la supervision d'un comité spécial, le *International Co-operation Review Group (ICRG)* qui peut classer les entités en « juridiction sous surveillance renforcée (*jurisdiction under increased monitoring*) », ce qui correspond à une « liste grise », voire de « juridiction sujette à des contre-mesures (*jurisdiction subject to a call for action*) » des États parties, ce qui correspond à une « liste noire. »

570. Lorsqu'une juridiction a corrigé, à la satisfaction de l'ICRG, tout ou partie des déficiences notées, elle peut passer de la liste noire à la liste grise ou à la liste « normale » des juridictions sans problème grave. En février 2020, à cause de la pandémie Covid 19, le GAFI suspend la revue des deux seuls pays sur la liste noire, Iran et Corée du Nord. En juin 2021, le GAFI annonce une révision de la liste grise : le Ghana en est sorti mais quatre nouvelles juridictions, Haïti, Malte, les Philippines et le Sud Soudan s'ajoutent aux dix-huit autres déjà incluses : l'Albanie, la Barbade, le Botswana, le Burkina Faso, le Cambodge, les îles Caïman, la Jamaïque, l'île Maurice, le Maroc, le Myanmar, le Nicaragua, le Pakistan, Panama, le Sénégal, la Syrie, l'Ouganda, le Yémen et le Zimbabwe.

La notation des pays peut avoir des conséquences négatives car les institutions financières des États membres sont encouragées à limiter leurs activités avec les juridictions à risque élevé et les autorités de supervision nationales peuvent mettre en place des mesures de sanctions comme

---

<sup>119</sup> Voir la liste sur [https://www.fatf-gafi.org/fr/publications/methodesettendances/?hf=10&b=70&s=asc\(fatf\\_releasedate\)](https://www.fatf-gafi.org/fr/publications/methodesettendances/?hf=10&b=70&s=asc(fatf_releasedate)).

c'est le cas concernant l'Iran ou la Corée du Nord. Les banques privées, soumises à des contrôles réglementaires de plus en plus stricts, limitent ou ferment les comptes de correspondants qui ont leur siège ou sont actifs dans les pays sur les listes noire ou grise. Ainsi un reproche parfois fait au GAFI est la « débancarisation » en ce sens qu'il rend plus difficile l'obtention de services bancaires par les ONG ou des pays traversant des crises qui justement en ont le plus besoin.

571. Une autre critique parfois entendue dans les milieux professionnels de la *compliance* est que l'établissement des listes noire et grise peut être l'objet de discussions plus ou moins transparentes et donner lieu à des pressions politiques, notamment de la part de « grandes puissances » qui cherchent à promouvoir leurs intérêts. On peut par exemple être surpris de la présence du Maroc sur la liste grise alors que l'Algérie n'y figure pas. Un autre problème est le rôle de certaines juridictions membres, comme la Russie (membre depuis 2003) ou la Chine (membre depuis 2007) qui sont souvent désignées par d'autres organisations comme Transparency International comme des foyers de corruption<sup>120</sup>. Le mandat relativement court (deux ans) de la présidence rend plus difficile la conduite de réformes de fond et certains reprochent au GAFI son caractère bureaucratique.

### **C. Les organisations internationales dans la lutte contre le blanchiment et la corruption**

572. À l'instar du GAFI, plusieurs autres organisations supranationales étendent leurs compétences à la lutte contre le blanchiment et la corruption. Les réformes se font souvent avec l'appui actif des délégués américains qui présentent à leurs collègues des *blueprints* (plans d'architecte) préparés avec l'appui de leur administration d'origine ou des *think tanks* (groupes de réflexion) réunissant experts et universitaires américains. Pour notre propos, la plus importante de ces organisations spécialisées est l'OCDE et nous lui consacrons plus loin un sous-chapitre. Il convient toutefois de noter le rôle constructif dans la lutte contre la corruption de plusieurs entités supranationales où les États-Unis exercent, directement ou indirectement, une certaine influence. Parmi ces institutions, certaines sont de type public, d'autres de nature privée.

---

<sup>120</sup> Depuis au moins avril 2022, à la suite de l'invasion de l'Ukraine, la participation de la Russie aux décisions du GAFI a été limitée. Voir <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Ukraine-june-2022.html>

## 1. Les organisations supranationales de type public : Interpol et l'ONU

Historiquement, ces deux organisations supranationales ont eu un rôle précurseur dans la lutte contre la corruption transnationale.

### a. Interpol

573. Interpol, dont le nom complet est « Organisation internationale de police criminelle », est une organisation intergouvernementale qui regroupe 194 pays membres<sup>121</sup>. Elle a été établie en 1923 et les États-Unis sont un de ses vingt membres fondateurs<sup>122</sup>, bien qu'à l'époque le pays n'ait pas fait partie de la SDN. Le rôle premier d'Interpol est d'être une plateforme de coopération entre les services de police des États membres. Ainsi elle gère un système de communications sécurisées nommé I-24/7 qui permet des échanges confidentiels entre services de police et un secrétariat central. Chaque pays membre désigne sur son territoire un Bureau national qui fait fonction de liaison avec le reste de l'organisation. Le renseignement, le dépistage, l'arrestation des criminels et le démantèlement des organisations qu'ils contrôlent sont les objectifs d'Interpol qui a aussi développé des programmes de formations spécialisées et des groupes de travail axés sur le dépistage et la répression de certaines typologies de criminalité, notamment la corruption, les crimes financiers (y compris le blanchiment et la fraude fiscale), la contrefaçon, les crimes culturels (y compris le trafic d'antiquités), les cybercrimes, les trafics de stupéfiants, d'armes, de personnes, de véhicules ; la criminalité maritime (piraterie) et les divers aspects du crime en bande organisée<sup>123</sup>. L'article 3 des statuts d'Interpol précise que « toute activité ou intervention dans des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial est rigoureusement interdite à l'Organisation<sup>124</sup>. » Cette clause permet aux États-Unis comme aux autres États membres de ne pas participer ou refuser de coopérer à certaines activités, en particulier des poursuites contre des dirigeants de certains pays. Ces positions peuvent d'ailleurs évoluer, ainsi, dans un premier temps, Manuel Noriega, président du Panama mais aussi trafiquant de drogues, était « protégé » par les Américains jusqu'à ce que ceux-ci le renversent et le fassent arrêter puis juger et incarcérer aux États-Unis.

---

<sup>121</sup> Voir site <https://www.interpol.int/fr/Qui-nous-sommes/Qu-est-ce-qu-INTERPOL>.

<sup>122</sup> Voir site <https://www.interpol.int/en/Who-we-are/Legal-framework/Membership-of-INTERPOL>.

<sup>123</sup> Voir site, rubrique « infractions », <https://www.interpol.int/fr>.

<sup>124</sup> Voir site <https://www.interpol.int/fr/Qui-nous-sommes/Cadre-juridique/Documents-juridiques>.

Le secrétariat d'Interpol, basé à Lyon en France, a un simple rôle de coordination et les agents d'Interpol n'ont pas de pouvoirs d'arrestation ou de perquisition bien qu'ils puissent assister à de tels actes s'ils y sont invités par les agents des polices criminelles ou judiciaires des États membres. Des notices signalant des criminels sont publiées par le Secrétariat général à la demande d'un Bureau central national et sont portées à la connaissance de tous les pays membres. Ainsi la base juridique d'une « notice rouge » d'Interpol est un mandat d'arrêt ou une ordonnance judiciaire émis par les autorités judiciaires d'un pays membre et peut être considérée comme une demande valable d'arrestation provisoire aux polices des autres États membres mais la notice en tant que telle n'a pas la valeur juridique d'un mandat d'arrêt. Comme le précise le DOJ<sup>125</sup>, les États-Unis se réservent le droit, à leur appréciation, de donner suite ou non aux notices d'Interpol mais, en pratique, coopèrent la plupart du temps. Interpol peut aussi déployer des groupes d'intervention rapide composés d'agents détachés par différents États, dont les États-Unis, mais ces équipes ne sont activées et n'interviennent sur un territoire donné qu'à la demande expresse du pays hôte.

Ainsi la participation active mais au cas par cas des États-Unis aux activités d'Interpol renforce l'efficacité de l'organisation sans porter atteinte à la souveraineté juridique du pays.

#### b. L'ONU et ses agences spécialisées

574. Depuis sa fondation en 1945, l'ONU est la plus globale des organisations internationales avec ses agences et programmes rattachés qui forment le « système onusien »<sup>126</sup>. Elle compte, au 31 décembre 2021, 193 États membres. Les États-Unis sont à la fois le principal inspirateur lors de la création de l'institution dont le siège est à New York, et un des cinq États (avec la Chine, la France, le Royaume Uni et la Russie) qui dispose d'un siège permanent au Conseil de sécurité, ce qui revient à avoir un droit de veto sur toute activité qui pourrait être considérée comme préjudiciable aux intérêts américains. Les États-Unis sont aussi le premier pays finançant les activités des Nations Unies et de ses organismes rattachés<sup>127</sup>. La contribution américaine en 2019

---

<sup>125</sup> « *The United States does not consider a Red Notice alone to be a sufficient basis for the arrest of a subject because it does not meet the requirements for arrest under the 4th Amendment to the Constitution. Instead, the United States treats a foreign-issued Red Notice only as a formalized request by the issuing law enforcement authority to "be on the look-out" for the fugitive in question, and to advise if they are located.* »

<https://www.justice.gov/interpol-washington/frequently-asked-questions>.

<sup>126</sup> Voir <https://www.un.org/fr/about-us>.

<sup>127</sup> Voir Schendruk, Amanda et Rosenthal, Zachary, *Funding the United Nations: What Impact Do U.S. Contributions Have on UN Agencies and Programs?* Council of Foreign Relations, 4 août 2021 :



était d'environ 11 milliards de dollars, soit un cinquième du budget global<sup>128</sup>. Lorsqu'on considère le financement de certaines activités spécifiques, comme les opérations de maintien de la paix, la position américaine est encore plus prépondérante : 27,8 % du budget 2020/21<sup>129</sup>. Cette position leur confère une influence qui s'exerce tant au niveau global de l'ONU que de ses organismes affiliés. Lorsqu'une entité ou un groupe au sein des Nations Unies adopte des positions que les États-Unis considèrent injustes, ils peuvent prendre des mesures de rétorsion. À titre d'exemple, pour certains présidents républicains, la reconnaissance politique de la Palestine constituait une « ligne rouge ». Ainsi l'appui financier américain à l'Agence pour les réfugiés palestiniens, UNWRA<sup>130</sup>, oscille selon les administrations en place à Washington. Les États-Unis se sont retirés deux fois de l'UNESCO<sup>131</sup>, la branche culturelle de l'ONU, de 1984 à 2002 puis en 2019. Ces retraits ont des conséquences financières : en 2019 les États-Unis ont une dette de plus de \$600 millions envers l'UNESCO<sup>132</sup>. En ce qui concerne l'Organisation Mondiale de la Santé, OMS, en avril 2020 le président Trump annonce le retrait de son pays qui cessera de financer cette organisation pour protester contre sa mauvaise gestion de la pandémie du Covid et son « manque d'indépendance alarmant à l'égard de la Chine.<sup>133</sup> » Cette décision est cependant annulée en janvier 2021 par l'administration Biden qui nomme un de ses principaux experts comme représentant à l'OMS<sup>134</sup>.

---

<https://www.cfr.org/article/funding-united-nations-what-impact-do-us-contributions-have-un-agencies-and-programs>.

<sup>128</sup> À titre de comparaison la contribution de la Chine était de \$ 1,7 milliards.

<sup>129</sup> Le budget officiel de l'ONU pour le maintien de la paix énumère les dix principaux contributeurs : « 1. *United States* (27.89%), 2. *China* (15.21%), 3. *Japan* (8.56%), 4. *Germany* (6.09%), 5. *United Kingdom* (5.79%), 6. *France* (5.61%), 7. *Italy* (3.30%), 8. *Russian Federation* (3.04%), 9. *Canada* (2.73%), 10. *Republic of Korea* (2.26%). », *United Nations Peacekeeping*, <https://peacekeeping.un.org/en/how-we-are-funded>.

<sup>130</sup> *United Nations Relief and Works Agency for Palestinian Refugees in the Near East* dont le budget provient principalement de contributions volontaires des Etats membres de l'ONU. Voir <https://www.unrwa.org/>.

<sup>131</sup> En 1984 à la suite d'une décision du président Reagan protestant contre la reconnaissance de sites historiques soviétiques et en 2019 sur une décision du président Trump contre la reconnaissance d'un site historique à Hébron comme palestinien ce qui a aussi provoqué le départ d'Israël de l'organisation.

Voir <https://www.archpaper.com/2019/01/united-states-withdraws-from-unesco-again/>

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Selon le Congressional Research Service, note R46575 du 21 octobre 2020 : « *In April 2020, President Trump announced that the United States would halt funding to WHO, and in May 2020 he declared that the United States would "terminate" its relationship with the organization. The Administration maintained that WHO mismanaged its response to the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) pandemic and expressed strong concern regarding WHO's "alarming lack of independence" from China. In July 2020, Secretary of State Mike Pompeo notified the U.N. Secretary-General of the U.S. decision to withdraw from the organization, which under the terms of a joint resolution adopted by Congress in 1948 (P.L. 80-643; 62 Stat. 441), would take effect on July 6, 2021.* Voir : <https://sgp.fas.org/crs/row/R46575.pdf>.

<sup>134</sup> Voir Morales, Christine, « *Biden restores ties with the World Health Organization that were cut by Trump* », *New York Times* du 22 janvier 2021. <https://www.nytimes.com/2021/01/20/world/biden-restores-who-ties.html>.

L'ONU, de par sa charte et de par la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* qui y est annexée,<sup>135</sup> a une vocation universelle. C'est à la fois un forum où les représentants de divers pays peuvent débattre et élaborer des plans d'actions communs et un organisme coordinateur des activités de diverses agences ou programmes spécialisés. Il est donc naturellement dans sa vocation de se préoccuper de la corruption transnationale. Cependant la nécessité de lutter contre la corruption transnationale ne devient un objectif clairement énoncé que plus d'un demi-siècle après la création de l'institution. C'est un des objectifs d'une agence spécialisée créée en 1997 et basée à Vienne (Autriche), l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *UNODC*<sup>136</sup>, selon l'acronyme en anglais<sup>137</sup>.

575. La création de cette agence est davantage le résultat d'initiatives européennes et tiers mondialistes que d'une volonté américaine. Comme son nom l'indique, sa première vocation est de lutter contre le trafic de stupéfiants, puis à partir de 2001 des réseaux terroristes et du crime organisé transnational. Elle publie de nombreuses études et organise des campagnes de sensibilisation, divers colloques et symposiums et offre des programmes de soutien, principalement à des États dont les revenus par habitant sont faibles. Cependant son efficacité et la probité de certains membres sont parfois discutées, d'autant plus que l'organisation compterait jusqu'à deux mille employés, vingt et un bureaux régionaux et des bureaux de liaison à Bruxelles et New York et dépense annuellement autour de sept cents millions de dollars<sup>138</sup>.

Selon le site de l'organisation : « L'ONUDC travaille directement avec les gouvernements, les organisations internationales, les autres organes des Nations Unies et la société civile pour développer et mettre en œuvre des programmes répondant aux besoins des pays et des régions<sup>139</sup> ». Pour mettre ses initiatives à exécution, l'organisation dépend des contributions volontaires, principalement émanant des gouvernements, pour plus de 90 % de son budget. Ainsi 56 programmes et projets sont gérés grâce à des ressources qui proviennent non seulement des États membres de l'ONU mais de diverses ONG. Les engagements financiers des donateurs sont généralement destinés à des projets spécifiques. Selon le rapport annuel de 2020, les principaux

---

<sup>135</sup> Voir *La Charte des Nations Unies*, <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter>.

<sup>136</sup> Voir le site de l'ONUDC <https://www.unodc.org/unodc/fr/about-unodc/index.html>.

<sup>137</sup> À l'origine le nom de l'agence était le Bureau des Nations Unies pour le contrôle des drogues et la prévention du crime (*Office for Drug Control and Crime Prevention*) ; le nom actuel date de 2002.

<sup>138</sup> Les chiffres cités proviennent de Wikipedia.

[https://en.wikipedia.org/wiki/United\\_Nations\\_Office\\_on\\_Drugs\\_and\\_Crime#cite\\_note-UN\\_BPP\\_20162017-9](https://en.wikipedia.org/wiki/United_Nations_Office_on_Drugs_and_Crime#cite_note-UN_BPP_20162017-9).

<sup>139</sup> Voir le site de l'ONUDC *ibid*.

pays qui contribuent volontairement au fonds spécial commun (*trust fund*) de l'organisation pour la période 2010-2020 sont, par ordre décroissant, la Belgique (\$2,3 milliards), la Suède (1,1 milliard) et l'Italie (1 milliard)<sup>140</sup>. L'organisation est ainsi principalement soutenue par les Européens alors que les Américains expriment, sans trop de vigueur, leur soutien diplomatique et restent peu engagés financièrement. Le soutien américain à l'agence n'est pas sans réserve et des ONG, telle Amnesty International, reprochent à l'organisation une attitude trop tolérante vis-à-vis de pays ne respectant pas les droits de l'Homme comme l'Iran ou la Chine<sup>141</sup>. Elle est aussi critiquée en juin 2012 lorsqu'une réunion plénière débouche sur une polémique quand le vice-président iranien, Mohammad Reza Rahimi, tient des propos ouvertement antisémites<sup>142</sup>. On reproche également à l'agence le rôle qu'y a joué jusqu'en juillet 2021 un de ses représentants et dirigeants régionaux, Ali Bin Fetais Al-Marri, ancien ministre de la Justice du Qatar, lui-même soupçonné de corruption<sup>143</sup>.

576. Une contribution importante de l'ONU à la lutte contre la corruption transnationale est la *convention de Merida*. Toutes les activités de l'agence sont juridiquement justifiées par la mise en place des traités internationaux qu'elle élabore, puis ouvre à la signature des États. Elle gère le processus de ratification et les mécanismes d'application ; c'est le cas de trois conventions sur le trafic de drogues, du *Protocole sur la prévention, suppression et punition du trafic de personnes*<sup>144</sup> ou du *Protocole contre la fabrication illicite et le trafic d'armes à feu*<sup>145</sup>. L'instrument

<sup>140</sup> Les États-Unis ne figurent pas dans la liste des contributeurs au trust ; la contribution française est de \$395 361. Voir sur le site de l'ONUDC, Annual Report 2020 « *UN Member States contributing to the Trust Fund* », <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Human-Trafficking-Fund/UNVTF-AR2020-WEB.pdf>.

<sup>141</sup> Voir Amnesty International Public Statement, 26 June 2021, « *World Drugs Day: UNODC must integrate ending drug-related executions in its work* », <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/07/ACT5043472021ENGLISH.pdf>.

<sup>142</sup> Il accuse en particulier « les Sionistes » de fomenter le trafic international de stupéfiants. Voir le *New York Times* du 26 juin 2012, « *Iran's Vice President Makes Anti-Semitic Speech at Forum* » <https://www.nytimes.com/2012/06/27/world/middleeast/irans-vice-president-rahimi-makes-anti-semitic-speech.html?>

<sup>143</sup> Voir *Le Point*, « Le Qatar se débarrasse de son compromettant procureur général : Ali bin Fetais al-Marri, procureur en poste depuis 2002, vient d'être très discrètement débarqué. Il fait l'objet de multiples plaintes internationales ». Article de Ian Hamel publié le 23 juillet 2021, [https://www.lepoint.fr/monde/le-qatar-se-debarrasse-de-son-compromettant-procureur-general-23-07-2021-2436543\\_24.php](https://www.lepoint.fr/monde/le-qatar-se-debarrasse-de-son-compromettant-procureur-general-23-07-2021-2436543_24.php).

<sup>144</sup> *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children* signé en 2000 et entré en vigueur en 2003.

<sup>145</sup> *Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms* signé en 2001 et entré en vigueur en 2005.

juridique concernant la corruption est la *Convention des Nations Unies contre la corruption*<sup>146</sup> adoptée par la résolution 58/4 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 31 octobre 2003 et ouverte à ratification lors de la conférence qui se tient à Merida, Mexique, deux mois plus tard. Ainsi la convention est formellement signée le 9 décembre 2003 et entre en vigueur le 14 décembre 2005.

L'originalité de la *Convention de Merida* est sa portée universelle. Au 11 août 2021, 188 États y sont parties<sup>147</sup>. La Syrie et la Corée du Nord sont les rares pays à ne pas avoir accepté ou ratifié la convention. Cependant l'avancement de sa mise en œuvre varie considérablement d'un pays à l'autre et certains États, dont les États-Unis, ont émis des réserves lors du processus de ratification. Les principes, définitions et mécanismes mis en place par la convention sont très proches de ceux déjà institués dès 1999 par la convention de l'OCDE à laquelle elle fait référence. Tout en insistant sur la souveraineté des États membres, la *convention de Merida* recommande que ceux-ci coopèrent dans la récupération des biens mal acquis et la compensation des victimes<sup>148</sup>.

Le système onusien de lutte contre la corruption est cependant critiqué pour son manque d'efficacité : les pratiques de certains pays signataires sont clairement en contradiction avec les principes de la convention et il n'existe pas de système de sanctions effectif. Comme dans le cadre de l'OCDE, un système d'évaluation mutuelle est mis en place en 2010 mais, une décennie plus tard, plus de la moitié des États parties refuse l'accès des enquêteurs aux informations ou la publication des résultats des évaluations<sup>149</sup>. Ainsi le système onusien de lutte contre la corruption apparaît, du point de vue américain, comme une liste de vœux pieux et le comportement de certains membres nuit à sa réputation et donc à son efficacité.

---

<sup>146</sup> Voir Nations Unies, Office contre la drogue et le crime, *Convention des Nations Unies contre la corruption*, [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/unca\\_c\\_french.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/unca_c_french.pdf).

<sup>147</sup> UNDOC, Signature and Ratification Status: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>.

<sup>148</sup> Articles 54 à 59 de la *Convention de Merida*.

<sup>149</sup> Seuls 82 États permettent un accès complet d'après Davis, Kevin, E. "Between Impunity and Imperialism, The regulation of Transnational Bribery", p. 49.

## 2. Les organisations supranationales professionnelles qui contribuent à la lutte contre la corruption

577. Il existe de nombreuses organisations internationales impliquées, plus ou moins directement, dans la lutte contre la corruption. Cette approche correspond bien à la tradition américaine déjà notée par Tocqueville où des associations civiques privées viennent épauler et façonner l'action des pouvoirs publics. Sans prétendre être exhaustifs, nous examinerons brièvement le rôle joué par des organisations actives aux États-Unis et internationalement de type professionnel, puis celles d'inspiration civique, étant entendu que la distinction entre catégories peut être poreuse. Certaines de ces organisations peuvent jouer un rôle discret, peu connu du grand public, et les experts américains ou formés aux États-Unis y exercent souvent une influence diffuse mais réelle.

Parmi les organisations à caractère professionnel nous retiendrons :

578. L'International Bar Association, IBA, établie à New York en 1947, se veut « la voix globale des professions juridiques.<sup>150</sup> » Elle regroupe plus de 80 000 adhérents qui sont eux-mêmes membres de 190 barreaux officiels ou équivalents dans le monde. Elle a aussi mis en place des accords de partenariat avec une quinzaine d'organismes internationaux dont la Banque Mondiale, la Commission Européenne, le Parlement européen, le GAFI, l'ONUDC et Unidroit<sup>151</sup>. Grâce à ses adhérents, l'association influence le développement des systèmes juridiques et en propose l'harmonisation. Elle agit à travers des discussions et colloques regroupant avocats, magistrats et universitaires. Elle soumet des suggestions, souvent sous forme de rapports techniques, auprès des organismes publics nationaux et internationaux. Par exemple le comité anticorruption de l'IBA a préparé et soumis au groupe de travail sur la corruption de l'OCDE un rapport sur les méthodologies d'approche par les risques adaptées aux PME<sup>152</sup> et un autre sur l'évolution vers des standards globaux en matière d'accord de résolution concernant les crimes liés à la corruption<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> *The global voice of the legal profession* selon le portail de l'organisation <https://www.ibanet.org/About-the-IBA>.

<sup>151</sup> Unidroit, ou Institut International pour l'unification du droit privé, est une organisation intergouvernementale regroupant 63 États membres.

<sup>152</sup> *Report for Submission to OECD Risk Assessment Toolkit for SMEs* ; publié en 2021  
<https://www.ibanet.org/document?id=Anticorruption-riskassessmenttoolkit-SMEs-2021doc>.

<sup>153</sup> *Report on Structured Settlements for Corruption Offences: Towards Global Standards*; publié en 2018.  
<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=96D929FB-57EC-46B3-8A80-2A3522C812B4>.

579. Le Groupe Wolfsberg<sup>154</sup>, association non gouvernementale qui regroupe les experts en compliance de treize banques internationales<sup>155</sup>, dont quatre américaines, a pour but de formuler des principes qui permettent aux banques privées de mettre en place les recommandations du GAFI et autres agences supranationales tout en protégeant leurs intérêts et ceux de leurs clients. À l'origine, en 1999, l'idée d'une association entre banques internationales actives dans la « banque privée », c'est-à-dire la gestion des avoirs de personnes fortunées, naît à la suite d'une audition tumultueuse du président de Citigroup, John Reed, devant un comité du Sénat américain où la banque est accusée de protéger la fortune d'individus douteux. Reed consulte alors des spécialistes en compliance, dont les experts de Transparency International, qui suggèrent la création d'un groupe réunissant plusieurs banques de différentes juridictions afin de suivre tous les développements de la régulation au plan mondial et de formuler des principes qui permettent à chaque participant de créer pour ses employés des politiques à mettre en place pour respecter les nouvelles normes. La première réunion plénière du groupe a lieu en 2000 au centre de formation d'UBS au château de Wolfsberg en Suisse. Le groupe élabore ainsi des modèles de codes de bonnes pratiques, procédures (*policies and procedures*) ainsi que des questionnaires types de banque privée et pour les relations entre correspondants bancaires. Ces documents servent de lignes directrices dans le cadre des procédures de vigilance (*due diligence diligence*). Ils peuvent être revus et corrigés en fonction de l'évolution de la réglementation et deviennent ainsi des normes suivies dans l'industrie bancaire et respectées par les régulateurs. L'association est organisée en groupes de travail et publie régulièrement des guides techniques<sup>156</sup>; elle joue un rôle de liaison entre les banques et les régulateurs financiers.

580. Le Groupe Egmont<sup>157</sup> fondé en 1995, regroupe les dirigeants des cellules de renseignement financiers (CRF)<sup>158</sup> de 167 pays<sup>159</sup>. Son nom provient du palais à Bruxelles où se réunissaient initialement les chefs de CRF après la création de ces cellules par chaque État partie du GAFI. C'est essentiellement une plateforme de coopération technique transnationale entre spécialistes de

<sup>154</sup> Voir <https://www.wolfsberg-principles.com/>.

<sup>155</sup> Bank of America, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan Chase, MUFG, Banco Santander, Société Générale, Standard Chartered, UBS.

<sup>156</sup> Par exemple sur la définition et traitement des PPE (personnes politiquement exposées) ou les obligations et procédures pour déterminer l'origine du patrimoine de clients fortunés.

<sup>157</sup> Voir <https://egmontgroup.org/en>.

<sup>158</sup> Connues sous l'acronyme anglais de "FIU" pour *Financial Intelligence Unit*.

<sup>159</sup> D'après le portail de l'organisation consulté le 20 septembre 2021.

la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. L'adhésion au groupe a progressivement été élargie à des États non signataires du GAFI mais qui en acceptent les principes généraux. La structure du Groupe s'est également étoffée : des comités régionaux et des groupes de travail sont mis en place ainsi qu'un système d'échanges sécurisé, le Egmont Secure Web. Enfin un secrétariat permanent est établi à Montréal depuis 2007. L'organisation programme annuellement des sessions plénières et des programmes spécialisés de formation. Elle permet des échanges plus ou moins informels avec des représentants de juridictions parfois considérées comme des paradis fiscaux ; par exemple Andorre, les îles Vierges britanniques (BVI), les îles Caïman, Cuba, Curaçao, Gibraltar, Guernesey, Jersey, le Lichtenstein, Macao, Monaco, Saint Kitts & Nevis, Saint Marin, la Syrie ou le Vatican ont chacun au moins un représentant désigné auprès du Groupe Egmont.

581. L'Association Internationale des Procureurs, AIP ou, selon l'acronyme anglais IAP, (*International Association of Prosecutors*) a été établie en 1995 pour répondre à la croissance rapide de la criminalité transnationale<sup>160</sup> ; en 2021 elle regroupe plus de 350 000 procureurs ou équivalents exerçant leurs fonctions dans 183 pays ou territoires<sup>161</sup> ; son secrétariat permanent est à La Haye, Pays-Bas. Son groupe francophone est connu sous le sigle AIPP<sup>162</sup> (Association Internationale de Procureurs et Poursuivants) et a repris l'héritage de l'Association Internationale de Droit Pénal fondée à Paris en 1924, connue pour sa publication, la *Revue internationale de droit pénal*. L'AIP est un organisme indépendant non gouvernemental et apolitique mais dont la philosophie est inspirée par le droit anglo-saxon : il s'emploie à protéger l'indépendance fonctionnelle des procureurs, établir et renforcer leurs standards de conduite et d'éthique partout dans le monde ; à promouvoir l'état de droit, la loyauté, l'impartialité et le respect des droits de l'Homme. Ses objectifs sont aussi de faciliter les ententes judiciaires et d'améliorer la coopération internationale<sup>163</sup>. Il prône une plus grande efficacité en matière d'entraide judiciaire et de suivi. Il publie régulièrement des protocoles d'entente et des normes professionnelles et organise des conférences annuelles et des formations regroupant les participants de divers pays.

---

<sup>160</sup> D'après le portail français de l'organisation consulté le 20 septembre 2021, <http://www.penal.org/fr/association-internationale-des-procureurs>.

<sup>161</sup> Portail IAP en anglais consulté le 20 septembre 2021, <https://www.iap-association.org/Membership>.

<sup>162</sup> Voir [https://www.iap-association.org/getattachment/About/IAP-Brochure\\_May-2018\\_FR.pdf.aspx](https://www.iap-association.org/getattachment/About/IAP-Brochure_May-2018_FR.pdf.aspx).

<sup>163</sup> D'après le portail IAP en anglais consulté le 20 septembre 2021.

582. L'ACAMS (*Association of Certified Anti Money laundering Specialists*), est une institution professionnelle et d'enseignement à statut privé créée aux États-Unis en 2002, principalement pour former des spécialistes en LAB FT. Elle emploie une équipe de 275 personnes et compte en 2022 plus de 90 000 membres certifiés dans 175 pays ou territoires<sup>164</sup>. Elle offre différents niveaux ou spécialités de formation qui sont certifiés par un système de contrôle rigoureux, si bien qu'une certification CAMS est considérée comme un sésame pour les personnes qui désirent poursuivre une carrière dans le domaine de la LAB FT. Elle joue un rôle pionnier dans l'enseignement à distance ou par internet et est organisée en une cinquantaine de chapitres régionaux, dont un à Paris. ACAMS travaille en étroite collaboration avec les institutions financières (ses programmes sont éligibles au titre des obligations de formation continue), certaines universités (privées ou publiques) et les autorités de supervision financière et bancaire américaines et étrangères dont les représentants sont régulièrement invités à s'exprimer au cours de conférences ou webinaires. Beaucoup des cadres actuels des cellules de renseignement financiers des pays anglophones, et accessoirement d'autres, ont eu une formation ACAMS. L'organisation édite deux revues professionnelles, publie des livres blancs et organise annuellement au moins deux conférences où se retrouvent spécialistes LAB FT, régulateurs et universitaires. En 2016, le groupe privé américain Adtalem Global Education, spécialisé dans l'enseignement privé et dont les titres sont cotés sur le NYSE, prend le contrôle d'ACAMS mais revend sa position en mars 2022 au groupe français Wendel<sup>165</sup>.

583. Les entités que nous avons décrites ci-dessus forment une sorte de « nébuleuse mondiale de la compliance. » On pourrait y ajouter d'autres organisations internationales de nature professionnelle ou quasi intergouvernementales, comme IOSCO ou OICV selon son acronyme français pour Organisation Internationale des Commissions de Valeurs ; l'IIB (*Institute of International Bankers*) et l'IFAC, *International Federation of Accountants*, dont l'Ordre des

<sup>164</sup> Voir le portail principal d'ACAMS <https://www.acams.org/en> ou en français : <https://www.acams.org/fr>.

<sup>165</sup> Selon le communiqué de presse du 11 mars 2022 : « Wendel finalise l'acquisition d'ACAMS (*Association of Certified Anti-Money Laundering Specialists*), la plus grande organisation au monde dédiée à la lutte contre la criminalité financière... ACAMS est une organisation performante, permettant in fine de lutter efficacement contre des activités criminelles comme le financement du terrorisme, le trafic humain ainsi que d'autres atteintes aux droits fondamentaux, à l'environnement et à la biodiversité et est ainsi en totale adéquation avec les valeurs ESG du groupe Wendel. Cet investissement s'inscrit dans la feuille de route 2021-24 de Wendel, et son objectif annoncé d'accélérer le redéploiement de capital vers des sociétés à plus forte croissance. »

Voir : <https://www.globenewswire.com/news-release/2022/03/11/2401539/0/fr/WENDEL-Wendel-finalise-l-acquisition-d-ACAMS-Association-of-Certified-Anti-Money-Laundering-Specialists-la-plus-grande-organisation-au-monde-d%C3%A9di%C3%A9e-%C3%A0-la-lutte-contre-la-criminalit%C3%A9.html>



experts-comptables est membre fondateur. La culture juridique anglo-saxonne prédomine dans ces institutions. Toutes s'intéressent aux questions liées à la lutte contre la corruption transnationale et y consacrent des groupes d'études dont les rapports sont transmis aux pouvoirs publics nationaux et internationaux. Certes ces organismes défendent aussi les intérêts de leurs membres et exercent leur influence sur les régulateurs. Ces derniers doivent aussi tenir compte du rôle croissant des ONG.

### 3. La montée en puissance des ONG

584. Le concept juridique d'organisation non gouvernementale (ONG ou en anglais NGO pour *Non-Governmental Organization*) aurait son origine en Angleterre. Selon l'Université de Londres, il y avait plus d'un millier d'ONG, ou *charities*, actives dans le monde anglo-saxon en 1914<sup>166</sup>. Une des plus anciennes, encore très active, est le Comité international de la Croix Rouge qui remonte à 1863<sup>167</sup>. Une ONG est habituellement caractérisée par trois éléments : (a) une personnalité juridique de droit privé, (b) un objet social non lucratif, et (c) des privilèges fiscaux.

Le terme ONG risque de prêter à confusion car ces entités peuvent être, au moins partiellement, financées par l'État ou ses émanations, qui peuvent aussi déléguer certaines fonctions ou accorder des facilités matérielles comme l'usage de locaux à titre gracieux. Des représentants de l'État peuvent aussi participer à la direction ou supervision des associations. Généralement les ONG, à condition d'être dûment enregistrées auprès des services fiscaux<sup>168</sup>, sont exemptes d'impôts directs sur leurs activités et les versements effectués par des personnes physiques ou morales à ces organisations sont déductibles, dans certaines limites, de l'assiette de leurs obligations fiscales. Le concept d'ONG s'intègre bien dans la tradition historique, juridique et fiscale américaine.

Durant l'ère progressiste des États-Unis, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, de nombreux Américains fortunés, à commencer par Andrew Carnegie, créent des fondations qui leur permettent à la fois de promouvoir les causes sociales qui leur sont chères et de maximiser l'utilisation de leur richesse

---

<sup>166</sup> D'après les informations sur le portail *Non -Governmental Organizations* consulté le 21 septembre 2021: <http://ngos.org/what-is-an-ngo/>.

<sup>167</sup> Voir portail : Who we are | International Committee of the Red Cross (icrc.org).

<sup>168</sup> L'IRS aux États-Unis. Une section entière du code des impôts (Section 501(c)3) précise les conditions et limites des exemptions fiscales.

dont, ainsi, une partie échappe à l'impôt. À partir des années 1940, alors que l'impôt sur le revenu touche un nombre grandissant de contribuables et que les États-Unis assument des responsabilités plus importantes à travers le monde durant et après la Seconde Guerre mondiale, les ONG américaines prennent une dimension internationale et organisent des campagnes de levée de fonds (*fund raising*) plus systématiques auprès d'un plus large public. Une réforme fiscale, le *Tax Reform Act* de 1969, encourage et facilite l'usage des levées de fonds. Le *non for profit sector* se développe alors rapidement et acquiert une influence politique marquante<sup>169</sup>.

585. Le rôle des ONG est encore renforcé au XXI<sup>e</sup> siècle avec le développement de l'internet qui permet d'informer à peu de frais un vaste public et facilite les levées de fonds. Participent notamment à cet essor les plateformes de communication comme Twitter ou Facebook, les programmes de ristournes lancés par de grands distributeurs (Amazon, Target, Walton) ou encore les systèmes électroniques de paiement (Visa, American Express). La confiance du public s'explique aussi par les exigences de transparence : pour avoir droit au statut 501(c)3, le fisc américain, l'IRS, exige que les bénéficiaires publient des états financiers détaillés facilement accessibles en ligne. D'après la revue *Forbes*, l'ensemble des entités à but non lucratif aux États-Unis auraient levé \$450 milliards en 2019,<sup>170</sup> montant qui a sans doute diminué les deux années suivantes à cause de la pandémie mais qui reste impressionnant. Bien que les objectifs de la majorité des ONG soient de répondre à des besoins sociaux, culturels ou religieux locaux, régionaux ou nationaux, certaines affichent leur volonté d'avoir une action transnationale. Ainsi la Fondation Bill et Melinda Gates est dédiée à l'éradication de fléaux tels que la pauvreté, la maladie et les inégalités partout dans le monde<sup>171</sup>. Au 31 décembre 2020, elle emploie 1 736 personnes à temps complet plus des centaines de stagiaires et de volontaires travaillant sur des projets spécifiques. Au cours de l'année 2020, elle a financé à hauteur de \$5,8 milliards, la plupart du temps en partenariat avec des services sociaux ou de santé nationaux, 2 136 projets et 41 programmes stratégiques (en particulier pour l'éradication de diverses maladies comme la malaria par des campagnes de vaccination) dans 130 pays mais principalement dans ceux à faibles

---

<sup>169</sup> En 1976 le Congrès approuve une loi qui permet à une fédération des associations à but non lucratif, la *Coalition of Concerned Charities*, d'allouer jusqu'à un million de dollars par an au lobbying et financement de campagnes électorales.

<sup>170</sup> Barrett, William P., « 2020 American Top Charities », publié par *Forbes* le 11 décembre 2020 <https://www.forbes.com/lists/top-charities/#48e58aa25f50>.

<sup>171</sup> Voir le site <https://www.gatesfoundation.org/>.

revenus<sup>172</sup>. Elle encourage aussi d'autres donateurs privés et est le principal partenaire non étatique de l'OMS. En réponse à la pandémie du Covid, elle a investi \$ 1,75 milliard pour la recherche ainsi que pour l'achat et la distribution de vaccins ce qui a permis, grâce au programme Gavi, son partenariat avec l'OMS, la vaccination de centaines de millions de personnes<sup>173</sup>.

586. La lutte contre la corruption est logiquement une préoccupation de nombreuses ONG. Au cours des trois dernières décennies, elles ont été un des facteurs des transformations politiques et sociologiques radicales comme la fin de l'apartheid en Afrique du Sud, le renversement de dictatures dans les pays auparavant communistes<sup>174</sup> ou les campagnes pour l'égalité des droits et contre la discrimination<sup>175</sup>. Certaines ONG naissent en France et se développent internationalement comme Médecins sans frontières, MSF, ou ATTAC (Association pour la taxation des transactions financières et l'action citoyenne). Au cours de la dernière décennie, leur rôle a évolué : alors qu'elles organisaient des manifestations en marge et en protestation d'événements internationaux comme les réunions du FMI, ou les sommets G7, G8 ou G20, les ONG se sont lancées dans la promotion de leurs propres événements où elles invitent parfois les autorités officielles. Beaucoup d'ONG incluent des clauses anticorruption dans leurs chartes, certaines y consacrent une attention particulière. Nous examinerons ainsi les rôles joués par le Forum de Davos, Transparency International, le *Tax Justice Network* (TJN) et le Consortium International des Journalistes d'Investigation (ICIJ : *International Consortium of Investigative Journalists*).

587. Le Forum économique mondial, souvent appelé Forum de Davos, est établi en 1971 par Klaus Schwab, alors professeur d'économie à l'université de Genève qui invite 450 chefs d'entreprise et universitaires européens et américains à se retrouver pour le premier *European Management Symposium* organisé à Davos sous le patronage de la Commission Européenne. Son objectif initial est de familiariser les cadres européens avec les méthodes de management américaines. L'année suivante, le président du Luxembourg est le premier chef d'État à prendre la

---

<sup>172</sup> Voir le rapport annuel 2020, <https://www.gatesfoundation.org/about/financials/annual-reports/annual-report-2020>.

<sup>173</sup> Voir Bill & Melinda Gates Foundation, COVID-19, *Perspectives on the global response to the 2019 novel coronavirus*, <https://www.gatesfoundation.org/ideas/campaigns/covid-19>.

<sup>174</sup> On pense aux œuvres financées par le financier George Soros à travers son projet de *Open Society* (Société Ouverte).

<sup>175</sup> Voir les exemples cités sur le portail de Harvard Law School, *International Public Interest Law Practice Setting: Nongovernmental Organizations (NGOs)*, <https://hls.harvard.edu/dept/opia/what-is-public-interest-law/public-service-practice-settings/public-international-law/nongovernmental-organizations-ngos/>.

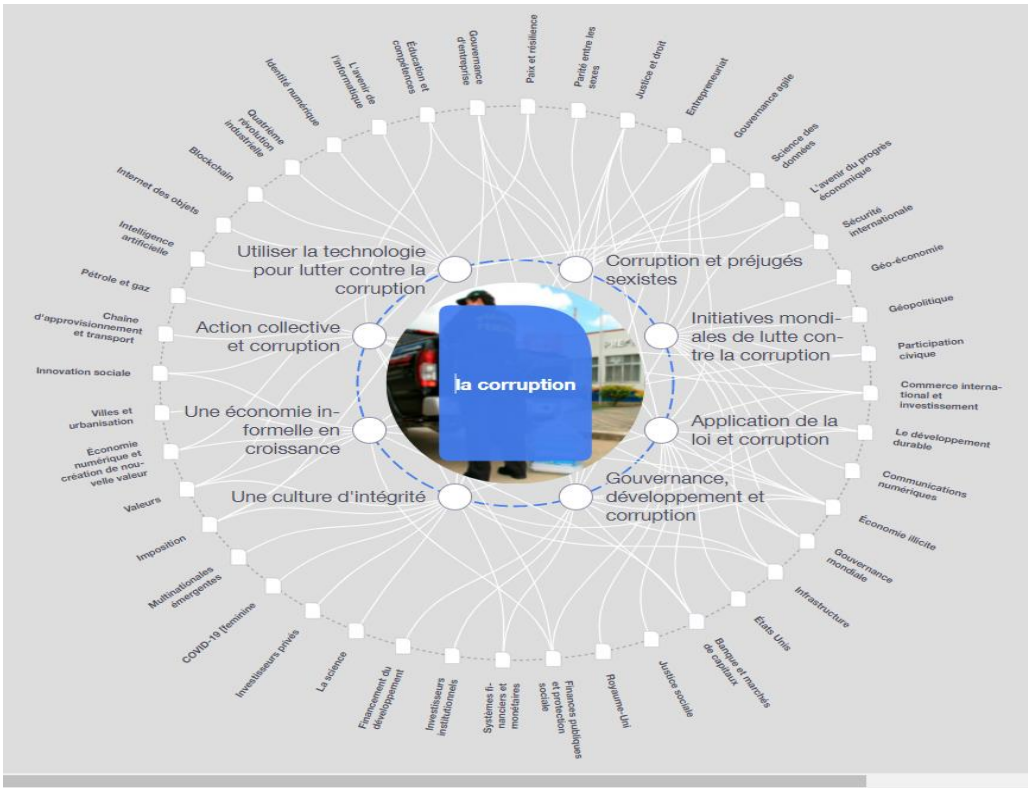
parole au symposium qui reçoit une large couverture médiatique. La formule est un succès. Depuis lors, l'événement est organisé annuellement en janvier et la participation entrepreneuriale et politique s'internationalise si bien que le nom de l'événement devient à partir de 1987 le *World Economic Forum* (WEF). Il se transforme en lieu de rencontre « informel » entre dirigeants politiques de bords opposés comme en atteste la rencontre en 1992 entre Frederik de Klerk et Nelson Mandela qui contribuera à la fin de l'apartheid en Afrique du Sud. L'originalité du Forum est qu'il permet la réunion, dans des groupes d'études ou ateliers (*panels*), de représentants du monde des affaires (qui payent des droits de participation ou *fees* substantiels<sup>176</sup>) avec des dirigeants politiques de très haut rang qui, eux, sont invités. Le Forum se transforme ainsi en un système de réseautage (*networking*) de premier plan et les revenus générés permettent le financement d'études et autres projets de prospective. Le Forum développe une cellule d'Intelligence stratégique (*Strategic Intelligence*) qui annonce une « quatrième révolution industrielle », analyse les évolutions globales en cours et tente de proposer des approches permettant de faire face le plus efficacement possible aux différents défis mondiaux. Le Forum établit ainsi des « cartes globales de gouvernance » interactives qui suggèrent pour différents problèmes des « feuilles de route » montrant comment les questions sont reliées et appellent donc des réponses transnationales et holistiques. Voici par exemple la carte concernant la corruption<sup>177</sup> :

---

<sup>176</sup> Plus de \$600 000 pour une entreprise ayant le statut de « partenaire stratégique ».

<sup>177</sup> Voir <https://intelligence.weforum.org/topics/a1Gb0000000LiPSEA0?tab=publications>.

Figure 28 – Carte de la corruption selon le World Economic Forum<sup>178</sup>



Certains reprochent à cette approche, à la fois globaliste et utopiste, son manque d'utilité pratique et son aspect gadget ; elle permet néanmoins d'établir des *check lists* (listes de contrôle) d'éléments à prendre en compte et de préciser des points de départ pour des discussions plus approfondies.

588. Le Forum de 2020 réunit plus de 3 000 personnes dont 674 Américains<sup>179</sup>, contre 120 Français. Ursula van der Leyen (Commission Européenne), Christine Lagarde (BCE), Kriestalina Georgieva (FMI) ainsi que 53 chefs d'État ou de gouvernement, dont Donald Trump, y participent. Le thème du symposium est *Stakeholders for a Cohesive and Sustainable World*<sup>180</sup> qu'on pourrait traduire par « Participants unis pour un monde cohérent et viable à long terme. » Dans les discussions de groupes ou ateliers, le sujet de la corruption transnationale est souvent évoqué.

<sup>178</sup> <https://intelligence.weforum.org/topics/a1Gb0000000LiPSEA0?tab=publications>; consulte le 13 fevrier 2023.

<sup>179</sup> Voir Statista, Armstrong Martin, *Who's going to Davos?* publié le 20 janvier 2020, <https://www.statista.com/chart/7609/most-attendees-at-davos/>.

180 Voir World Economic Forum, *Stakeholders for a Cohesive and Sustainable World*,  
<https://www.weforum.org/agenda/2020/01/davos-2020-who-is-coming-and-everything-you-need-to-know/>.

Ainsi au cours d'une réunion<sup>181</sup>, la présidente de Transparency International souligne la nécessité de critères et procédures internationaux communs. La session plénière qui devait se tenir à Davos en janvier 2021 a été annulée en raison de la pandémie mais des sessions en ligne sont organisées, Emmanuel Macron a participé à l'une d'elles.<sup>182</sup> Le WEF reste très actif sur les réseaux sociaux et en termes de publications. Des réunions régionales périodiques sont maintenues et des rapports élaborés par des groupes de travail sur des thèmes d'actualité comme la santé publique (*Global Health Initiative*), l'éducation (*Global Education Initiative*), la protection de l'environnement, la nutrition ou l'égalité entre les sexes.

Un groupe de travail spécifique sur la corruption, le PACI pour *Partnership Against Corruption Initiative*, est mis en place dès 2004 avec un agenda (*Agenda for Business Integrity*) autour de quatre thèmes : l'engagement éthique et l'intégrité au-delà de la conformité ; la culture d'entreprise et les incitations à la formation continue et l'amélioration des standards ; l'utilisation de nouvelles technologies pour réduire la portée (*scope*) de la corruption ; le soutien aux actions collectives. Le groupe forme un conseil (*Global Future Council on Transparency and Anti-corruption*) de 18 personnes piloté par la présidente de Transparency International. Ses membres sont des universitaires, des responsables de *compliance* dans des grandes firmes ou des banques de développement, des juristes et des experts-comptables (principalement américains). D'après ses rapports disponibles en ligne<sup>183</sup>, le groupe reprend des éléments ou idées d'autres institutions et présente des synthèses mais peu de pensées originales.

589. Le Forum de Davos développe une théorie du *Stakeholder Capitalism* (Capitalisme des parties prenantes) selon laquelle une remise à jour (*reset*) fondamentale du système de gouvernance du monde, et du capitalisme en particulier, est nécessaire pour surmonter les grands défis du XXI<sup>e</sup> siècle. Ces idées sont développées dans un livre écrit par Klaus Schwab, fondateur du Forum de Davos, et Thierry Milleret qui en a été le directeur. C'est à la fois un ouvrage de futurologie et un programme (pas toujours précis) d'actions à entreprendre. Les auteurs prônent une société plus ouverte et démocratique tout en expliquant les avantages mais aussi les dangers des technologies modernes comme l'intelligence artificielle qui facilite la surveillance dans les

---

<sup>181</sup> Disponible sur Youtube, [https://www.youtube.com/watch?v=DDt\\_8CCvBQU](https://www.youtube.com/watch?v=DDt_8CCvBQU).

<sup>182</sup> Le 26 janvier 2021. Voir la vidéo publiée par le WEF, <https://www.youtube.com/watch?v=4lCjE8OBZ7M>.

<sup>183</sup> Voir par exemple WEF, août 2018, "*The Future of Trust and Integrity*" [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_47529\\_The\\_Future\\_of\\_Trust\\_and\\_Integrity\\_report\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_47529_The_Future_of_Trust_and_Integrity_report_2018.pdf).

États policiers. Les auteurs prônent un « monde plus inclusif, plus équitable et plus respectueux de Mère Nature<sup>184</sup> », une diminution du souverainisme et des structures de gouvernance transnationales (comme l'OMS) plus à même d'élaborer des réponses collectives. Leur ouvrage, lancé avec tout le support médiatique du WEF, a suscité des polémiques<sup>185</sup>.

590. Le Forum est l'objet de controverses. Il a l'image d'un « club de riches<sup>186</sup> » élitiste, même si certains activistes comme Jose Bové, Greta Thunberg ou Micah White sont invités à s'y exprimer. D'autres lui reprochent d'être devenu le chantre d'un capitalisme à l'américaine, mondialiste mais de bon aloi, modéré par des mises en garde réelles mais limitées à la pandémie et au climat. Selon l'ancien ministre français et commissaire européen Pierre Moscovici, le symposium est pour les responsables politiques et économiques qui souhaitent cultiver leur image, voir et être vus, une sorte d'exercice de *speed dating*<sup>187</sup>. Si les rapports publiés manquent parfois de profondeur, le succès de relations publiques et le pouvoir d'influence du WEF sont certains, comme l'attestent le nombre et la qualité des participants qu'il réussit à mobiliser année après année. En ce qui concerne la lutte contre la corruption, le Forum de Davos est devenu la plateforme où sont exposés les travaux et les idées d'une autre ONG : Transparency International.

591. Transparency International, TI, est une organisation établie en 1993 à Berlin. Sa « mission est d'arrêter la corruption et de promouvoir la transparence, la responsabilité et l'intégrité à tous les niveaux et à travers tous les secteurs de la société. [Sa] vision est celle d'un monde où les gouvernements, la politique, les entreprises, la société civile et la vie quotidienne des personnes sont libérés de la corruption. <sup>188</sup> »

---

<sup>184</sup> « *More inclusive, more equitable and more respectful of Mother Nature* », Covid 19 : The Great Reset: Avant-propos. Disponible à <http://reparti.free.fr/schwab2020.pdf>.

<sup>185</sup> Voir l'article de William Audureau, paru dans *Le Monde* du 10 février 2021, « Qu'est-ce que *The Great Reset*, un livre devenu théorie du complot ? Le dernier livre du fondateur du Forum économique mondial, Klaus Schwab, et de son ancien directeur suscite fantasmes et diabolisation. Son contenu diffère pourtant des thèses qu'on lui prête. » [https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2021/02/10/qu-est-ce-que-the-great-reset-un-livre-devenu-theorie-du-complot\\_6069491\\_4355770.html](https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2021/02/10/qu-est-ce-que-the-great-reset-un-livre-devenu-theorie-du-complot_6069491_4355770.html).

<sup>186</sup> Voir End, Aurelia, « Davos : comment le Forum économique mondial cherche à gommer son image de "club des riches" », *La Tribune* du 20 janvier 2020, <https://www.latribune.fr/economie/international/pour-gommer-son-image-de-club-des-riches-davos-invite-greta-thunberg-et-micah-white-occupy-wall-street-837567.html>.

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> Selon le portail de l'organisation : « *Our mission is to stop corruption and promote transparency, accountability and integrity at all levels and across all sectors of society. Our vision is a world in which government, politics, business, civil society and the daily lives of people are free of corruption* ». Voir : <https://www.transparency.org/en/about#>.

Le principal fondateur et premier président de l'organisation est Peter Eigen<sup>189</sup>, économiste allemand et ancien directeur de la Banque Mondiale qui a été responsable de ses projets en Afrique et Amérique latine. Ses idées sont très proches de celles défendues par James Wolfensohn auprès des organismes de financement supranationaux. Eigen est d'ailleurs entouré d'une équipe d'anciens cadres pour beaucoup passés par la Banque Mondiale, comme Frank Vogl, mais aussi d'un ancien membre des services de renseignements américains, Michael J. Hirschman, d'un avocat néozélandais, Jeremy Pope, qui sera premier ministre de son pays de 2008 à 2012. Parmi les fondateurs ou experts, se trouvent des économistes de pays en voie de développement, souvent formés dans les universités américaines, comme Oby Ezekwesili qui occupera différents postes de haut rang au Nigeria et à la Banque Mondiale, ou John Gilhongo, ancien expert-comptable et journaliste qui dénonce les compromissions de différents gouvernements de son pays natal, le Kenya. Dès sa création, l'organisation a donc une envergure internationale. Elle adopte une définition large mais claire de la corruption qui semble inspirée de celle du FCPA américain. Est considéré comme corruption tout « abus d'un pouvoir de nature publique pour un gain de nature privée.<sup>190</sup> » La corruption est ainsi un concept plus vaste que les pots-de-vin et englobe le blanchiment, la fraude, la concussion, l'extorsion, le détournement de fonds publics, l'abus de biens publics ou sociaux, le népotisme, le trucage de marchés publics, le recel, les prises illégales d'intérêts, le favoritisme, les manquements à la gouvernance et à l'éthique. Dans son approche, contrairement par exemple au FCPA, Transparency International inclut les formes de corruption politique : financement illégal de campagnes électorales ou de partis politiques, clientélisme, ententes illicites, rétrocessions sur marchés publics, les « faveurs » à des responsables politiques et parlementaires ou à des membres de leurs familles. Transparency publie même un lexique de la corruption<sup>191</sup>. L'organisation reconnaît que la corruption prend des formes variées et qu'elle est influencée par des facteurs culturels locaux. C'est pour cette raison qu'elle est représentée par 110 sections nationales dans le monde qui ont une large autonomie quant aux actions et campagnes qu'elles souhaitent entreprendre. Ainsi la section française, qui est dûment enregistrée comme agent de lobbying, est particulièrement active sur des projets de réformes législatives : les moyens

---

<sup>189</sup> Jusqu'en 2005 lorsque Huguette Labelle, universitaire canadienne et spécialiste des questions de développement et enseignement lui succède.

<sup>190</sup> « *We define corruption as the abuse of entrusted power for private gain.* » Portail Transparency International, What is Corruption ? <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>.

<sup>191</sup> Voir *Transparency International, Corruptionnary A-Z*: <https://www.transparency.org/en/corruptionary#M>, ou la version française sur Transparency International France, Lexique: <https://carto.transparency-france.org/lexicon>.



et l'indépendance de la justice, le financement de la vie politique et les conflits d'intérêts, le cumul des mandats ainsi que la protection des lanceurs d'alerte et les procédures concernant les biens mal acquis. Elle se porte partie civile dans plusieurs affaires de corruption, dont le cas Teodorin Obiang,<sup>192</sup> ce qui lui vaut une certaine notoriété. Ses experts sont régulièrement auditionnés par les institutions nationales, européennes et internationales. Les trois derniers présidents de la section française sont d'anciens hauts fonctionnaires : Daniel Lebègue, ancien Directeur du Trésor ; Marc André Feffer, Conseiller d'État, et Patrick Lefas, Conseiller à la Cour des comptes. Les rapports et travaux de la section (dont une cartographie de la corruption en France<sup>193</sup>) contribuent au développement des connaissances et d'instruments de lutte contre la corruption.

592. Le sérieux des travaux de Transparency International est démontré par la qualité de ses rapports sur des sujets techniques précis, comme les mécanismes de protection des lanceurs d'alerte ou la création de registres permettant d'identifier les bénéficiaires effectifs de sociétés écran établies dans des paradis fiscaux. Ces documents sont souvent rédigés en coopération avec des universitaires ou experts professionnels et servent de base à des discussions au sein de groupes de travail à l'ONU, au GAFI ou à l'OCDE. L'organisation est aussi réputée pour la publication annuelle de trois indices qui retiennent l'attention non seulement des médias et du public mais aussi d'experts en compliance et évaluation des risques pays :

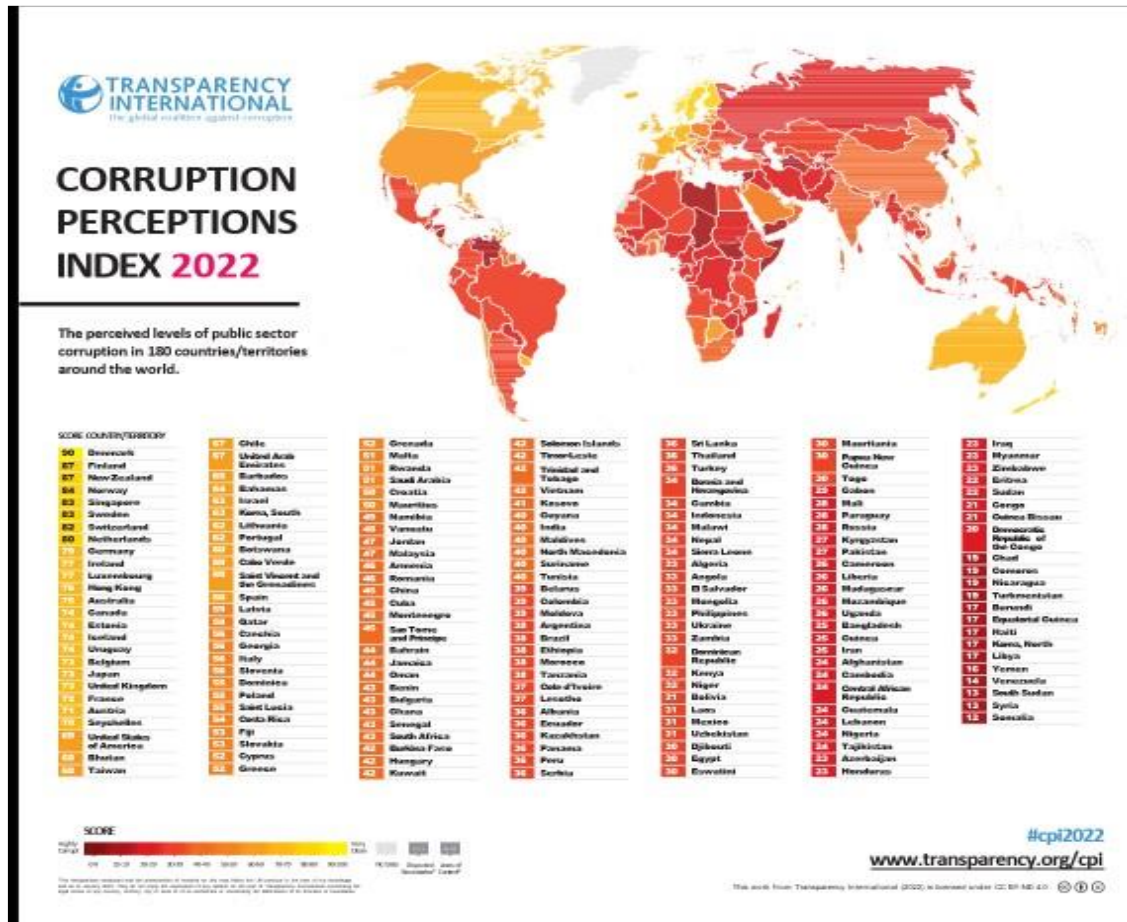
- L'indice de perception de la corruption (*Corruption Perception Index*), publié depuis 1995, est un « indice d'indices » qui quantifie les risques perçus d'exposition à la corruption pour 180 pays. TI s'efforce de rester constant dans l'utilisation des sources de données qui proviennent exclusivement de personnes du secteur privé ou d'experts qualifiés. Seules sont retenues les bases de données qui sont régulièrement actualisées et couvrent un échantillon représentatif de pays. Chaque indice est lui-même le résultat de réponses de personnes qualifiées à des questionnaires détaillés. Les statisticiens de TI établissent un score sur 100 pour chaque pays. Pour 2022, le résultat final va de 90 pour le pays le moins corrompu (Danemark) à 12 pour celui qui présente le risque le plus élevé (Somalie). Un rapport détaillé avec une carte interactive est publié sur le portail de l'organisation.

---

<sup>192</sup> Fils du président de Guinée orientale dont les biens en France sont confisqués à la suite d'une procédure de justice qui aura duré 14 ans.

<sup>193</sup> Voir : <https://carto.transparency-france.org/home>.

Figure 29 - Cartographie de la perception de la corruption en 2022  
selon Transparency International<sup>194</sup>



Cet index est l'objet de controverses, en particulier de la part de représentants de pays dont le score est déclinant ou faible. Comme son nom l'indique, il retrace les perceptions et non les faits de corruption. Comme c'est un indice d'indices, il y a un décalage dans le temps entre le moment de perception et celui de la publication qui peut être de deux voire trois ans<sup>195</sup>. Même si les questionnaires sont établis aussi scientifiquement que possible, il y a nécessairement une part de subjectivité dans le choix des répondants et les réponses de ceux-ci. Néanmoins le mérite de l'index est de permettre non seulement des comparaisons pays par pays mais aussi de déceler des tendances sur plusieurs années. Ainsi dans ses commentaires pour 2020, TI note qu'un des effets

<sup>194</sup> Voir : <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>.

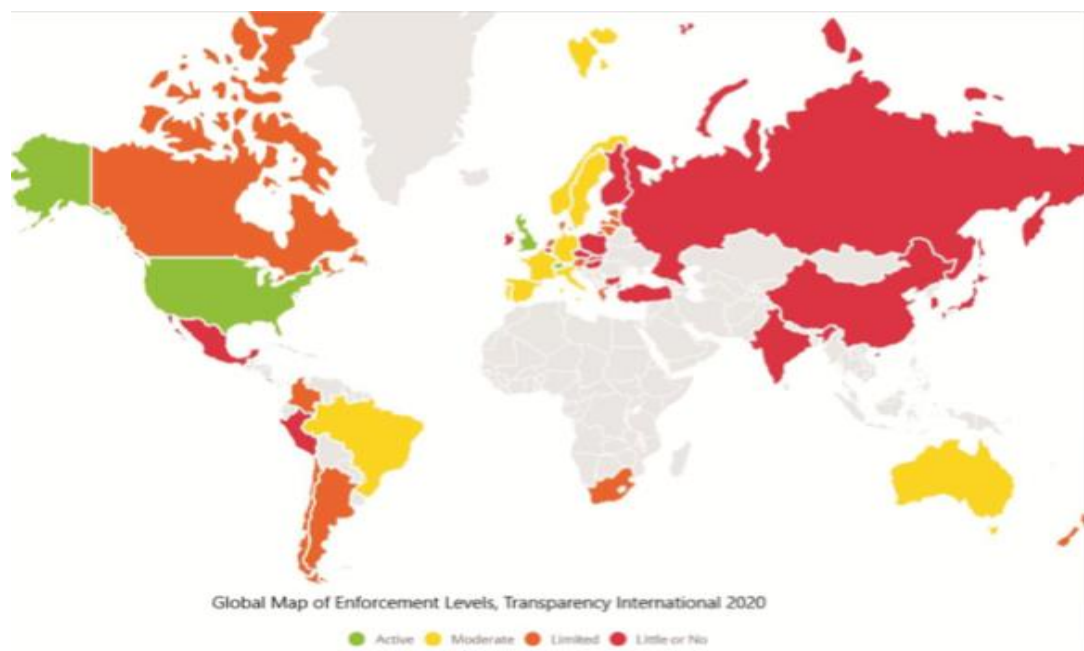
<sup>195</sup> Par exemple l'indice CPI 2020, publié en 2021, est calculé à partir d'indices primaires qui remontent à 2018, 2019 et 2020.

de la pandémie du Covid a été d'accroître la corruption<sup>196</sup>. Le commentaire sur l'indice pour 2022 note que « la lutte contre la corruption dans le monde reste en grande partie un échec : 95% des pays n'ont fait que de faibles, voire inexistantes, progrès depuis 2017. »

TI produit aussi deux autres instruments destinés à mesurer les niveaux de corruption :

- Le baromètre mondial de la corruption (*Global Corruption Barometer*), lancé en 2003 et mis à jour périodiquement, est le résultat d'une série de sondages réalisés auprès de la population civile. Ils consistent à rassembler par pays des avis quant à la perception que la population (et non des spécialistes étrangers) a de la corruption au sein de son propre pays. Plus de 160 000 questionnaires sont ainsi distribués à travers le monde par des enquêteurs et les échantillons par pays vont de 1 000 à 4 000 personnes<sup>197</sup>. La portée scientifique du baromètre peut être débattue mais il révèle au minimum des tendances.

Figure 30 - Baromètre mondial de la corruption selon Transparency International<sup>198</sup>



<sup>196</sup> « L'indice [2020] brosse un tableau sombre de l'état de la corruption dans le monde.[...] La plupart des pays n'ont pas progressé dans la lutte contre la corruption en dix ans.[...] La corruption non seulement fragilise la réponse sanitaire mondiale à la Covid 19 mais elle contribue également à approfondir la crise démocratique en cours. » Source : <https://www.transparency.org/fr/news/cpi-2020-global-highlights>.

<sup>197</sup> Voir méthodologie sur le portail <https://images.transparencycdn.org/images/Methodology-Note-GCB-global-2017.pdf>.

<sup>198</sup> Baromètre 2020. Les pays les moins corrompus sont indiqués en vert ; les plus corrompus en rouge.

- Le rapport sur la corruption des pays exportateurs (*Exporting Corruption 2022*)<sup>199</sup>, publié en octobre 2022, étudie les pratiques des États membres de l'OCDE ainsi que de la Chine, de l'Inde et de Singapour durant la période de 2018 à 2021. Il estime que le niveau d'enforcement des mesures contre la corruption pratiquée par les exportateurs est au plus bas depuis 2009, l'année où TI a commencé à mesurer scientifiquement les phénomènes de corruption liés aux exportations. Selon le rapport, seuls deux pays, la Suisse et les États-Unis ont en place des systèmes de répression de la corruption efficaces (*effective enforcement*). Deux pays qui avaient été classés dans cette catégorie en 2020, le Royaume Uni et Israël, ont été rétrogradés parmi les pays considérés avoir un système d'enforcement moyen (*moderate enforcement*) qui comprend également l'Australie, la France, l'Allemagne, la Lettonie et la Norvège. Dix-huit pays ont des mécanismes d'enforcement limités (*limited enforcement*)<sup>200</sup>. Vingt pays (représentant près de 40% des exportations mondiales) sont considérés comme poursuivant peu ou pas du tout la corruption (*little or no enforcement*).<sup>201</sup> Au plan global, le rapport note que malgré quelques progrès institutionnels (comme en France), la pandémie de la Covid et la guerre en Ukraine ont conduit à une augmentation substantielle des risques de corruption.

593. Depuis au moins une décennie, Transparency est devenu une sorte de référence dans le domaine de la recherche sur la corruption. Lorsqu'une banque ou une entreprise établit sa propre cartographie des risques et décide donc du choix des clients ou des fournisseurs avec lesquels elle souhaite travailler, il est fréquent qu'elle utilise les indices de Transparency comme base de référence. Cela lui permettra aussi de justifier ses choix auprès des superviseurs. Les nombreux rapports de TI sont étudiés aussi bien par les universitaires, les régulateurs et les pouvoirs publics et affectent donc les choix de politique pris tant au niveau des États, des organismes internationaux et des entreprises.

594. Le Tax Justice Network (TJN, Réseau pour la justice fiscale) est fondé en 2003 par un groupe d'universitaires et militants britanniques appuyé par des syndicalistes et parlementaires travaillistes<sup>202</sup>. Son objectif est de promouvoir au niveau mondial un système d'imposition

<sup>199</sup> Voir <https://www.transparency.org/en/news/exporting-corruption-2022-top-trading-countries-foreign-bribery-enforcement-multinational-companies>

<sup>200</sup> Argentine, Autriche, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Estonie, Grèce, Italie, Pays bas, Nouvelle Zelande, Pérou, Portugal, Slovaquie, Afrique du Sud,

<sup>201</sup> Belgique, Bulgarie, Chine, République Tchèque, Danemark, Hong Kong, Hongrie, Finlande, Inde, Irlande, Japon, Lituanie, Luxembourg, Mexique, Pologne, Russie, Singapour, Slovaquie, Corée du Sud et Turquie

<sup>202</sup> Voir le portail : <https://www.taxjustice.net/>.

équitable. Ses positions sont souvent proches d'une autre ONG d'origine française établie en 1998, ATTAC<sup>203</sup>. Ces associations s'attaquent donc à la corruption principalement sous son aspect fiscal en prônant des systèmes d'imposition plus transparents et l'abolition des paradis fiscaux. Elles publient des études et recommandations communiquées aux médias et aux organes publics et organisent des webinaires et événements partout dans le monde. Un rapport de TJN<sup>204</sup> estime le montant de l'évasion fiscale au plan international à \$427 milliards par an à cause de montages fiscaux « optimisés » par les entreprises multinationales pour \$245 milliards et par des personnes fortunées pour \$182 milliards. La responsabilité en incombe principalement aux pays riches qui tolèrent des échappatoires (*loopholes*) dans leurs systèmes fiscaux et dont le manque de coordination permet la prolifération de paradis fiscaux<sup>205</sup>. TJN recommande une meilleure coordination entre les gouvernements afin de taxer équitablement les entreprises multinationales, un impôt sur la fortune et une convention des Nations Unies pour imposer un nouveau système fiscal car l'OCDE, organisation de pays « riches » n'a pas, selon TJN, la volonté politique d'imposer de vraies réformes<sup>206</sup>. Une organisation sœur, la *Global Alliance for Tax Justice* (GATJ) est créée en 2013 et sert d'organisme fédérateur pour des actions au niveau régional ou national. En Europe ces actions sont promues par *Tax Justice Europe* et se font surtout en partenariat avec des associations d'inspiration chrétienne<sup>207</sup>. Fondée par des universitaires, TJN publie deux indices calculés selon des méthodologies proches de celle de Transparency. Le *Corporate Tax Haven Index*<sup>208</sup>, ou indice des paradis fiscaux, et le *Financial Secrecy Index*.

Le *Corporate Tax Haven Index* est un classement de 70 juridictions dont les législations incitent à l'évasion fiscale. La méthodologie tient compte à la fois des caractéristiques du système fiscal (comme l'existence de comptes anonymes ou la tolérance pour des sociétés écran) et du volume des flux financiers qui transitent par la juridiction. Pour l'indice 2021, les dix premiers du classement sont les îles Vierges Britanniques, les îles Caïman, les Bermudes, les Pays-Bas, la Suisse, le Luxembourg, Hong Kong, Jersey, Singapour et les Émirats Arabes Unis. La France est

<sup>203</sup> Voir le portail : <https://www.attac.org/en>.

<sup>204</sup> Voir la version en français du rapport *Justice fiscale : état des lieux : 2020. La justice fiscale à l'ère du Covid 19*, [https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2020/11/The\\_State\\_of\\_Tax\\_Justice\\_2020\\_FRENCH.pdf](https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2020/11/The_State_of_Tax_Justice_2020_FRENCH.pdf).

<sup>205</sup> TJN, The State of Tax Justice, 2020, Key Findings: <https://www.taxjustice.net/reports/the-state-of-tax-justice-2020/>.

<sup>206</sup> *Ibid.* Il semble utopique qu'une convention des Nations Unies puisse imposer des réformes alors que la mise en œuvre du mécanisme de la *convention de Merida* piétine.

<sup>207</sup> Voir la liste sous la rubrique Tax Justice Europe : <https://www.globaltaxjustice.org/en/about-members>.

<sup>208</sup> Voir TJN, Corporate Tax Haven Index : <https://cthi.taxjustice.net/en/>.

classée 18<sup>e</sup>, juste avant la Chine (19<sup>e</sup>) alors que les États-Unis sont 25<sup>e</sup>. En tenant uniquement compte des critères juridiques, les territoires et dépendances du Royaume Uni sont clairement parmi les juridictions les plus laxistes<sup>209</sup>. Pour chaque État ou territoire cité, une centaine de critères sont considérés et le TJN présente un profil et une énumération des points faibles recensés.

Un autre indice, le *Financial Secrecy Index*<sup>210</sup>, ou indice d'opacité financière, couvre deux cents juridictions et mesure le niveau d'opacité du système financier pondéré par le volume de ses flux financiers. Selon ce classement, les juridictions qui offrent le plus d'opacité sont les îles Caïman, les États-Unis, la Suisse, Hong Kong, Singapour, le Luxembourg, le Japon, les Pays-Bas, les îles Vierges Britanniques et les Émirats Arabes Unis. Le manque d'informations sur certains États, soit très pauvres, soit dont les statistiques officielles ne mesurent pas de façon crédible les flux financiers extérieurs, nous semble remettre en cause l'utilité même de l'indice.

Le TJN a proposé des réformes qui ont été adoptées par le G20, comme les échanges automatiques d'informations fiscales entre pays, l'obligation de déclaration des bénéficiaires effectifs de sociétés écran ou fiducies et la création de registres publics d'actionnaires. On peut ne pas apprécier le militantisme gauchisant de l'organisation ainsi que le choix des critères utilisés dans le calcul des indices. Cependant, malgré des moyens limités (le budget annuel de TJN est de moins de deux millions de dollars), le réseau, en deux décennies, a établi sa réputation grâce à la qualité de ses études, à son utilisation astucieuse des moyens de communication modernes et au dévouement de ses militants. Le TJN est donc devenu un acteur écouté par les autorités et par le public dans la lutte contre la corruption transnationale.

595. Le Consortium international des journalistes d'investigation (ICIJ : *International Consortium of Investigative Journalists*)<sup>211</sup> est à la fois un organisme de coordination professionnelle et une ONG. Il a son origine dans un *think tank* basé à Washington, le *Center for Public Integrity*<sup>212</sup> fondé en 1989 sous l'impulsion du journaliste américain Chuck Lewis<sup>213</sup> qui travaillait alors sur la question de la corruption des compagnies de tabac, des fournisseurs de matériel militaire et des scandales liés à l'utilisation de l'amiante (*asbestos*). L'ICIJ est fondé

---

<sup>209</sup> En plus des territoires et dépendances déjà cités, la liste de TJN inclut les Bahamas, l'île Maurice, Guernesey, l'île de Man, Gibraltar, les îles turques et caïques, Anguilla et Montserrat.

<sup>210</sup> Voir TJN, *Financial Secrecy Index*, <https://fsi.taxjustice.net/en/introduction/introducing-the-fsi>.

<sup>211</sup> Voir le portail ICIJ, <https://www.icij.org/about/>.

<sup>212</sup> Voir le portail du Centre, <https://publicintegrity.org/inside-publici/aboutus/>.

<sup>213</sup> Voir le portail ICIJ, The ICIJ Story, <https://www.icij.org/about/icijs-story/>.

comme une institution détachée du Centre cité plus haut et acquiert un statut indépendant 501(c)3 en 2017, ce qui lui permet de recevoir des fonds du public pour financer ses activités. La réputation du consortium est établie, en particulier lorsqu'il obtient un prestigieux prix Pulitzer<sup>214</sup> pour ses reportages sur les *Panama Papers* qui dévoilent l'existence de sociétés écran établies à Panama pour abriter des fonds non déclarés et contrôlés par des hommes politiques du monde entier. Le Consortium regroupe 280 journalistes affiliés à des dizaines de journaux et médias dans le monde. Les membres sont cooptés et, lorsqu'un d'entre eux souhaite donner une plus grande notoriété à un sujet qu'il ou elle a étudié, l'information peut être confidentiellement partagée avec ses collègues, souvent dans d'autres pays. Le groupe coordonne alors d'éventuelles recherches complémentaires et la diffusion de l'information. Ainsi dans l'affaire des *Panama Papers*, l'information de départ, une cache de documents numériques, a été obtenue à la suite d'une fuite dont a eu vent un journaliste allemand employé au *Suddeutsche Zeitung*. Avec l'accord de sa rédaction, il informe confidentiellement le Consortium qui monte un groupe de médias dont *Le Monde*, *The Guardian*, la BBC, la *Nacion Argentina*, deux chaînes de radio allemandes et des journaux suisse et autrichien, ainsi que d'autres organismes de presse. Le groupe a pour mission de vérifier et de recouper les informations obtenues (à l'aide d'un logiciel spécialement développé), d'essayer d'obtenir des informations supplémentaires sur le sujet, puis de coordonner la présentation et la diffusion de l'ensemble des informations obtenues, en l'occurrence plus de onze millions de documents, prouvant l'existence de plus de 210 000 entités écran dont les statuts ont été préparés par le cabinet juridique Mossack Fonseca qui s'est chargé de les enregistrer dans différents paradis fiscaux<sup>215</sup>. Le montage sert à cacher les avoirs de plus de deux cents hommes politiques dont des chefs d'État ou de gouvernement<sup>216</sup> ainsi que des personnes fortunées, clientes de cabinets comptables ou banques de renom international qui les réfèrent au cabinet juridique panaméen. En mai 2016, le consortium de journalistes affiche publiquement une partie des informations sur son site alors que les médias du groupe présentent leurs analyses et commentaires au public, provoquant ainsi un scandale transnational. À la suite de ces révélations, beaucoup de

---

<sup>214</sup> Les prix Pulitzer sont décernés chaque année aux Etats Unis par un jury spécialisé pour honorer des journalistes ayant produit des articles exceptionnels.

<sup>215</sup> Plus de la moitié aux îles Vierges Britanniques.

<sup>216</sup> Voir le site du *Suddeutsche Zeitung*, « *About the Panama Papers* », <https://panamapapers.sueddeutsche.de/articles/56febff0a1bb8d3c3495adf4/>.  
On trouvera une liste des personnes visées sur le site Wikipedia sous la rubrique « *Panama Papers* », [https://en.wikipedia.org/wiki/Panama\\_Papers#Europe](https://en.wikipedia.org/wiki/Panama_Papers#Europe)

personnages politiques sont obligés de démissionner et à parfois restituer une partie de leurs biens mal acquis.

En plus des *Panama Papers*, l'ICIJ est impliqué dans la recherche et la révélation au public d'autres scandales qui touchent à la corruption comme les *Luxembourg Leaks*, les *Paradise Papers* (sur les paradis fiscaux), les *Implant Files* (sur les abus commis dans les activités médicales et pharmaceutiques), les *Luanda Leaks* (sur les fonds détournés par la fille de l'ancien président de l'Angola, dos Santos) et les *Real Estate Files* (sur les fonds illicites investis dans l'immobilier aux États-Unis). Ces dossiers aux noms colorés capturent l'attention du public, révèlent les montages fiscaux et des abus dont peuvent bénéficier les sociétés multinationales et les très riches; ils dénoncent le laxisme, si ce n'est la complicité, des pouvoirs publics.

Il est régulièrement reproché à l'ICIJ et ses journalistes d'obtenir leurs informations de manière illégale ou à partir de sources, douteuses comme Wikileaks, ou même protégées par la loi comme les déclarations de soupçon d'institutions financières (*suspicious activity report* ou SAR) adressées confidentiellement à la cellule de renseignement américaine, *FinCen*. Plusieurs journalistes affiliés au Consortium ont été entendus par le parlement européen ou le Congrès américain<sup>217</sup>. Certaines de ses recommandations, comme la création d'un registre public des bénéficiaires effectifs ont été retenues lors de l'élaboration de la loi anti-blanchiment américaine AMLA (*Anti Money Laundering Act*) votée en décembre 2020<sup>218</sup>. Il contribue donc au débat sur les régulations à mettre en place pour lutter efficacement contre la corruption transnationale.

596. Aucune des ONG que nous avons examinées, ATTAC, Consortium des Journalistes, Forum de Davos, Tax Justice Network et Transparency International<sup>219</sup> ne dispose de pouvoirs officiels pour lutter contre la corruption. Mais toutes ces organisations sont écoutées par le public (donc les électeurs), les parlementaires et les régulateurs eux-mêmes ; elles disposent d'un puissant pouvoir d'influence et peuvent donc être à l'origine de réformes ou de poursuites. Les budgets et les effectifs dont elles disposent sont très variables : le Forum de Davos a des ressources de dizaines de millions de dollars et des milliers d'employés alors que le budget opérationnel de TJN

---

<sup>217</sup> D'après un article de Jon Allsop publié le 22 décembre 2017, « *The quiet impact of the Paradise Papers* », *Columbia Journalism Review*, <https://www.cjr.org/watchdog/paradise-papers-icij-tax-havens.ph>.

<sup>218</sup> « *The new U.S. anti-corruption law, enacted in response to ICIJ revelations, establishes a government registry of company "beneficial" owners, a landmark reform that experts say was sorely needed and long overdue.* », ICIJ Annual Report 2020, p. 3.

<sup>219</sup> La liste n'est pas exhaustive.



est inférieur à deux millions de dollars mais ses actions reposent principalement sur le dévouement d'une équipe permanente d'une dizaine d'employés mais aussi sur des centaines de volontaires et de bénévoles.

Toutes les ONG citées ici se sont révélées particulièrement douées pour utiliser efficacement les moyens de communication internet qui permettent de toucher un très vaste public à peu de frais. Beaucoup d'ONG « pauvres » sont soutenues par des fondations américaines : par exemple la fondation *Open Society* lancée par Georges Soros et/ou la fondation *Ford* qui octroie des dons à Transparency, ATTAC, au TJN et au Consortium. Ces dons peuvent être conditionnels ou restreints à des projets spécifiques, ce qui confère un pouvoir de contrôle au donateur. Ces organisations peuvent avoir des tendances politiques différentes mais toutes proclament leur attachement à la démocratie et souscrivent à la nécessité de promouvoir le respect des valeurs individuelles et de l'état de droit.

597. Le cadre juridique actuel de la lutte contre la corruption est donc formé par des sources de différents niveaux. Les États nationaux votent les lois, édictent les règlements et ce sont leurs agents et tribunaux qui veillent à la mise en œuvre. Toutefois les textes de loi eux-mêmes sont souvent le résultat de règlements, de directives ou de recommandations émanant d'organisations supranationales. Ces dernières sont à leur tour influencées par l'opinion publique et l'action des ONG. Parfois les recommandations d'organes internationaux ou d'ONG peuvent être très spécifiques, par exemple en ce qui concerne les règles de vigilance du type KYC ou l'institution de registres de bénéficiaires effectifs. En cas de litige juridique, le juge et le superviseur, *volens nolens*, devront en tenir compte. Il se forme ainsi, à côté des mesures de droit « dur » que sont les lois et les règlements et qui ont valeur prescriptive, tout un corpus de droit « souple » qui englobe des recommandations, lignes directrices, voire simples conseils souvent de source privée, c'est-à-dire non gouvernementale. Dans ces conditions, il devient absurde de se fonder exclusivement sur un principe de souveraineté nationale pour asseoir une stratégie de lutte contre la corruption qui, par définition, doit avoir une portée transnationale pour être effective.

Selon ce nouveau paradigme, la nécessité d'un organisme supranational ayant un rôle fédérateur et coordonnateur, mais aussi des moyens adéquats, devient de plus en plus évidente. Cela exige, en plus de la confiance des gouvernants, des capacités humaines et techniques de

premier plan et une réputation d'objectivité qui garantit un minimum d'indépendance politique. Ce rôle tend à être assumé par l'OCDE.

### **Section 3 : L'OCDE établit l'étalon de la lutte contre la corruption transnationale**

598. L'OCDE trouve son origine dans l'Organisation Européenne de Coopération Économique (OECE) établie à Paris en 1948 pour coordonner et contrôler l'utilisation des fonds du plan Marshall et de l'aide canadienne accordés aux pays européens pour leur permettre de reconstruire leurs économies dévastées par la Seconde Guerre mondiale. L'idée d'une alliance transatlantique, conçue à l'origine pour combattre les progrès du communisme, est donc la pierre angulaire de sa philosophie et les États membres partagent à la fois une conception du modèle économique de type « capitaliste libéral » et la même conscience de leur interdépendance.

En 1961, alors que la phase de reconstruction se termine en Europe et qu'on est, avec les Trente Glorieuses, dans une période de croissance économique forte, l'organisation prend un tour plus global mais reste orientée sur sa mission économique en devenant l'Organisation de coopération pour le développement économique (OCDE). Son rôle principal est d'étudier les défis qui se posent au plan mondial et de proposer des solutions et des normes communes aux États membres afin d'assurer un développement économique global résilient, inclusif et durable et l'augmentation du bien-être de tous les habitants<sup>220</sup>. L'organisation devient ainsi en quelque sorte l'expert conseil d'entités supranationales comme le G7, le G20 ou les Nations Unies et contribue au lancement de programmes transnationaux particulièrement innovants dans différents domaines, y compris l'éducation. Son « Programme international pour le suivi des acquis des élèves » (PISA) est devenu un standard pour les éducateurs du monde entier. Lors de son sixième anniversaire, l'OCDE réaffirme son « objectif de façonner des politiques qui favorisent la prospérité, l'égalité des chances et le bien-être pour tous.<sup>221</sup> » Nous nous limiterons ici à une analyse de son action contre la corruption.

---

<sup>220</sup> D'après la rubrique « Bref historique » dans la plaquette *OCDE 60 ans : des politiques meilleures pour une vie meilleure*. Voir <https://www.oecd.org/60-ans/>.

<sup>221</sup> *Ibid.*

## A. L'OCDE et la convention contre la corruption

599. L'OCDE étant une organisation intergouvernementale, seuls les États souverains peuvent en devenir membres. Les États-Unis sont un des vingt membres fondateurs et le plus gros contributeur au budget de l'organisation<sup>222</sup>. Même si les références géographiques sont abandonnées en 1961, deux conditions sont nécessaires pour pouvoir devenir membre : (1) avoir un système de gouvernement démocratique, et (2) posséder un système d'économie de marché.

L'admission de nouveaux membres se fait par décision consensuelle du Conseil qui regroupe les ministres de l'Économie des pays membres ou leurs représentants. En pratique, les États-Unis peuvent écarter ou retarder toute candidature qui ne leur conviendrait pas. En 2021, l'OCDE compte 38 membres à part entière : aux vingt membres fondateurs sont venus s'ajouter des pays d'Amérique latine (Chili, Colombie, Costa Rica, Mexique), d'Europe de l'Est après la chute du communisme (Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Slovaquie, République Tchèque) et quelques autres pays considérés comme des démocraties occidentales (Australie, Corée du Sud, Israël, Japon, Nouvelle-Zélande). Un pays candidat doit faire preuve d'un minimum de stabilité économique et se soumettre à une enquête détaillée. L'appartenance à l'OCDE est considérée comme un élément positif par les agences de notation et confère donc un statut favorable en cas d'appel aux marchés financiers internationaux.

600. L'OCDE a aussi développé des partenariats avec des pays qui ne peuvent pas ou ne souhaitent pas être membres à part entière. Ces pays peuvent être impliqués dans des projets communs et ont un statut d'observateur. C'est le cas de l'Afrique du Sud, du Brésil, de la Chine et de l'Indonésie. Les discussions concernant l'éventuelle admission de la Russie sont suspendues depuis mars 2014 mais ce pays a participé aux travaux de plusieurs comités et groupes de travail<sup>223</sup>. Le point à retenir ici est que ni la Chine ni la Russie ne sont membres à part entière et que cette situation a pour conséquence de renforcer l'influence américaine.

601. L'OCDE emploie directement, sous l'autorité de son secrétaire général, environ 3 300 personnes : des économistes, des juristes, des scientifiques, des analystes, des sociologues, des experts du numérique, des statisticiens et des professionnels de la communication, entre

---

<sup>222</sup> La contribution des États-Unis au budget était de 20,5% en 2020.

<sup>223</sup> Voir *OECD and the Russian Federation*, <https://www.oecd.org/russia/oecd-and-the-russian-federation/>.

autres.<sup>224</sup> Elle peut aussi faire appel à des experts externes pour des missions ponctuelles. Le travail effectif s'accomplit au travers de plus de trois cents comités et groupes de travail. Ils couvrent la quasi-totalité des domaines de politique publique. Leur constitution, composition et cahiers des charges sont coordonnées par le secrétariat de l'organisation. Ils incluent habituellement non seulement les spécialistes de l'OCDE mais aussi des représentants des pays concernés, des experts et des universitaires. Chaque comité dispose d'une relative autonomie quant à sa composition et son agenda. Le travail des comités est technique : ils évaluent des données, peuvent effectuer ou demander des recherches additionnelles pour établir un diagnostic et proposer des solutions pouvant suggérer plusieurs options. Ils évaluent les succès ou les lacunes de politiques publiques et formulent des recommandations. Souvent ils abordent les mêmes thématiques que les portefeuilles ministériels des gouvernements, comme l'éducation, la finance, le commerce, l'environnement ou le développement, et se mettent en rapport avec des experts nationaux. Les participants aux réunions des comités viennent des pays membres et partenaires et représentent des organes publics, les milieux universitaires, les milieux d'affaires et la société civile. Chaque année, environ quarante mille personnes prennent part à ces réunions. Certaines discussions peuvent évoluer en négociations, grâce auxquelles les pays définissent les règles communes à l'échelle mondiale qu'ils suivront<sup>225</sup>. Cette approche scientifique, inclusive et coopérative est devenue la marque de l'institution. La qualité des travaux est attestée par le grand nombre de rapports produits et publiés (plus de 300 par an) et l'attention qu'ils reçoivent. Ils constituent le socle de décisions politiques prises au niveau du Conseil des ministres ou d'autres enceintes comme le G7 ou le G20 et peuvent aboutir à des accords internationaux introduisant des réformes structurelles.

602.L'OCDE et le GAFI ont la même adresse au palais de la Muette à Paris. Le portail du GAFI explique que « le GAFI et l'OCDE sont deux organisations distinctes bien que les États membres soient sensiblement les mêmes [...] Toutefois, le Secrétariat du GAFI [une dizaine de personnes] est situé administrativement au siège de l'OCDE. [...] De plus, le GAFI n'a jamais constitué une véritable organisation internationale. Nous sommes plutôt une force d'action (un détachement) [...] avec un but et des projets bien précis [...]»<sup>226</sup>. Dans le rapport annuel de l'OCDE, le GAFI

---

<sup>224</sup> Présentation OCDE, Le Secrétariat, <https://www.oecd.org/fr/apropos/structure/>.

<sup>225</sup> D'après OCDE, Structure organisationnelle, <https://www.oecd.org/fr/apropos/structure/>.

<sup>226</sup> Portail GAFI « Questions Générales »  
<https://www.fatf-gafi.org/fr/foireauxquestionsfaq/questionsgenerales/#d.fr.3119>.

semble être considéré simplement comme un groupe de travail parmi d'autres<sup>227</sup>. Pour l'OCDE, la lutte contre les crimes économiques tels que la corruption et la fraude fiscale, constitue une priorité<sup>228</sup>. Les principes de bonne gouvernance énoncés par l'organisation ainsi que, récemment, les études et propositions sur les bénéficiaires effectifs sont en lien direct avec le travail mené par le GAFI. L'OCDE examine très attentivement les relations pouvant exister entre la corruption et le blanchiment d'argent.

603. C'est en 1994 qu'est formé le groupe de travail sur la corruption. Auparavant, en 1989, les États-Unis proposent la création d'un groupe chargé d'étudier les paiements illicites. Celui-ci en fait aboutit à deux entités séparées mais ayant des rapports de coopération entre elles : d'une part le GAFI dont le champ d'étude est centré sur les paiements illégaux et donc le blanchiment ; et d'autre part un groupe d'étude de l'OCDE, d'abord présidé par son directeur juridique, plus axé sur la corruption. Ce groupe élabore et présente une recommandation au Conseil en 1994 qui non seulement est adoptée mais conduit à pérenniser le groupe qui prend alors le nom de Groupe de travail sur la corruption<sup>229</sup>. Un haut fonctionnaire du ministère de la Justice helvétique, Mark Pieth, qui avait aussi participé aux travaux initiaux du GAFI, est alors nommé président du Groupe<sup>230</sup>. Sa première mission est d'élaborer une convention internationale qui soit acceptable pour l'ensemble des États membres. Après trois ans de travaux et des discussions avec les services publics des États membres et en particulier des États-Unis, ce travail aboutit à la convention signée à Paris le 17 décembre 1997.

604. La *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*<sup>231</sup> est immédiatement signée par les représentants de 34 États (dont tous les 29 pays alors membres de l'OCDE plus 5)<sup>232</sup>. Après ratification par les États signataires, elle entre en vigueur le 15 février 1999. L'adhésion à la convention est ouverte à tous les États reconnus par l'ONU ; il y a 44 États signataires au 30 juin 2021<sup>233</sup>. Les pays signataires

---

<sup>227</sup> Voir OCDE *Rapport annuel 2021*, p.119, Secrétariats des entités appartenant à la famille de l'OCDE: 9e7946d2-fr.pdf (oecd-ilibrary.org).

<sup>228</sup> Voir [www.oecd.org/daf](http://www.oecd.org/daf) et [www.oecd.org/ctp](http://www.oecd.org/ctp).

<sup>229</sup> *Working Group on Bribery. Voir Annual Report of the OECD Working Group on Bribery, 2014, Farewell Interview with Prof. Mark Pieth*, <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-AB-AnnRep-2014-EN.pdf>.

<sup>230</sup> Il le restera jusqu'en 2013.

<sup>231</sup> Texte complet et documents connexes disponibles sur le portail de l'OCDE : [https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf).

<sup>232</sup> Voir <https://www.slideshare.net/OECD-DAF/signature-of-the-oecd-antibribery-convention-in-1997>.

<sup>233</sup> Les 38 États membres de l'OCDE plus l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie, le Pérou et la Russie.

s'engagent à ce que leurs parlements nationaux approuvent la convention et les lois nécessaires à l'application de ses dispositions afin de permettre des actions coordonnées entre pays.

605. La convention prévoit que chaque pays impose des sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives<sup>234</sup> » ; elle engage aussi les signataires à s'accorder une entraide judiciaire<sup>235</sup>. Comme dans la législation américaine, il y a une exigence de normes comptables et de publication régulière d'états financiers fiables et vérifiables<sup>236</sup>. La convention demande également que les États prennent des mesures effectives contre le blanchiment, l'évasion fiscale et le financement du terrorisme, les incitant ainsi à adopter les recommandations du GAFI.

606. Ce texte a une définition large de la corruption mais ne s'attaque à celle-ci que sous l'angle de l'offre, c'est-à-dire du corrupteur ; elle ne traite pas du corrompu. On y retrouve donc la même approche que dans la loi américaine FCPA. Cette similarité n'est pas surprenante lorsqu'on prend en compte l'influence américaine au sein de l'OCDE et le fait que la loi FCPA elle-même a été amendée en 1998 afin de la mettre en harmonisation avec la convention de l'OCDE.

Ainsi la corruption ne se limite pas aux pots-de-vin et l'article premier de la Convention de 1997 exige que soit considéré comme une infraction pénale criminelle au regard de la loi de chaque État signataire « le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.<sup>237</sup> » Un « avantage indu » peut être une faveur, comme un emploi à un proche, un voyage ou des cadeaux sous diverses formes. Par ailleurs la catégorie d'« agent public étranger » n'est pas limitée aux fonctionnaires mais, comme dans la loi américaine, englobe toute personne investie d'une autorité publique, par exemple le concessionnaire d'un service hospitalier ou un fournisseur d'eau ou d'énergie au public. Ces interprétations très larges

---

<sup>234</sup> Article 3 de la Convention « Sanctions ».

<sup>235</sup> D'après le portail de l'OCDE « Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption : entrée en vigueur », <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventiondelocdesurlaluttecontrelacorruptionentreeenvigueur.htm>

<sup>236</sup> Article 8 de la Convention « Normes Comptables ».

<sup>237</sup> Convention de l'OCDE contre la corruption, texte officiel : [https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf)

sont confirmées par divers documents connexes à la convention comme la *Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption* et le *Guide de bonnes pratiques* publiés en 2009<sup>238</sup>.

607. D'autres documents connexes préparés par le Groupe de travail et approuvés par le Conseil s'efforcent d'étendre la lutte contre la corruption au secteur privé : ce sont les recommandations sur la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin, l'administration et le contrôle des crédits à l'exportation, ou les principes directeurs à l'intention des exportateurs et des entreprises multinationales<sup>239</sup>. Ainsi les définitions précises de la corruption peuvent varier légèrement selon les juridictions, mais la volonté générale de criminaliser tout acte lié à la corruption est claire. L'OCDE a d'ailleurs publié en 2008 un glossaire qui détermine les différentes nuances<sup>240</sup>. Au fur et à mesure que de nouvelles affaires sont résolues, parfois de manière coordonnée entre juridictions, établissant ainsi une jurisprudence, et que de nouveaux textes d'interprétation sont publiés, un consensus international se forme. L'OCDE a ainsi réussi à criminaliser les actes de corruption sous leurs différentes formes à travers le monde.

## **B. Le système d'évaluation mutuelle**

608. La convention établit un système d'examen par les pairs afin de s'assurer que ses signataires mettent correctement en œuvre les instruments anti-corruption de l'OCDE. Cette procédure implique un examen de l'efficacité des systèmes anti-blanchiment puisque le blanchiment peut lui-même être issu de la corruption. Le Comité des affaires fiscales (CAF) de l'OCDE travaille avec le GAFI depuis 1998 afin d'améliorer la coopération nationale et internationale entre autorités fiscales et autorités anti-blanchiment ; ceci permet de renforcer la capacité des gouvernements à combattre la criminalité. Les experts des États membres de l'OCDE et du GAFI ainsi que les membres observateurs partagent leurs expériences en la matière ; des enquêtes ont été conduites par les États afin de démontrer si, et dans quelle mesure, des informations pouvaient être échangées entre les autorités fiscales et les autorités anti-blanchiment<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Voir OCDE « Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption », « Réexamen de la Recommandation anti-corruption de l'OCDE » et « Documents connexes »  
<https://www.oecd.org/fr/corruption/conventionsurlaluttecontrelacorruptiondagentspublicsetrangersdanslestransactionscommercialesinternationales.htm>.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> Voir OCDE, Corruption : glossaire des normes pénales internationales  
<https://www.oecd.org/fr/corruption/corruptionglossairedesnormespinalesinternationales.htm>.

<sup>241</sup> Voir portail du GAFI

609. Par ailleurs, un processus rigoureux de surveillance multilatérale a commencé en avril 1999 sous les auspices de l'OCDE et en coordination avec le GAFI. Ce processus vise à surveiller la conformité à la convention et à évaluer les mesures prises par les pays pour appliquer les recommandations du GAFI et les termes de la convention dans leurs législations nationales. Le contrôle de la mise en œuvre de ces recommandations s'effectue grâce à des auto-évaluations annuelles mais surtout par un mécanisme pluriannuel d'évaluation mutuelle des membres.

Avant toute visite, il est demandé à l'État visité de soumettre des réponses à un questionnaire précis sur les règlements et procédures en place. L'équipe d'évaluation tient compte non seulement des textes en place mais aussi de leur effectivité. L'évaluation est faite en suivant une liste d'une quarantaine de critères préétablis. Pour chaque critère une note est attribuée ; il y a trois notes possibles : « en conformité » ; « en conformité partielle » ou « problème requérant l'attention des autorités ». Le processus complet prend 12 à 18 mois. Il prévoit des discussions entre « auditeurs » et « audités » afin d'aboutir à un rapport aussi objectif que possible. Les rapports qui comportent des listes de points à améliorer sont présentés en assemblée plénière puis généralement publiés et constituent aussi une feuille de route permettant aux juridictions auditées de prendre les mesures correctives nécessaires.

610. Le système d'évaluation mutuelle est utilisé conjointement par le GAFI et l'OCDE et couvre donc un champ plus large que les seuls critères GAFI. Les évaluations mutuelles s'effectuent en cycles (*rounds*) dont le calendrier est établi par consensus et annoncé plusieurs années à l'avance. Pour les États participants initiaux du système, le quatrième cycle est en cours<sup>242</sup>. À chaque cycle, on affine les critères d'évaluation afin de tenir compte des évolutions réglementaires nationale et internationale et des priorités définies par les organes directeurs des entités de supervision supranationales. Le système est donc très évolutif. Par exemple dans le cas de la France, une mission d'évaluation était sur place durant l'été 2021, le rapport d'évaluation correspondant a été publié le 28 janvier 2022 mais de nombreuses discussions sur les aspects techniques du rapport ont eu lieu durant l'automne 2021. Ainsi chaque État sait quand il sera inspecté et, se fondant sur l'évaluation précédente, connaît précisément les points à améliorer dans son système national de LAB FT et lutte contre la corruption.

---

<https://www.fatf-gafi.org/fr/pages/organisationpourlacooperationetledeveloppementeconomiquesocde.html>.

<sup>242</sup> Un tableau consolidé des résultats par juridictions au 29 septembre 2021 est disponible sur le site: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/4th-Round-Ratings.pdf>.



611. Les procédures d'évaluation mutuelle et la publication de leurs résultats ont été un aiguillon pour beaucoup d'États, les encourageant à entreprendre des réformes structurelles. La publication des rapports, ce que les Américains nomment le processus de *Name and Shame*<sup>243</sup>, a parfois suscité dans certains pays la volonté politique d'opérer des changements profonds de leur cadre juridique et économique. Ainsi la France au début des années 2010 a été critiquée plusieurs fois pour sa lenteur à mettre en place les dispositifs exigés par la convention de 1997 mais surtout pour le manque de poursuites effectives<sup>244</sup>. Le rapport du GAFI de 2011 et les recommandations<sup>245</sup> qui l'accompagnent ont été un des facteurs qui ont conduit à l'adoption de la *loi Sapin* de 2016, qui porte opportunément le titre officiel de *Loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique*.

---

<sup>243</sup> Nommer et humilier publiquement.

<sup>244</sup> Voir par exemple la *Déclaration du Groupe de travail de l'OCDE sur la mise en œuvre par la France de la Convention sur la corruption d'agents publics étrangers* publiée le 23 octobre 2014 :

[...] Le Groupe de travail demande à la France de persévérer dans la poursuite de l'infraction de corruption d'agent public étranger. Tout en saluant l'ouverture de 24 nouvelles affaires depuis octobre 2012, il reste en effet préoccupé par la faible proactivité des autorités dans des affaires impliquant des entreprises françaises pour des faits avérés ou présumés de corruption à l'étranger. En effet, aucune entreprise française n'a à ce jour fait l'objet de condamnation définitive en France du chef de corruption transnationale, alors que des condamnations de ce chef ont été prononcées à l'étranger contre des sociétés françaises, et les sanctions appliquées aux personnes physiques ne sont pas dissuasives.

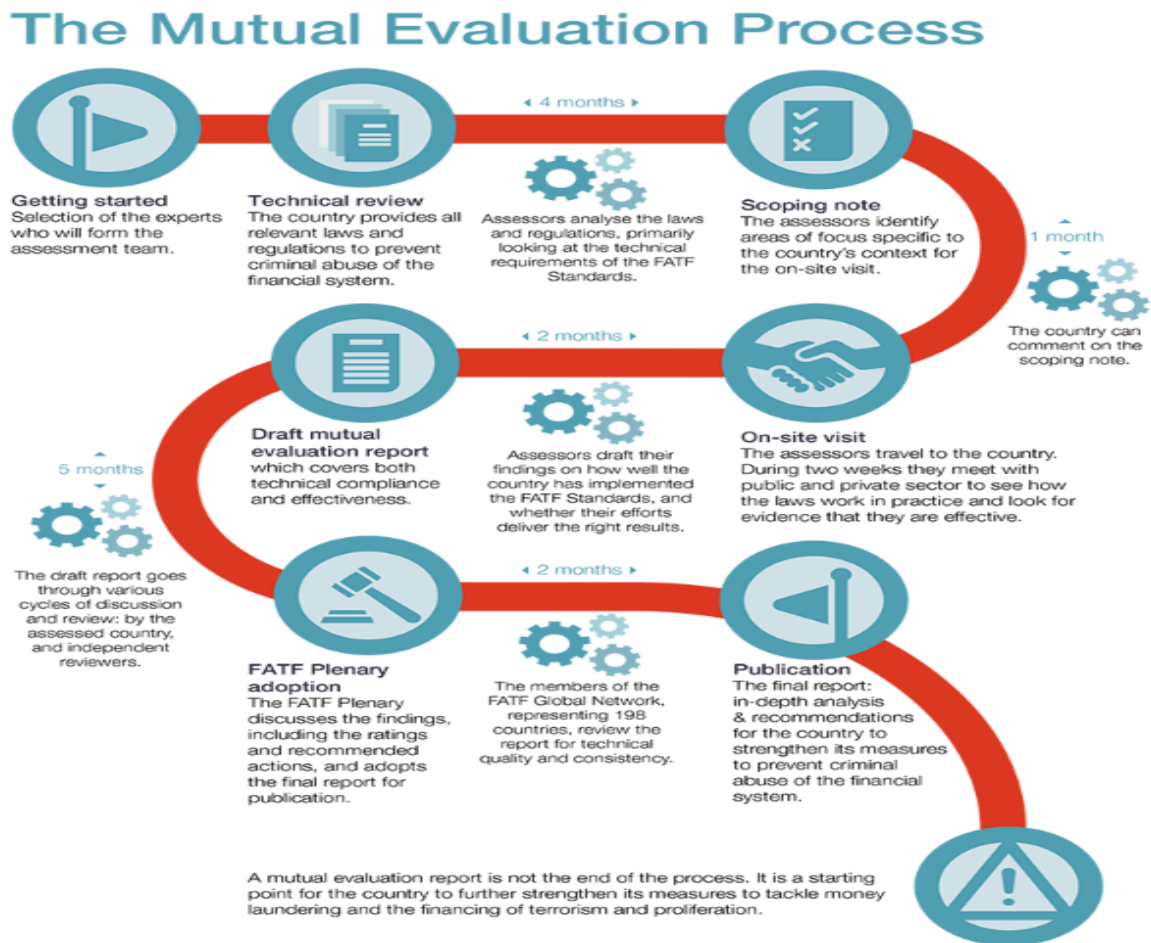
S'il reconnaît les progrès accomplis par la France, le Groupe de travail exprime d'importantes préoccupations quant au caractère limité de ses efforts pour se conformer à la *Convention de l'OCDE sur la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, et encourage vivement la France à poursuivre les réformes annoncées initialement et toujours nécessaires.

Voir le portail de l'OCDE <https://www.oecd.org/fr/presse/declaration-du-groupe-de-travail-de-l-ocde-sur-la-mise-en-uvre-par-la-france-de-la-convention-sur-la-corruption-d-agents-publics-etranagers.htm>.

<sup>245</sup> Le rapport complet et un résumé sont disponibles sur le site du GAFI.

<https://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mutualevaluationoffrance.html>.

Figure 31 - Schéma du processus d'évaluation mutuelle<sup>246</sup>



612. Le système d'évaluation mutuelle est ainsi un processus dynamique qui évolue en fonction des priorités de l'OCDE et du GAFI. En plus de la corruption et du blanchiment mais liées à celles-ci, la transparence fiscale devient une préoccupation majeure. À la suite de la crise financière de 2008, le G20 demande à l'OCDE d'inclure les problématiques relatives à l'évasion fiscale et aux paradis fiscaux dans ses travaux. L'organisation arrange alors un forum mondial qui réunit plus de 160 juridictions qui s'engagent pour l'amélioration de la transparence et de l'échange de renseignements à des fins fiscales. Le Forum de l'OCDE établit ainsi deux normes : la première prévoit l'échange international de renseignements sur demande ; la seconde un système d'échange automatique de renseignements. Ce système prévoit qu'un ensemble prédéfini d'informations sur les comptes financiers détenus par des non-résidents est automatiquement échangé chaque année

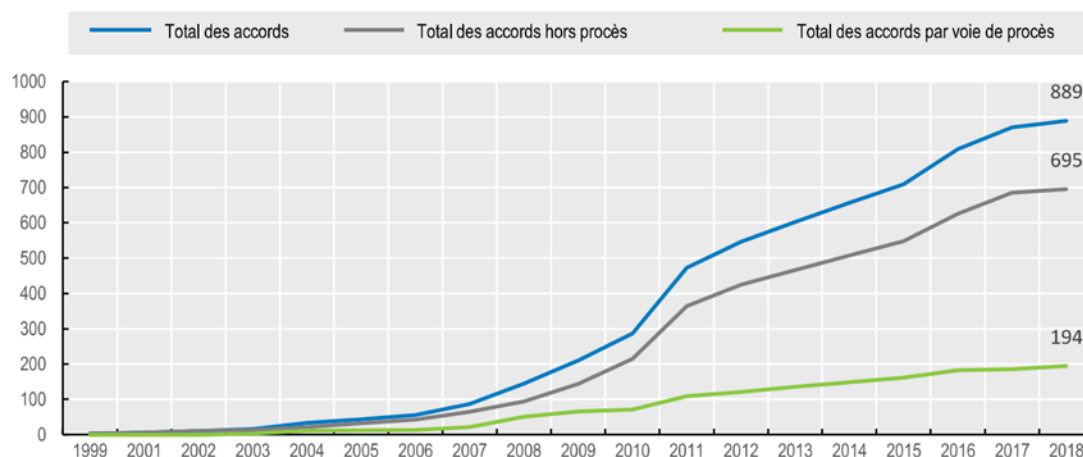
<sup>246</sup> FATF Mutual Evaluations. Voir le site du GAFI FATF  
<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/more-about-mutual-evaluations.html>.

entre les organismes spécialisés (habituellement les autorités fiscales) des États membres. Ces échanges d'informations sont toutefois effectués confidentiellement avec des garanties de protection des données personnelles. D'après un rapport de décembre 2020<sup>247</sup>, le système d'échange est en place et fonctionnel dans 54 juridictions et est en train d'être mis en place dans 44 autres. Le rapport toutefois ne précise pas la qualité et l'utilité des informations communiquées à travers le système.

### C. L'essor de la justice négociée et des résolutions coordonnées

613. Comme on l'a vu, le Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE, en liaison avec d'autres organismes supranationaux, publie régulièrement études et recommandations. Un rapport particulièrement pertinent pour notre domaine d'étude est celui sur *La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accord hors procès*<sup>248</sup>.

Figure 32 - Le recours croissant aux accords hors procès dans les affaires de corruption transnationale<sup>249</sup>



Source : Base de données de l'OCDE des affaires de corruption conclues.

<sup>247</sup> Peer Review of the Automatic Exchange of Financial Account Information 2020  
<https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/peer-review-of-the-automatic-exchange-of-financial-account-information-2020-175eeff4-en.htm>.

<sup>248</sup> *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions, Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, <https://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions-e647b9d1-en.html>  
 Version en français, *La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès*, <https://www.oecd.org/fr/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm>.

<sup>249</sup> *Ibid.* Graphique 4, page 26 : Nombre total d'accords conclus dans les pays membres de 1999 à mi 2018.

Comme l'illustre le graphique ci-dessus qui montre les totaux cumulés pour l'ensemble des membres signataires de la convention de l'OCDE, le nombre de poursuites pour des faits de corruption transnationale a considérablement augmenté depuis l'entrée en vigueur de la convention. Ainsi sur les 889 cas de poursuites dans le cadre de la lutte contre corruption recensés par l'OCDE, 669, soit 78 %, ont été réglés par des accords hors procès. Le pourcentage est encore plus élevé, 91 % (268 affaires résolues sur 295), si on considère uniquement les cas de poursuites à l'encontre de personnes morales, en excluant donc celles contre les individus. La tendance à recourir aux accords hors procès s'accélère à partir de 2010 lorsque de nouvelles procédures juridiques répondant aux normes de la convention se mettent en place dans différentes juridictions. Beaucoup de ces nouvelles procédures permettent de poursuivre plus facilement des personnes morales (en particulier en établissant leur responsabilité juridique pénale) et autorisent les procureurs ou magistrats à proposer des solutions qui permettent de solder les poursuites de manière relativement rapide, amiable et prévisible. Ainsi en une décennie, la « justice négociée » est devenue le principal moyen pour résoudre les cas les plus importants, en montant et en complexité, d'affaires de corruption transnationale<sup>250</sup>. Parallèlement le nombre d'États parties à la *Convention contre la corruption* augmente progressivement de trente-quatre en 1999 à une quarantaine. L'étude publiée par l'OCDE s'arrête à la mi 2018 mais la tendance s'est encore affirmée depuis, comme le montre par exemple la résolution tripartite (États-Unis, France, Royaume Uni) du cas Airbus.

614. Les facteurs expliquant cette tendance sont principalement d'ordre pratique. En général, les États disposent de moyens limités à consacrer à la répression d'infractions pénales commises par des personnes morales. Comme le souligne le rapport, « dans les affaires de corruption transnationale, les enquêtes et les poursuites mobilisent un temps et des ressources considérables. Recueillir des preuves est complexe et demande beaucoup de moyens. Ce type d'infraction impliquant souvent plusieurs pays, une entraide judiciaire de juridictions étrangères est souvent nécessaire<sup>251</sup> ». Or l'obtention de cette aide peut être longue et aléatoire créant ainsi un risque de prescription et d'affaire classée sans suite. Les enquêtes peuvent être très techniques et exiger le

---

<sup>250</sup> Voir Perez, Michel: « *The rise and globalization of negotiated settlements: How an American procedure, the Deferred Prosecution Agreement (DPA), became a transnational key tool to fight transnational corporate crimes* » in *Rule of Law and Anti-Corruption Center*, ROLACC, Volume 2020, Issue 1: <https://doi.org/10.5339/rolacc.2020.4>

<sup>251</sup> Rapport précité de l'OCDE, p. 24.

concours d'experts. Elles sont d'autant plus difficiles à mener que le corrupteur et le corrompu ont tous deux intérêt à dissimuler l'infraction aux autorités répressives. De plus « les procès prennent beaucoup de temps, sont onéreux et accaparent le temps et l'attention du juge et du ministère public pendant une période prolongée, limitant de ce fait leurs capacités à s'occuper d'autres affaires<sup>252</sup> ». Un accord, plutôt qu'un procès, peut donc être avantageux pour toutes les parties impliquées. Comme le montre l'étude de l'OCDE, non seulement les accords hors procès sont un moyen efficace de régler des affaires de corruption transnationale complexes, mais ils ont aussi contribué à amplifier au niveau global l'action répressive<sup>253</sup>.

615. La convention de l'OCDE contre la corruption, influencée par les pratiques américaines, et son application marquent donc une étape décisive dans la lutte contre la corruption transnationale.

Le succès de l'organisation, comparé par exemple à l'ONU, nous semble expliqué par trois facteurs :

- La composition du groupe des États signataires et les engagements qui sont exigés ont permis de rassembler 44 États, mais ceux-ci comme importateurs ou exportateurs représentent plus de 80 % du commerce international et 90 % des investissements directs financiers transnationaux<sup>254</sup>. Ainsi tous les États qui sont membres à part entière partagent un attachement intrinsèque à certaines valeurs : un système politique démocratique, une économie de type capitaliste libéral et le respect des libertés individuelles. Certains pays, qui n'adhèrent pas à ces valeurs, ont le statut d'observateur mais ne votent pas sur les orientations stratégiques. Par contraste, le nombre des États signataires à la *Convention de Merida* des Nations Unies est presque trois fois supérieur, mais le mécanisme de suivi des engagements et la neutralité des discussions s'en trouvent dilués.

- La qualité et le sérieux des travaux doivent être salués. L'OCDE dispose d'un cadre de plus de trois mille cinq cents personnes à titre permanent, dont beaucoup d'économistes. Des experts peuvent aussi être engagés ponctuellement et, surtout, les recommandations des groupes de travail se fondent sur les éléments assemblés au niveau national, tant par les services publics

---

<sup>252</sup> Arlen, Jennifer « *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops* », avril 2017, New York University School of Law, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, document de travail n° 17-12, page 1.

<sup>253</sup> Voir le rapport précité de l'OCDE, p. 25 et suivantes.

<sup>254</sup> Chiffres cités dans le *Rapport annuel 2014* du Groupe de travail sur la corruption, p. 9, <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-AB-AnnRep-2014-EN.pdf>.

locaux que par les spécialistes de l'OCDE qui sont habitués depuis plus de deux décennies à travailler ensemble dans le cadre des missions mutuelles d'évaluation. Le groupe publie régulièrement des suggestions de bonnes pratiques et autres conseils à l'attention des personnes impliquées dans la lutte contre la corruption.

- Un encadrement stable et compétent a permis un suivi effectif des travaux de l'OCDE. En revanche la présidence du GAFI change tous les deux ans et certains présidents sont détachés par des États soit qui paraissent soit avoir une certaine tolérance à l'égard de formes de corruption, soit dont les systèmes judiciaires répondent à des critères différents de ceux des pays traditionnellement qualifiés d'occidentaux. Ainsi au cours de la dernière décennie la présidence du GAFI a été assumée par des représentants de la Russie (Vladimir Nechaev en 2013-2014) et de la Chine (Xianming Liu en 2019-2020). Par contraste, le président du Groupe de travail contre la corruption de l'OCDE a été Mark Pieth, professeur de droit criminel de l'université de Bale, pendant 24 ans, de 1990 à 2014. Son successeur, Drago Kos, est président pendant huit ans, de 2014 à 2022<sup>255</sup>. Cette continuité permet de développer des relations de confiance entre experts et de mettre en place des structures stables. Enfin les dirigeants du groupe insistent sur l'importance de l'*enforcement*, c'est-à-dire la mise en place effective des mesures de lutte contre la corruption et les poursuites criminelles qui en découlent.

616. La mise en œuvre de la convention toutefois ne résout pas tous les problèmes liés à la corruption. D'abord les solutions d'accord plutôt que de procès qu'elle recommande implicitement supposent un minimum de sens des responsabilités et de civisme de la part des personnes, physiques et morales, poursuivies. Si une entité, et a fortiori un individu, soupçonnée de corruption, n'est pas préoccupée de l'opprobre international, la convention par elle-même ne prévoit pas de moyen coercitif et repose donc sur l'appui des États parties. Si un État signataire ignore les dispositions de la convention, les mesures de rétorsion sont limitées. A fortiori si un État, comme l'Iran ou la Corée du Nord, n'est pas partie à ce texte et refuse de reconnaître ses principes, il n'existe pas de mesure contraignante.

Ensuite, il reste encore bien des « trous dans la raquette ». Par exemple le dispositif en place vise uniquement les « corrupteurs ». La convention ne prévoit pas directement de poursuivre

---

<sup>255</sup> En janvier 2023 la présidence sera assumée par Danielle Goudriaan.

Voir : <https://www.oecd.org/corruption/statement-of-oecd-working-group-on-bribery-electing-new-chair.htm>.

les « corrompus ». Le Groupe de travail a récemment mis l'accent sur la nécessité de poursuivre la lutte contre la corruption en s'attaquant également à la fraude et l'évasion fiscale et en exigeant davantage de transparence dans le système financier international. Les initiatives à l'encontre des paradis fiscaux et pour la création d'un taux d'imposition international minimum dont le principe a été adopté en 2021 par le G20 vont dans ce sens. Mais la négociation des mesures d'application, qui nécessairement seront techniquement complexes, risque d'être ardue et il est à craindre que certains pays, soucieux de ne pas trop malmenier leurs intérêts nationaux, freinent le mouvement de réforme.

Enfin la question pérenne des limites aux souverainetés et aux compétences nationales n'est pas entièrement résolue. La convention reconnaît le principe de *non bis in idem* et l'OCDE encourage les parties signataires à coordonner leurs poursuites criminelles lorsque des groupes multinationaux sont en cause. Son article 4 dispose que « lorsque plusieurs parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente convention, les parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites ». On a vu dans des affaires récentes, comme le cas Airbus, que cette concertation est possible mais elle n'est pas pour autant automatique ou facile.

## **Conclusion du chapitre**

617. Nous pouvons maintenant mesurer tout le chemin parcouru depuis la déclaration de James Wolfensohn en 1996 appelant la communauté internationale à lutter contre la corruption transnationale, fléau comparable à un cancer. L'idée d'instaurer des tribunaux internationaux inspirés de celui de Nuremberg en 1945 s'est avérée illusoire, en bonne partie parce que les Etats-Unis ne sont pas prêts à se soumettre inconditionnellement à des jugements qui pourraient remettre en question leur système juridictionnel (et, certains disent, leurs intérêts). Néanmoins de nombreuses organisations internationales intergouvernementales ainsi que des ONG, souvent influencées par des conceptions et des fonds d'origine américaine, ont créé depuis le début du siècle un ensemble de mécanismes et de règles, formelles ou souples, qui permettent au minimum de limiter les effets néfastes de la corruption. On s'oriente donc vers un système global multijuridictionnel mais ordonné et régulé par des normes communes.

618. En parallèle avec ces tendances globales, on assiste principalement au cours des deux dernières décennies à l'émergence d'un nouveau paradigme, tant au niveau européen qu'au niveau national français. Nous verrons maintenant comment s'articulent ces systèmes qui s'influencent mutuellement.



## CHAPITRE II. DEVELOPPEMENT ET INCERTITUDES DE LA COOPERATION TRANSATLANTIQUE

### **Introduction : L'Appel de Genève, une phase nouvelle de la coopération judiciaire**

619.À la fin du xx<sup>e</sup> siècle, en Europe comme en Amérique et au sein des institutions financières internationales, le besoin impérieux de combattre la corruption se fait sentir de manière de plus en plus pressante. L'Appel de Genève<sup>1</sup> est sans doute la première déclaration publique en Europe qui révèle à un large public l'extension de la corruption transnationale et la faiblesse des moyens alors disponibles pour combattre ce fléau. Dans ce document, sept magistrats, européens<sup>2</sup> mais connus mondialement, expriment leurs préoccupations : « [...] L'impunité est aujourd'hui quasi assurée aux fraudeurs. Des années seront en effet nécessaires à la justice de chacun des pays européens pour retrouver la trace de cet argent, quand cela ne s'avérera pas impossible dans le cadre légal actuel hérité d'une époque où les frontières avaient encore un sens pour les personnes, les biens et les capitaux. Pour avoir une chance de lutter contre une criminalité qui profite largement des réglementations en vigueur dans les différents pays européens, il est urgent d'abolir les protectionnismes dépassés en matière policière et judiciaire. Il devient nécessaire d'instaurer un véritable espace judiciaire européen au sein duquel les magistrats pourront, sans entraves autres que celles de l'État de droit, rechercher et échanger les informations utiles aux enquêtes en cours ». Une bonne partie des mesures recommandées dans l'Appel seront, comme nous le verrons, mises en place au niveau européen dans les décennies suivantes.

620.La prise de conscience du problème de la corruption transnationale et de la nécessité d'une coopération efficace entre juridictions est ainsi simultanée des deux côtes de l'Atlantique : l'Appel

---

<sup>1</sup> Nous faisons ici référence au document publié en 1996. Un autre « Appel de Genève » concernant la protection des civils dans les conflits armés sera lancé en 2001 et donnera lieu à la création d'une organisation humanitaire internationale de droit helvétique.

<sup>2</sup> Denis Robert, journaliste d'enquête français, est l'initiateur du projet ; le document initial est signé par les magistrats Bernard Bertossa (Suisse), Edmondo Bruti Liberati (Italie), Gherardo Colombo (Italie), Benoit Dejemeppe (Belgique), Baltasar Garzon Real(Espagne), Carlos Jimenez Villarejo (Espagne) et Renaud Van Ruymbeke (France).

de Genève est diffusé le 1<sup>er</sup> octobre 1996, le jour même où James Wolfensohn déclare devant l'assemblée de la Banque Mondiale et du FMI que « la corruption est un cancer<sup>3</sup> » et qu'il est urgent de le combattre. Un peu plus d'un an plus tard, la *Convention de l'OCDE contre la corruption* est signée le 17 décembre 1997. Mais, à l'exception des États-Unis dont la loi FCPA a servi de modèle à la nouvelle réglementation, il incombe dorénavant aux États parties de mettre leurs propres systèmes juridiques nationaux en conformité avec les dispositions de la convention.

621. Cependant si le diagnostic est le même des deux côtés de l'Atlantique, les solutions envisagées sont différentes. En effet dans les pays européens dont le système légal reste en grande partie fondé sur la souveraineté nationale, il est d'abord nécessaire d'aménager le cadre juridique national pour pouvoir l'intégrer à un cadre européen en construction, tout en respectant les obligations imposées par la convention de l'OCDE. De plus, la Suisse présente un cas particulier puisqu'elle n'est pas membre de l'Union Européenne bien qu'elle y soit liée par de nombreux accords spécifiques. En ce qui concerne la France, pays de référence pour notre étude, le processus législatif prend presque deux décennies. En effet, quelques réformes initiales ont créé des institutions permettant de combattre plus efficacement la corruption transnationale mais la clé de voûte législative du dispositif actuel anticorruption est le texte validé définitivement par le Conseil constitutionnel le 8 décembre 2016, en l'occurrence la *Loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique*, dite « Loi Sapin 2 ».<sup>4</sup>

622. Notre étude étant centrée sur les systèmes américain et français, nous examinerons d'abord les nouvelles lois et institutions qui permettent la modernisation du système français de lutte contre la corruption, puis analyserons en particulier la mise en œuvre des réformes découlant de la loi Sapin 2, la procédure de la « convention judiciaire d'intérêt public », afin d'examiner comment ces bouleversements du cadre français s'intègrent dans un système européen qui devrait favoriser la coopération judiciaire transatlantique et internationale.

---

<sup>3</sup> Voir chapitre précédent.

<sup>4</sup> Voir le portail du Ministère de l'économie, des finances et de la relance : « Tout savoir sur la loi Sapin 2 » : <https://www.economie.gouv.fr/transparence-lutte-contre-corruption-modernisation#>

## **Section 1 : Nouvelles pratiques, lois et institutions françaises**

La coopération judiciaire en matière boursière est une première suite logique de la création de la COB en France<sup>5</sup> mais il sera plus difficile d'établir une entraide pénale globale effective.

### **A. La collaboration en matière boursière, première étape d'une coopération effective**

623. La coopération judiciaire la plus facile à mettre en place concerne les activités boursières car les institutions de régulation des deux côtés de l'Atlantique ont des objectifs et des structures semblables. C'est dans le domaine de la surveillance et du contrôle des marchés financiers que l'influence américaine apparaît dès la première décennie de la V<sup>e</sup> République avec la création d'une commission autonome, suivant l'exemple de la *Securities and Exchange Commission*. La Commission des Opérations de Bourse, la « COB », instituée en 1967, qui devient en 2003 l'Autorité des marchés financiers ou AMF. Son but est de dynamiser et de « moraliser<sup>6</sup> » la Bourse de Paris, en empêchant la corruption qui se manifestait notamment par des délits d'initiés<sup>7</sup>. La COB est créée par une ordonnance du 28 septembre 1967<sup>8</sup> sur le modèle de la SEC américaine à la suite de la mission de Pierre Chatenet, un ancien ministre de l'Intérieur, envoyé en mission d'étude à Washington par le général de Gaulle sur la suggestion de Michel Debré, alors ministre des Finances. Les principaux objectifs de la nouvelle institution sont de protéger les petits épargnants et d'assurer l'intégrité des marchés français. Les cadres de la nouvelle entité sont systématiquement envoyés en stage aux États-Unis. Pierre Chatenet devient le premier président de la COB, fonction qu'il exerce pendant cinq ans durant lesquels s'établit une coopération étroite avec la SEC, y compris en matière d'*enforcement* (surveillance des marchés et poursuites des délinquants)<sup>9</sup>. Cette collaboration est d'autant plus remarquable que, vers la même époque, les enquêteurs du DOJ, dans le cadre de l'affaire de la *French Connection*, se plaignent plus ou moins

---

<sup>5</sup> Voir le rôle de la mission Chatenet dans l'introduction de cette thèse.

<sup>6</sup> C'est le terme employé par Georges Pompidou, alors premier ministre, lors d'un discours le 9 juin 1966. Voir Pereon, Yves Marie, *"Moralizing the Market: How Gaullist France Embraced the US Model of Securities Regulation"* Johns Hopkins University Press, 2018.

<sup>7</sup> Notamment lors des manipulations survenues dans le cadre de la fusion de deux principales entreprises françaises de chimie de l'époque, Ugine et Kuhlmann.

<sup>8</sup> Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse. Voir le portail Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000698676/1967-09-29/>.

<sup>9</sup> Voir Pereon, Yves Marie, *Moralizing the Market: How Gaullist France Embraced the US Model of Securities Regulation*, chapitre 4 "France looks at America."

ouvertement du manque de soutien de leurs homologues français<sup>10</sup> dans le démantèlement des réseaux de trafiquants de drogues établis dans la région marseillaise. La coopération entre régulateurs des marchés financiers est d'abord informelle mais active, puis un accord détaillé de coopération entre la COB et la SEC est signé à Paris le 14 décembre 1989. Il prévoit notamment l'échange d'informations et la coordination d'investigations<sup>11</sup>.

624. L'objet de l'accord est :

« 1. [D']assurer le droit des investisseurs à disposer de la part des émetteurs de valeurs mobilières et à tout moment, d'informations exactes et rapides sur les émetteurs de ces valeurs ;

2. [D']interdire ou sanctionner l'utilisation abusive d'informations privilégiées ainsi que toute autre manipulation du marché ;

3. [De] faire respecter les lois et règlements régissant l'organisation et le fonctionnement des marchés de valeurs mobilières par tous les intervenants sur ces marchés ;

4. [De] faire respecter par toutes les personnes qui participent à titre professionnel à des opérations sur les marchés de valeurs mobilières les lois et règlements régissant leur profession et leurs opérations sur ces marchés et notamment celles qui sont relatives à la transmission et à l'exécution des ordres ou la gestion des portefeuilles individuels et collectifs portant sur les valeurs mobilières<sup>12</sup>. »

625. Le cadre de cette coopération devient d'ailleurs multilatéral en 2002 lorsque est signé sous l'égide de l'OICV/IOSCO<sup>13</sup> l'*Accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations* entre régulateurs financiers auquel les autorités françaises et américaines adhèrent.

---

<sup>10</sup> Voir par exemple l'article de Daniel Psenny publié dans *Le Monde* du 5 décembre 2014 « L'histoire vraie de la "French Connection" », [https://www.lemonde.fr/televisions-radio/article/2014/12/08/l-histoire-vraie-de-la-french-connection\\_4536617\\_1655027.html](https://www.lemonde.fr/televisions-radio/article/2014/12/08/l-histoire-vraie-de-la-french-connection_4536617_1655027.html).

<sup>11</sup> Le titre complet en anglais de l'accord est *Understanding Regarding the Establishment of a Framework for Consultations and Administrative Agreement*". Voir le site de la SEC : [https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia\\_bilateral/france.pdf](https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_bilateral/france.pdf)

<sup>12</sup> Accord administratif du 14 décembre 1989 entre la COB et la SEC, Article 1. Objet de l'accord. Voir le site de l'AMF : <https://www.amf-france.org/sites/default/files/2020-01/1989.pdf>.

<sup>13</sup> Organisme international établi en 1983, regroupant les régulateurs financiers des principaux pays d'économie capitaliste sous le nom d'Organisation internationale des commissions de valeurs mobilières (OICVM) ou, en anglais, *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO).

626. De plus, l'accord de 1989 est complété et élargi par un protocole entre la SEC et l'AMF (successeur de la COB) entré en vigueur le 22 juillet 2013<sup>14</sup>. Celui-ci permet notamment la désignation de mandataires et la conduite d'enquêtes sur le territoire de l'autre partie (Article 4. Visites transfrontalières sur place), sous réserve de la notification préalable de l'autre partie et en prenant en compte « la souveraineté, le cadre légal et les obligations réglementaires de chacune [des parties impliquées].<sup>15</sup> » Comme l'indique le protocole : « Les autorités prévoient que la coopération se fera principalement par le biais de consultations permanentes, informelles et orales, complétées par une coopération *ad hoc* approfondie. Les dispositions du présent protocole d'accord ont pour objet d'encourager cette communication informelle et orale ainsi que de faciliter l'échange par écrit d'informations n'ayant pas été rendues publiques, le cas échéant.<sup>16</sup> » Il semble que cet objectif ait été atteint car les demandes d'information et d'assistance entre l'AMF et la SEC, par le volume des demandes traitées et les montants en cause, sont une des formes de coopération les plus actives entre une institution française et son homologue dans une juridiction étrangère<sup>17</sup>. La pérennité de l'étroite relation entre régulateurs financiers français et américains est démontrée à nouveau le 23 juillet 2021 par la signature de deux accords de coopération par l'AMF et l'ACPR avec la SEC. Ceux-ci permettent aux établissements français de s'enregistrer en tant que *Security Based Swap Dealers (SBSD)* auprès de la SEC et de bénéficier ainsi d'un régime d'équivalence de certaines règles applicables à ces entités (*substituted compliance*)<sup>18</sup>. Ainsi la coopération franco-américaine en matière boursière a conduit à la coordination des politiques

<sup>14</sup> *Protocole d'accord concernant la consultation, la coopération et l'échange d'informations relatives à la surveillance des entités couvertes dans le secteur de la gestion d'actifs entre la Securities and Exchange Commission of the United States of America (Commission des valeurs mobilières des États-Unis d'Amérique) (SEC, États-Unis d'Amérique) et l'Autorité des marchés financiers (AMF, France)* paru au *Journal officiel* de la République française du 22 septembre 2015.

Voir Légifrance : [https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article\\_jo/JORFARTI000031195185](https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000031195185).

<sup>15</sup> *Ibid.*, Article 4.1.

<sup>16</sup> *Ibid.*, Article 2. Dispositions générales. 1.

<sup>17</sup> Voir par exemple de Juvigny Benoît, Buisson Françoise, « La coopération internationale entre régulateurs de marchés financiers », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2015/1 (Février 2015), p. 43-47. DOI : 10.3917/rindu1.151.0043. URL : <https://www.cairn.info/revue-realites-industrielles-2015-1-page-43.htm>.

<sup>18</sup> Voir le dossier disponible sur le portail de l'ACPR, « L'AMF et l'ACPR signent deux accords de coopération avec la SEC concernant le régime applicable aux *Security Based Swap Dealers (SBSD)* aux États-Unis » <https://acpr.banque-france.fr/lamf-et-lacpr-signent-deux-accords-de-cooperation-avec-la-sec-concernant-le-regime-applicable-aux#:~:text=Le%2023%20juillet%202021%2C%20l%E2%80%99Autorit%C3%A9%20des%20March%C3%A9s%20Financiers,certaines%20r%C3%A8gles%20applicables%20%C3%A0%20ces%20entit%C3%A9s%20%28substituted%20compliance%29>.

d'enforcement et est citée en exemple par les régulateurs financiers de part et d'autre de l'Atlantique.<sup>19</sup>

627.Elle a certainement créé un climat de confiance qui a encouragé les investisseurs américains, les fonds de pension en particulier, à acheter des titres français. Elle fait office de précurseur d'une coopération judiciaire pénale, plus délicate à mettre en place. En effet, SEC et AMF disposent de pouvoirs disciplinaires administratifs mais, si elles notent des infractions criminelles, leur instruction doit être confiée à la justice pénale compétente dans chaque juridiction. Cela peut soulever des questions sensibles liées à la souveraineté nationale. Dans ces cas, le rôle grandissant des magistrats de liaison ainsi que la mise en œuvre d'accords d'assistance mutuelle peuvent faciliter l'instauration d'une coopération efficace.

## **B. L'évolution des pratiques juridiques et le rôle des magistrats de liaison**

628.Dans un article paru en 2018<sup>20</sup>, François Falletti, ancien procureur général de Paris et représentant de la France lors de la négociation des accords GAFI/FATF en 1989, note l'évolution considérable de l'administration de la justice pénale au niveau international en un quart de siècle, en particulier le rôle croissant d'une coopération informelle entre procureurs et juges de différentes juridictions. Alors que les fraudes, notamment la corruption transnationale, se perpétuent de plus en plus sur les territoires de plusieurs États, les poursuites s'internationalisent également. Elles sont rendues plus efficaces grâce au développement exponentiel des systèmes de télécommunications (internet) mais aussi de l'essor d'une régulation moins contraignante sous forme de droit souple (*soft law*) et de l'institution de systèmes de facilitation. Cette évolution favorise les contacts directs entre magistrats et auxiliaires de justice de différents pays. Des associations professionnelles, comme l'Association internationale des procureurs (AIP) créée en 1995, permettent l'établissement de certains standards, les « meilleures pratiques (*best practices*) », de portée transnationale et des contacts personnels qui contribuent au traitement plus efficace des dossiers complexes. On note ainsi une atténuation des prérogatives de souveraineté nationale.

---

<sup>19</sup> Entretiens de l'auteur avec des représentants de la SEC et de l'AMF.

<sup>20</sup> Falletti, François, « *Recent Developments in International Cooperation in Criminal Justice: a Brief Overview* », *Revue trimestrielle de droit financier*, 1-2018, pages 79 et suivantes.

629. Jusqu'à la fin du <sup>xx</sup>e siècle, les échanges entre juridictions concernant les enquêtes criminelles étaient organisés suivant les principes stricts de la souveraineté nationale. Ainsi les demandes d'information de nature judiciaire étaient transmises à l'aide du système traditionnel des commissions rogatoires. Un juge d'instruction français menant une enquête pour laquelle il a besoin d'obtenir des éléments matériels aux États-Unis ne pouvait contacter directement ses homologues américains. Il était tenu de lancer une demande d'information via le ministère des Affaires étrangères français qui, après analyse, transmettait la requête au Département d'État américain qui, lui-même après analyse, transmettait à nouveau au service judiciaire compétent aux États-Unis. Au retour, l'information cheminait de la même manière ce qui aboutissait à ralentir les échanges et donnait le temps aux présumés criminels de prendre des dispositions d'évasion. Cette approche est devenue obsolète dans un monde globalisé. Des rapports plus directs et efficaces entre professionnels du droit ont ainsi été facilités par l'action des magistrats de liaison et la mise en place de traités d'assistance judiciaire mutuelle.

Le rôle traditionnel des ambassades est de promouvoir les relations de tous types, y compris en matière judiciaire, entre États. Cependant la dépendance hiérarchique de tous les diplomates en poste dans un État étranger, qui dépendent exclusivement de l'ambassadeur, peut être un inconvénient lorsqu'on traite d'affaires sensibles qui exigent la confidentialité, voire le secret. Ainsi la pratique de détacher pour plusieurs années à l'étranger des magistrats spécialisés permet à la fois d'assurer un meilleur suivi de dossiers complexes et garantit la confidentialité de leur traitement.

630. La création de la fonction de magistrat de liaison dans le système judiciaire français remonte à 1993 avec l'ouverture d'un poste en Italie<sup>21</sup>. Le poste aux États-Unis est créé en novembre 1996 et en 2021 le réseau français comporte 18 magistrats de liaison en poste à l'étranger. Ces fonctionnaires sont nommés par arrêté, signé par les ministres de la Justice et des Affaires étrangères. Ils bénéficient d'un statut particulier : « mis à la disposition par le ministère de la Justice auprès du ministère des Affaires étrangères, les magistrats de liaison et conseillers juridiques en ambassade sont placés sous l'autorité de l'ambassadeur de France. Ils demeurent cependant rattachés au Secrétariat général du ministère de la Justice [...] dont ils dépendent et

---

<sup>21</sup> Selon un article, « Les magistrats de liaison » publié le 6 mai 2016 sur le site du ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/europe-et-international-10045/les-magistrats-de-liaison-28955.html>.

restent en contact permanent avec les directions [du ministère]. Ces liens [...] garantissent l'inscription de leurs activités dans l'action internationale du ministère de la Justice. [...] L'activité du magistrat de liaison s'articule autour des missions suivantes :

- apporter son concours au traitement des demandes d'entraide pénale et civile internationale, des demandes d'enquête, de transfèrements, des dénonciations officielles et des procédures d'extradition ;
- informer les autorités françaises et du pays d'accueil des éléments qui leur sont utiles concernant l'organisation et l'évolution de la justice dans ces pays dans la perspective d'une meilleure connaissance mutuelle et d'un enrichissement réciproque ; il rédige à ce titre des notes de droit comparé, à la demande du SAEI [Secrétariat des Affaires Européennes et Internationales] ;
- faciliter le développement d'actions de coopération juridique tant bilatérale que multilatérale ;
- préparer, en lien avec les administrations judiciaires concernées les réunions bilatérales nécessaires au bon fonctionnement des relations judiciaires entre les deux pays.<sup>22</sup> »

631. Généralement le magistrat de liaison dispose d'un bureau au sein même du ministère de la Justice, ou son équivalent, du pays d'accueil qui lui-même nomme un de ses magistrats en poste à Paris. Les missions varient légèrement selon les pays de détachement. Comme le précise le site de l'ambassade de France : « Le magistrat de liaison à Washington assure la représentation du ministère de la Justice pour les États-Unis. À cette fin, il travaille étroitement avec le ministère de la Justice américain (*Department of Justice*) et les différentes autorités judiciaires américaines, afin de faciliter la coopération judiciaire en matière pénale (entraide répressive, extraditions, transfèrements) et civile (*convention de La Haye sur les déplacements illicites d'enfants*, exécution des décisions de justice) entre les deux pays. Il assure également un suivi des évolutions législatives et réglementaires et plus généralement de l'actualité judiciaire américaine. À la demande du ministère de la Justice, il produit des études de droit comparé.<sup>23</sup> »

En pratique, le magistrat de liaison à Washington et ses adjoints ont principalement un rôle de facilitation et sont régulièrement sollicités par les enquêteurs et juges d'instruction français pour

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Voir <https://fr.franceintheus.org/spip.php?article870>.



veiller à la bonne formulation, respectant les critères exigés par le droit américain, à l'acheminement et à l'exécution sur place de commissions rogatoires. Celles-ci concernent notamment les auditions de personnes (*interviews*), les demandes de perquisitions et de saisies (*searches of premises and seizures*), parfois les demandes d'écoutes et d'enregistrement de conversations téléphoniques (*wire tapping*) et, plus rarement, les demandes d'extradition<sup>24</sup>.

632. Du côté américain, les représentations diplomatiques à l'étranger sont nombreuses, avec des effectifs conséquents. Les États-Unis disposent d'un réseau de 168 ambassades (la France en a 161)<sup>25</sup> hébergeant des agents spécialisés pour traiter de questions ayant un aspect judiciaire ou criminel, notamment la corruption transnationale ou l'évasion fiscale. La désignation française de « magistrat de liaison » est habituellement traduite aux États-Unis par « *legal attaché* », ou en abrégé « *legat* », bien que les termes en français et en anglais aient des significations légèrement différentes.

Les *legats*, comme les magistrats de liaison, ont un statut diplomatique mais leur origine et leur place dans la structure administrative sont différentes<sup>26</sup>. Les premiers postes de *legal attaché* dans la fonction publique américaine sont créés dans les années 1940. Il s'agit d'agents spéciaux en poste dans les ambassades en Amérique Centrale<sup>27</sup> ou Latine mais recrutés et formés par le FBI (*Federal Bureau of Investigation*), une agence autonome rattachée au DOJ. Le FBI est le principal organisme du gouvernement fédéral chargé de mener les enquêtes criminelles et de prévenir toute atteinte à la sécurité des États-Unis, de ses citoyens et de ses intérêts. Son rôle est donc comparable à celui de ministère de l'Intérieur et de la police judiciaire en France. Une mission principale à cette époque est de surveiller les agents de pays ennemis (Allemagne, Japon) qui pourraient influencer le pays d'accueil et de rendre compte à Washington ; ils sont aussi chargés d'établir des relations de coopération avec les autorités locales quand elles conduisent les enquêtes criminelles. Des postes de *legats* sont créés auprès l'ambassade américaine de Londres en 1943 et Paris en 1945. Dans tous les cas, les agents ne sont nommés qu'après avis favorable de l'ambassadeur dont

---

<sup>24</sup> Voir l'exposé sur la coopération judiciaire avec les États-Unis du 17 novembre 1999 à l'École nationale de la magistrature de Bernard Rabatel, magistrat de liaison à Washington  
<https://doczz.fr/doc/6055836/les-commissions-rogoitoires-internationales>.

<sup>25</sup> D'après un recensement pour l'année 2019 effectué par le Global Diplomacy Index publié par Lowy Institute  
[https://globaldiplomacyindex.loyyinstitute.org/country\\_rank.html](https://globaldiplomacyindex.loyyinstitute.org/country_rank.html).

<sup>26</sup> Voir *Federal Bureau of Investigation, legal Attache Program, US Department of Justice, Office of the Inspector General Audit Division*, mars 2004 : <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0418/final.pdf>.

<sup>27</sup> Le premier *legat* prend son poste à l'ambassade de Mexico en 1940.

ils dépendent nominalement mais tout en conservant une certaine autonomie. Le nombre de postes passe de 6 en 1953, à 12 en 1968 puis 17 en 1971. D'après le site du FBI<sup>28</sup>, en 2022 il y a 63 postes de *legats* dans le monde plus 33 bureaux rattachés. En effet plusieurs postes peuvent exister dans certaines juridictions. Ainsi en France le poste principal est à Paris mais un adjoint est également en place à Lyon où il est notamment chargé d'assurer la représentation américaine auprès d'Interpol. Le poste en France dispose ainsi d'un effectif d'une vingtaine de personnes alors que le bureau du magistrat de liaison français à Washington n'en compte que trois<sup>29</sup>.

633. Quels que soient les effectifs dont ils disposent, les missions des magistrats de liaison et *legats* évoluent parallèlement aux transformations de la délinquance et aux orientations politiques du moment. Ainsi la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, l'évasion fiscale, les fraudes liées à la pandémie et la cybercriminalité sont devenues des préoccupations prioritaires.

### **C. Les traités d'assistance mutuelle : la controverse du cas Aérospatiale et la mise en œuvre de la coopération franco-américaine**

634. L'essor des télécommunications, l'instauration de rapports directs et de contacts personnels entre praticiens du droit de différentes juridictions et le rôle de liaison joué par ces magistrats permettent à l'appareil judiciaire de fonctionner plus efficacement. Les relations transnationales sont également facilitées par les accords d'entraide qui codifient les procédures. Ainsi de nombreux traités d'assistance judiciaire, bilatéraux ou multilatéraux, limitent les contrôles ex-ante qu'exigeaient les commissions rogatoires, établissent des lignes directrices qui encadrent le processus judiciaire et rendent plus faciles les rapports entre experts, enquêteurs, procureurs et magistrats de différentes juridictions. Les États-Unis comme la France sont engagés par plusieurs conventions multilatérales dans ce domaine : conventions des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants (Vienne, 1988) ; contre le terrorisme (1999) ; contre la criminalité internationale organisée (Palerme, 2000) ; contre la corruption d'agents publics étrangers (Merida, 2003). Ces documents toutefois posent les principes généraux de la coopération, mais les procédures pratiques de mise en œuvre doivent être précisées par des accords bilatéraux.

---

<sup>28</sup> <https://www.fbi.gov/contact-us/legal-attache-offices>.

<sup>29</sup> D'après le site de l'ambassade de France aux États-Unis « La France aux États-Unis. Magistrat de liaison » <https://fr.franceintheus.org/spip.php?article870>.

635. Certaines conventions multilatérales, en particulier celles sous l'égide de la conférence de droit international privé de La Haye, ou HCCH<sup>30</sup>, établissent les bases de l'entraide judiciaire internationale dans des domaines particuliers, par exemple les questions testamentaires (1961), les notifications (1965), la recherche de preuves (1970), l'administration des divorces (1970), l'accès à la justice et le champ de compétence des tribunaux (1980), la protection des enfants (1996), l'élection de for (2005), la coopération internationale en matières civiles et familiales (2005). L'application de ces conventions toutefois peut être la source de conflits d'interprétation, surtout aux États-Unis où la Cour Suprême peut se montrer sourcilleuse quant à la protection des justiciables américains. C'est pourquoi nous rappellerons brièvement la controverse née du cas *Aérospatiale* avant d'examiner le fonctionnement actuel de la coopération judiciaire pénale franco-américaine.

### 1. L'affaire *Aérospatiale* et ses suites

636. Avec sa décision de 1987 dans l'affaire *Aérospatiale*, la Cour Suprême s'est prononcée sur un litige parmi les plus importants en droit international privé jamais présentés devant les tribunaux américains selon un professeur de droit de l'université de Columbia<sup>31</sup>. En l'occurrence la Cour Suprême estime que le code de procédure fédéral américain a la préséance sur la convention de La Haye de 1970 relative à la recherche de preuves à l'étranger. Cette décision suscite aussitôt une controverse ; pour la comprendre, il convient de remonter aux faits<sup>32</sup>.

637. Un avion de tourisme de type Rallye, vendu et immatriculé aux États-Unis, mais fabriqué par la société française *Aérospatiale*, s'écrase dans l'État de l'Iowa le 19 août 1980. Trois personnes sont blessées et des plaintes au civil sont alors déposées contre le constructeur. Comme

---

<sup>30</sup> L'acronyme est dérivé du nom en anglais et en français de l'organisation : *Hague Conference on Private International Law* - Conférence de la Haye de droit international privé. La HCCH, dont les origines remontent à 1893, est une organisation intergouvernementale dont l'objectif est d'apporter clarté et cohésion dans les relations transfrontalières dans trois domaines principaux :

- le droit international de la famille et de la protection des enfants ;
- le contentieux transnational et l'entraide judiciaire ;
- le droit commercial et financier international.

Voir le site HCCH : <https://www.hcch.net/fr/about>.

<sup>31</sup> George A. Bermann, "The Hague Evidence Convention in the Supreme Court: A Critique of the *Aérospatiale* Decision", 63 *Tul. L. Rev.* 525 (1988). Voir : <https://scholarship.law.col>.

<sup>32</sup> Voir l'analyse de Diego Zembrano, « *Comity in Retreat: Aérospatiale and the Defeat of the Hague Convention* », *A Comity of Errors, Berkeley Journal of International Law*, Volume 31, p. 174 et suivantes : <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/08/A-Comity-of-Errors.pdf>.

le prévoit le code de procédure américain (*Federal Rules of Civil Procedure*), les avocats des plaignants entament alors une procédure de *discovery*<sup>33</sup>. Le défendeur produit les informations et documents disponibles en territoire américain, mais observe que certains renseignements demandés concernant la fabrication de l'appareil ne sont disponibles qu'en France et que leur communication pourrait être considérée comme une violation de la loi de blocage française de 1968. Afin de contourner ce problème, il propose de remplacer la procédure de *discovery* par celle prévue par la convention de La Haye de 1970 sur la recherche de preuves. Mais les plaignants rejettent cette proposition car, selon eux, elle entraînerait des délais et des coûts supplémentaires.

638. Après plusieurs appels, l'affaire est soumise à la Cour Suprême qui rend sa décision le 15 juin 1987 dans le cas *Société nationale industrielle Aérospatiale vs United States District Court for the Southern District of Iowa*<sup>34</sup>. L'arrêt précise les points suivants :

- La convention de la Haye ne prévoit pas de « procédures exclusives et obligatoires pour obtenir des documents et informations dans un pays étranger signataire. Le langage de la Convention [...] supporte plutôt la thèse selon laquelle l'intention était d'établir des procédures optionnelles pour obtenir les éléments de preuve à l'étranger<sup>35</sup>. » L'application de la convention est donc une simple option qui peut être rejetée par une des parties et le tribunal américain compétent.

- La procédure régulière américaine est donc applicable car « la convention ne peut empêcher le tribunal du district d'ordonner, en vertu des lois fédérales, à la partie adverse, citoyenne d'un pays étranger, de communiquer tout document physiquement détenu dans cette nation étrangère. [De plus,] les lois fédérales s'appliquent pour obtenir des preuves à l'étranger, sauf si les circonstances de l'espèce ne rendent plus raisonnable le recours aux règles conventionnelles <sup>36</sup> ».

---

<sup>33</sup> Voir Justia US Supreme Court, *Société Nationale v. District Court*, 482 U.S. 522 (1987) : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/522/#tab-opinion-1957180>.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Voir la traduction en français d'extraits de l'arrêt dans l'article de Carole Landat-Shelley, avocate : « Uniformiser la recherche de la preuve lors de contentieux internationaux impliquant la France et les États-Unis » paru dans *Village de la Justice*, le 18 janvier 2011 : <https://www.village-justice.com/articles/Uniformiser-recherche-preuve,9444.html>.

<sup>36</sup> *Ibid.*

- L'existence de la loi de blocage française n'est pas un argument opposable car, d'une part, en pratique elle est tout au plus appliquée en France sans conséquence sérieuse pour les contrevenants et, d'autre part, la requête américaine est « peu intrusive (*minimally intrusive*) ».

- « Dans de nombreux cas l'application de la convention serait injustement chronophage et entraînerait des dépenses supplémentaires<sup>37</sup>. » Le recours à la convention ne peut donc même pas être considéré comme une « première alternative (*first resort*) ». Ainsi, en application du principe de courtoisie internationale<sup>38</sup>, il incombe aux tribunaux d'effectuer une analyse au cas par cas pour déterminer si la convention est applicable ou non. Cette analyse tiendra compte notamment des faits propres à chaque cas, des intérêts souverains de chaque partie, et de la probabilité que le recours à la convention « produira des résultats tangibles (*will prove effective*)<sup>39</sup> ».

639. L'arrêt laisse donc aux seuls tribunaux américains le soin de décider si un accord international auquel les États-Unis sont partie est valide et doit être appliqué. La doctrine américaine limite donc sérieusement l'utilisation de la convention de La Haye lorsqu'il s'agit de rechercher des preuves à l'étranger. La position de la Cour Suprême dans le cas *Aérospatiale* a été reprise par la jurisprudence, en particulier dans des litiges liés à l'application des lois antitrust, notamment par la cour du district de Columbia en 2000<sup>40</sup>, puis en 2004 par la cour d'appel du 3<sup>e</sup> district (Pennsylvanie).<sup>41</sup>

640. Depuis, la position officielle du DOJ et des tribunaux semble s'être assouplie, mais reste toutefois ambiguë. En 2014, dans un cas de contentieux soulevé par des actionnaires et impliquant la société française Vivendi, un tribunal de l'État du Delaware<sup>42</sup>, notant que la jurisprudence *Aérospatiale* lui donne une certaine discrétion d'appréciation, admet de donner dans un premier temps la préséance à la procédure de la convention de La Haye de 1970 pour la collecte

---

<sup>37</sup> Dans le texte anglais : *In many situations, Convention procedures would be unduly time consuming and expensive, and less likely to produce needed evidence than direct use of the Federal Rules*. Voir l'analyse du cas sur le site de l'École de Droit de l'Université de Cornell (Cornell Law School, Legal Institute) : <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/482/522>.

<sup>38</sup> Voir ci-dessus: Seconde partie, titre premier, chapitre 1, section 2 : Le principe d'*International Comity*.

<sup>39</sup> Voir l'analyse du cas sur le site de l'École de Droit de l'Université de Cornell. *Ibid*.

<sup>40</sup> *Vitamins Antitrust Litigation*, 94 F. Supp. 2d 26 (D.D.C. 2000).

Voir Justia US Law : <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/94/26/2568930/>.

<sup>41</sup> *Automotive Refinishing Paint Antitrust Litigation*. Voir : FindLaw : <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1419902.html>.

<sup>42</sup> *The Court of Chancery of the State of Delaware, Re: Activision Blizzard Inc Stockholder Litigation*, arrêt du 21 février 2014, <https://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=201670>.

d'informations en France, mais impose un délai court de cinq jours pour l'obtention d'une commission rogatoire<sup>43</sup>. En 2018, dans son arrêt dans un cas antitrust, *Animal Science Products Inc vs Hebei Welcome Pharmaceutical Co Ltd*, la Cour Suprême affirme que les tribunaux fédéraux doivent une « considération respectueuse (*respectful consideration*) » aux requêtes et procédures en place de gouvernements étrangers, mais que les tribunaux « ne sont pas tenus de se plier à ces demandes (*not bound to accord conclusive effect*) »<sup>44</sup>.

Face à la position américaine, les juridictions françaises ont tenté d'opposer la loi de blocage prohibant la divulgation de tout document à caractère « économique, commercial, industriel ou technique concernant un citoyen français ou une société française lors de différends à l'étranger<sup>45</sup> ». Dans l'arrêt *Executive Life* du 12 décembre 2007<sup>46</sup>, la Cour de cassation a condamné un avocat français exerçant en Californie à payer une amende de dix mille euros pour avoir tenté d'obtenir la communication de documents financiers en France en violation de la loi de blocage. En effet, au regard du droit français, l'avocat a commis un délit pénal et aurait dû demander l'émission d'une commission rogatoire en application de la convention de La Haye. Le cas est symbolique mais rare. Il montre la détermination de la juridiction française, mais n'apporte pas de solution pratique au dilemme des sociétés sommées, en application du principe de *discovery*, de soumettre des informations à des tribunaux américains. Dans la plupart des cas, les sociétés s'efforcent d'éviter la confrontation avec les autorités des États-Unis. Les lois de blocage, françaises ou autres, apparaissent ainsi inefficaces, au moins dans leur conception initiale. Nous verrons cependant que, dans les cas de résolutions coordonnées, les dispositions de la loi de blocage française peuvent être respectées en accord, et non en conflit, avec d'autres juridictions.

641. Ainsi les positions française et américaine concernant le caractère obligatoire ou non de la convention de La Haye restent divergentes, même si de part et d'autre on s'efforce d'éviter les conflits et de trouver des solutions pragmatiques afin de ne pas nuire au développement de la coopération judiciaire pénale.

---

<sup>43</sup> Voir l'analyse de Noelle Lenoir dans *Petites Affiches* du 4 juin 2014, en ligne sur Lextenso.fr.

<sup>44</sup> Voir Justia US Law, *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, No. 13-4791 (2d Cir. 2021), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4791/13-4791-2021-08-10.html>.

<sup>45</sup> Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères. Voir Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068321/>

<sup>46</sup> Cass. crim. 12 décembre 2007, *Executive Life*, Juris-Data No. 2007-332254.

## 2. La coopération judiciaire franco-américaine

642. L'entraide judiciaire pénale moderne entre les États-Unis et la France repose principalement sur le traité bilatéral signé à Paris le 10 décembre 1998, et entré en vigueur en 2001, et ses deux annexes qui en précisent les modalités d'application<sup>47</sup>. Auparavant les relations étaient gérées au cas par cas sur la base d'une offre de réciprocité. Certaines procédures, comme les extraditions, étaient régies par des accords plus anciens comme la convention sur les extraditions du 6 janvier 1909. Ces textes toutefois avaient une portée limitée. Le traité de 1998, signé par les ministres Elisabeth Guigou, garde des Sceaux pour la France et Madeleine Albright, Secrétaire d'État, pour les États-Unis, a une portée plus générale. Il précise aussi dans son annexe II que, dans le cas des États-Unis, il s'applique non seulement au DOJ et aux procureurs qui y sont rattachés mais à l'ensemble des autorités « qui ont la responsabilité de mener des enquêtes sur les infractions pénales ainsi que de saisir les procureurs aux fins de poursuite.<sup>48</sup> »

643. En droit américain, le traité du 10 décembre 1998 est un *Mutual Legal Assistance Treaty*, ou MLAT<sup>49</sup>. C'est un instrument destiné à remplacer la pratique des commissions rogatoires qui étaient traditionnellement acheminées de souverain à souverain. La correspondance rogatoire est utilisée lorsque deux entités (par exemple les greffes de deux tribunaux ou un procureur et un officier de police judiciaire) rattachées à des souverains distincts ne peuvent juridiquement communiquer directement entre elles par respect du principe de souveraineté. Pour être valable, une commission rogatoire doit être signée par un juge ou un magistrat ayant un rang et une fonction équivalente. Les États-Unis étant un État fédéral, cette situation s'appliquait entre États fédérés. Par exemple, un juge à New York, pour demander des renseignements sur un mis en cause résidant au Texas, doit requérir une commission rogatoire (*rogatory letter*) émise par le *State Department* de l'État de New York qui lui-même contacte son homologue au Texas ce qui multiplie les délais.

---

<sup>47</sup> Voir Légifrance : Décret n° 2001-1122 du 28 novembre 2001 portant publication du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et les États-Unis : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000393833/>.

<sup>48</sup> Annexe II, article 3 du traité. Une liste indicative des autorités concernées cite le *Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms* ; la *Commodities Futures Trading Commission* ; la *Drug Enforcement Administration* ; le *Federal Bureau of Investigation* ; la *Federal Trade Commission* ; la *Food and Drug Administration* ; l'*Immigration and Naturalization Service* ; l'*Internal Revenue Service* ; la *Securities and Exchange Commission* ; les *Trustees in Bankruptcy*.

<sup>49</sup> D'après Swire, Peter et Hemmings, Justin D. : « *Mutual Legal Assistance in An Era of Globalized Communications* », *NYU Annual Survey of American Law*, Vol 71:687, 2016 : [https://annualsurveyofamericanlaw.org/wp-content/uploads/2017/04/71-4\\_swirehemmings.pdf](https://annualsurveyofamericanlaw.org/wp-content/uploads/2017/04/71-4_swirehemmings.pdf).

Afin d'accélérer et rendre plus efficace la procédure, une documentation standard, applicable dans tous les États fédérés, est établie et codifiée à partir de 1920 par l'*Uniform Interstate Depositions and Discovery Act* (UIDDA). Le nouveau système prévoit des formulaires standardisés et une unité dans chaque État pour centraliser les demandes et assurer le suivi des dossiers. Le système peut être utilisé pour pratiquement toutes les procédures judiciaires : demandes de documents officiels, d'audition de témoin, de perquisition, de recherche de preuve et même d'extradition. Si les demandes sont remplies correctement et conformes aux règles préconisées, elles ont valeur juridique dans tous les États fédérés adhérant à l'accord. En France, État centralisé où un ordre judiciaire rempli à Nice peut être exécutoire à Lille, le problème ne se pose pas. Mais dans le cas de l'État fédéral américain, l'UIDDA introduit une véritable révolution procédurale. Le système institue une coopération effective entre parties requérantes et requises ; il est par la suite intégré au code de procédure fédéral américain (*Federal Rules of Civil Procedure*) et facilite l'exécution d'actions judiciaires au niveau national.

644. Au plan international, la mise en œuvre de l'entraide judiciaire est plus compliquée car, non seulement elle doit considérer les législations et procédures des États requis et requérants, mais aussi prendre en compte toute la structure d'administration de la justice, particulièrement entre juridictions de *common law* et de droit civil. Ainsi, jusqu'au dernier quart du XX<sup>e</sup> siècle les États-Unis coopéraient judiciairement avec de nombreux pays, dont la France, mais cette coopération, fondée sur le principe de courtoisie internationale (*comity*)<sup>50</sup>, prenait essentiellement la forme d'envoi de demandes de commissions rogatoires adressées par les États requérants au *Department of State* fédéral (équivalent du ministère des Affaires Étrangères). Le traitement était généralement lent et parfois aléatoire. Mais un mécanisme, inspiré du UIDDA, mieux adapté à la mondialisation et aux vecteurs modernes de communication est proposé par le DOJ. Une unité spéciale est alors créée, destinée à recevoir les demandes de l'étranger et à en suivre le traitement.

645. Le premier MLAT international américain est signé en 1977 avec la Suisse. Son objectif principal est de permettre l'investigation plus rapide et détaillée de comptes bancaires de non-résidents, alors protégés par les règles helvétiques du secret bancaire<sup>51</sup>. La difficulté principale dans la mise en œuvre d'un MLAT de coopération judiciaire pénale est d'établir des standards de

---

<sup>50</sup> Voir ci-dessus.

<sup>51</sup> Voir Park, William W., « *Legal Policy Conflicts in International Banking* », 50 *Ohio State Law Journal*, 1067, 1097 (1989) cité par Swire et Hemmings (voir ci-dessus).



« double criminalité (*dual criminality*) » qui définissent les délits (ainsi que les peines encourues) de façon à ce que les infractions puissent être poursuivies de manière semblable dans les États requis et requérants. C’est pourquoi les MLAT entre les États-Unis et de nombreux pays européens prévoient des dérogations ou des aménagements pour des crimes punissables par la peine de mort aux États-Unis alors que celle-ci a été abrogée dans la plupart des juridictions européennes. Les États-Unis sont signataires de plus de soixante MLAT<sup>52</sup>. La plupart sont des accords bilatéraux mais certains ont des aspects multilatéraux, comme le traité avec l’Union Européenne signé à Washington le 25 juin 2003. Pour qu’il entre en vigueur<sup>53</sup>, il aura fallu vingt-cinq instruments de ratification séparés (un avec chaque État souverain<sup>54</sup>). Les demandes d’entraide judiciaires sont centralisées aux États-Unis par le Bureau des Affaires Internationales (*Office of International Affairs*, OIA) du DOJ. En France, cette mission est assurée par le Bureau de l’entraide pénale internationale du ministère de la Justice.

646.L’entraide bilatérale franco-américaine, selon un magistrat français<sup>55</sup>, bénéficie depuis plusieurs années de la volonté commune de surmonter les difficultés qui résultent de la profonde différence des systèmes juridique et judiciaire des deux pays. Le nombre des sollicitations toutefois est asymétrique :

<sup>52</sup> Une liste est publiée par World Encyclopedia of Law : [https://lawin.org/list-of-mutual-legal-assistance-treaties-by-](https://lawin.org/list-of-mutual-legal-assistance-treaties-by-country/#:~:text=ContentsList%20of%20Mutual%20Legal%20Assistance%20Treaties%20by%20CountryAlgeriaAntigua,Herz.BrazilBulgariaCanadaChileChinaColombiaCyprusCzech%20Rep.DenmarkDominicaDominican%20Rep.EcuadorEgyptEstoniaFinlandFranceGermanyGreeceGrenadaGuatemalaHong%20KongHungaryIndiaIndonesiaIranIrelandIrelandIsraelItalyJamaicaJapanKazakhstanKoreaKosovoKuwaitKyrgyzstanLatviaLiechtensteinLithuaniaLuxembourgMacedoniaMalaysiaMexicoMonacoMongoliaNetherlandsNew%20ZealandNicaraguaNorwayOmanPanamaParaguayPeruPhilippinesPolandPortugalRomaniaRussiaSaint%20LuciaSingaporeSouth%20AfricaSpainSri%20LankaSt.)

[country/#:~:text=ContentsList%20of%20Mutual%20Legal%20Assistance%20Treaties%20by%20CountryAlgeriaAntigua,Herz.BrazilBulgariaCanadaChileChinaColombiaCyprusCzech%20Rep.DenmarkDominicaDominican%20Rep.EcuadorEgyptEstoniaFinlandFranceGermanyGreeceGrenadaGuatemalaHong%20KongHungaryIndiaIndonesiaIranIrelandIrelandIsraelItalyJamaicaJapanKazakhstanKoreaKosovoKuwaitKyrgyzstanLatviaLiechtensteinLithuaniaLuxembourgMacedoniaMalaysiaMexicoMonacoMongoliaNetherlandsNew%20ZealandNicaraguaNorwayOmanPanamaParaguayPeruPhilippinesPolandPortugalRomaniaRussiaSaint%20LuciaSingaporeSouth%20AfricaSpainSri%20LankaSt.](https://lawin.org/list-of-mutual-legal-assistance-treaties-by-country/#:~:text=ContentsList%20of%20Mutual%20Legal%20Assistance%20Treaties%20by%20CountryAlgeriaAntigua,Herz.BrazilBulgariaCanadaChileChinaColombiaCyprusCzech%20Rep.DenmarkDominicaDominican%20Rep.EcuadorEgyptEstoniaFinlandFranceGermanyGreeceGrenadaGuatemalaHong%20KongHungaryIndiaIndonesiaIranIrelandIrelandIsraelItalyJamaicaJapanKazakhstanKoreaKosovoKuwaitKyrgyzstanLatviaLiechtensteinLithuaniaLuxembourgMacedoniaMalaysiaMexicoMonacoMongoliaNetherlandsNew%20ZealandNicaraguaNorwayOmanPanamaParaguayPeruPhilippinesPolandPortugalRomaniaRussiaSaint%20LuciaSingaporeSouth%20AfricaSpainSri%20LankaSt.)

<sup>53</sup> Voir la discussion à ce sujet sur le portail du Sénat américain : *Mutual Legal Assistance Agreement with the European Union, Senate Consideration of Treaty Document 109-13* : <https://www.congress.gov/treaty-document/109th-congress/13/document-ext#:~:text=Mutual%20Legal%20Assistance%20between%20the%20United%20States%20of,that%20is%20an%20integral%20part%20of%20the%20Agreement.>

<sup>54</sup> Sauf pour le Benelux considéré comme un souverain unique.

<sup>55</sup> Voir Laffont, Dominique : “L’entraide pénale entre la France et les États-Unis”, article publié le 31 décembre 2007 par le Cercle Jefferson : <https://www.cerclejefferson.org/articles/8566-l-entraide-penale-entre-la-france-et-les-etats> Unis#:~:text=La%20France%20et%20les%20Etats Unis%20d%27Am%C3%A9rique%20sont%20li%C3%A9s%2C,est%20entr%C3%A9en%20vigueur%20le%201er%20d%C3%A9cembre%202001.

Figure 33 - Statistiques fournies par le ministère de la Justice le 28 janvier 2022<sup>56</sup>

|                      | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
|----------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Demandes françaises  | 68   | 59   | 58   | 43   | 41   | 61   | 71   | 60   | 51   | 60   | 93   |
| Demandes américaines | 25   | 32   | 33   | 26   | 31   | 16   | 54   | 51   | 33   | 31   | 47   |

647. Au cours de la dernière décennie, le nombre annuel de demandes de la France vers les États-Unis varie de quarante à une centaine alors qu'il est d'une vingtaine à une cinquantaine en sens inverse<sup>57</sup>. La quantité plus élevée de demandes françaises pourrait s'expliquer par l'utilisation de la procédure de *discovery* dans les enquêtes lancées aux États-Unis alors qu'un avocat ou magistrat français à la recherche d'informations aux États-Unis est tenu d'appliquer la *Convention de La Haye* et donc de solliciter une commission rogatoire ou une lettre d'enquête. La durée nécessaire au traitement de chaque demande est très variable, de quelques jours à plus d'un an lorsqu'une investigation doit être diligentée, mais le processus a été amélioré ces dernières années avec la numérisation des procédures. L'objet des demandes d'entraide a également évolué et la recherche de preuves électroniques (contrôle de serveurs) est devenue un aspect prépondérant<sup>58</sup>.

648. La lutte contre le terrorisme, les stupéfians, les fraudes financières et le blanchiment sont à l'origine de la plupart des demandes d'entraide. Les déplacements de magistrats de part et d'autre de l'Atlantique, malgré une diminution récente due aux conditions sanitaires prévalentes, sont fréquents afin de leur permettre de participer à l'exécution de leurs demandes d'entraide par l'autorité requise. Dans le cadre du traité bilatéral, des visites mutuelles d'évaluation et de suivi ont lieu régulièrement, normalement tous les 18 mois, bien que les voyages aient été interrompus en 2020 et 2021 en raison de la pandémie. Dans la foulée de la visite d'Etat du président Macron aux États-Unis, une mission française du ministère de la Justice, incluant notamment des représentants de l'AFA et du PNF s'est rendue à Washington fin 2022 renforçant ainsi une coopération particulièrement active<sup>59</sup>.

649. Depuis 2018, on a franchi une nouvelle étape dans la coopération par la création de groupes d'enquête communs réunissant experts et magistrats de plusieurs juridictions pour l'instruction

<sup>56</sup> Information fournie par le ministère de la Justice, mail à l'auteur.

<sup>57</sup> Informations obtenues lors d'un entretien avec un haut responsable du ministère de la Justice français le 28 janvier 2022.

<sup>58</sup> Informations obtenues lors d'entretiens avec la magistrate de liaison à Washington.

<sup>59</sup> Conversation de l'auteur avec la magistrate de liaison.

d'affaires complexes transnationales. Dans ces cas, un protocole spécifique est préliminairement établi définissant le rôle de chaque participant. Cette approche a notamment été utilisée pour le règlement des contentieux Société Générale (2018) et Airbus (2020).

650. Toutefois, si on peut se réjouir du développement récent de l'entraide pénale franco-américaine qui permet de lutter plus efficacement contre la corruption transnationale, il convient de ne pas sous-estimer la persistance de difficultés quasi institutionnelles qui sont des freins à cette coopération. Afin de mieux comprendre les différences d'approches, il est utile d'examiner les obstacles principaux du côté français à l'entraide pénale.

#### **D. Les obstacles à la coopération judiciaire**

651. Pour bien apprécier les obstacles à la coopération judiciaire pénale bilatérale et mesurer l'ampleur du rapprochement entre les deux juridictions ces dernières années, il est utile d'examiner l'évolution de la notion de responsabilité pénale des sociétés de part et d'autre de l'Atlantique et de s'interroger sur la persistance de domaines réservés en France qui semblent échapper à la mise en place des mesures de lutte contre la corruption.

##### **1. La problématique de la responsabilité pénale des sociétés**

652. La notion de responsabilité pénale des sociétés, concept ancien aux États-Unis mais récent en France, est à l'origine de bien des divergences de traitement entre les juridictions française et américaine. Par ailleurs, chaque pays a ses propres exigences pour les obligations du personnel politique afin de limiter les risques de corruption. Il est donc nécessaire de retracer la façon dont chaque juridiction aborde la question de la responsabilité des personnes morales et physiques.

##### **a. Conceptions traditionnelles de la responsabilité pénale aux États-Unis et en France**

653. Le principe de la responsabilité pénale des sociétés est un concept bien établi dans le droit des États-Unis<sup>60</sup> ; il en va différemment en France où le code pénal de 1810, en vigueur jusqu'en 1994, affirme la seule responsabilité individuelle.

---

<sup>60</sup> Voir dans la première partie de cette thèse, « La responsabilité pénale des sociétés », Titre 1, Chapitre 2.

654. En France, la proclamation de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 consacre les droits et les devoirs, et par conséquent la responsabilité, individuels<sup>61</sup>. Par réaction contre les corporatismes de l'Ancien Régime, la *loi Le Chapelier* de 1791 interdit les « corporations des citoyens du même état ou profession.<sup>62</sup> » Elle n'est abrogée qu'en 1864 par la *loi Ollivier* qui abolit le délit de coalition<sup>63</sup>. Certes le code de commerce de 1807 pose les bases de l'organisation des sociétés par actions et des sociétés en commandite par actions, et donc de la responsabilité des différents organes. En pratique, la jurisprudence française suit le principe selon lequel « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait <sup>64</sup> ». Alors que le droit américain reconnaît la possibilité de responsabilité par fait d'autrui (*vicarious liability*), dans la conception française, la responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité du fait personnel de la personne morale incarnée par ses représentants. Ce n'est qu'en 1994 que le principe de la responsabilité pénale des personnes morales est reconnu par le législateur dans des cas spécifiques puis, plus généralement, par la loi du 9 mars 2004. Il y a donc un décalage de près d'un siècle entre la France et les États-Unis concernant la possibilité de condamner pénalement des entreprises et le dispositif français demeure plus restrictif que l'américain.

#### b. Apparition du concept de responsabilité pénale des personnes morales en France

655. La loi du 9 mars 2004, dite *loi Perben 2*, entre en vigueur le 31 décembre 2005 mais, dans un premier temps, les tribunaux semblent hésiter à la mettre en application tant le concept est nouveau dans le système juridique français.

Dans le nouveau dispositif, le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales est limité par le texte même de l'article 121-2 du code pénal tel que modifié en 2004 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

---

<sup>61</sup> L'article 2 précise : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

<sup>62</sup> L'article 1 de la loi indique : « L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit. »

<sup>63</sup> Voir Institutions Professionnelles : 1791 : la loi Le Chapelier interdit les corporations. Article publié le 15 décembre 2020. Voir : <https://institutions-professionnelles.fr/reperes/documents/119-1791-la-loi-le-chapelier-interdit-les-corporations>.

<sup>64</sup> Article 121-1 du code pénal.

656. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public<sup>65</sup>. » Ainsi, contrairement au droit américain, la loi française exclut l'État et les entités de droit public qui y sont rattachées. On retrouve la spécificité française de l'existence d'un droit d'ordre administratif distinct d'un droit que l'on qualifierait de commun (*common law*) en Amérique.

657. De plus, les conditions d'engagement de la responsabilité pénale sont également plus restrictives qu'aux États-Unis. La première loi de 1994 contenait une clause de spécificité : seules certaines infractions pouvaient être poursuivies. Cette condition limitative est abandonnée dans la loi de 2004, cependant la responsabilité pénale des personnes morales n'est engagée que par « des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants<sup>66</sup> ». L'approche française reste donc moins large que l'américaine qui admet une sorte de « responsabilité par association (*vicarious responsibility*) » dès lors qu'un lien, même indirect, peut être établi entre une entreprise et un dommage ou une infraction.

658. En outre la jurisprudence française semble fluctuante. En 2006 la Cour de cassation admet qu'il n'est pas indispensable d'identifier la personne physique à l'origine de l'infraction quand cette dernière ne peut qu'être imputable à la personne morale ou résulter de ses pratiques<sup>67</sup>. Mais, sans doute consciente d'avoir été trop loin, la Cour rappelle en 2011 les conditions limitatives de l'application de la loi<sup>68</sup>. Dans au moins un cas, en 2015, la cour d'appel de Paris refuse de reconnaître la responsabilité pénale d'une société, Safran, au prétexte que les individus à l'origine de la commission du délit n'avaient pas une position hiérarchique suffisante pour engager l'entreprise<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Légifrance. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000006417204/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006417204/).

<sup>66</sup> *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

<sup>67</sup> Cour de cassation, chambre criminelle 20 juin 2006, 05-87.147. Légifrance.

<sup>68</sup> Voir l'analyse publiée par Dalloz, « Point sur la responsabilité pénale des personnes morales », 18 mai 2012.

<sup>69</sup> Cour d'appel de Paris, 7 janvier 2015, 13<sup>e</sup> chambre correctionnelle, numéro 12/08695. Cas cité par la professeure Juliette Lelieur dans sa communication au Colloque international de Bale du 21 au 23 juin 2017 : “*French Report on Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law*”. Les actes du colloque ont été publiés par la *Revue internationale de droit pénal* [https://ius.unibas.ch/fileadmin/user\\_upload/ius/09\\_Upload\\_Personenprofile/01\\_Professuren/Gless\\_Sabine/Gless\\_Emdin\\_eds.\\_Prosecuting\\_Corporations\\_for\\_Violations\\_of\\_International\\_Criminal\\_Law\\_-\\_Jurisdictional\\_Issues\\_RIDP\\_2017\\_2.pdf](https://ius.unibas.ch/fileadmin/user_upload/ius/09_Upload_Personenprofile/01_Professuren/Gless_Sabine/Gless_Emdin_eds._Prosecuting_Corporations_for_Violations_of_International_Criminal_Law_-_Jurisdictional_Issues_RIDP_2017_2.pdf).

659. Cependant la jurisprudence a évolué en tenant compte du changement de paradigme apporté par la *loi Sapin 2*. Une interprétation plus large de la responsabilité pénale de la personne morale, d'ailleurs en ligne avec la jurisprudence européenne<sup>70</sup>, est renforcée le 16 juin 2021 lorsque la Cour de cassation rejette le pourvoi présenté par la société Alcatel-Lucent<sup>71</sup> contre un arrêt de la cour d'appel de Paris qui la condamnait à une amende de 150 000 euros pour corruption active d'agent public étranger. Le principal argument du pourvoi était que la société mère française ne pouvait être condamnée pour des infractions commises par d'autres entités dans d'autres juridictions. Dans sa décision, la cour affirme clairement qu'une société mère peut être reconnue coupable pour des agissements commis par une filiale à l'étranger ou ses représentants<sup>72</sup>.

660. On note ainsi un rapprochement doctrinal récent mais significatif entre les positions française et américaine. Il subsiste néanmoins quelques différences, en particulier en ce qui concerne la responsabilité pénale en cas de fusion ou acquisition.

### c. La responsabilité pénale à la suite d'une fusion

661. Aux États-Unis, la doctrine de la *Successor Liability* (responsabilité de la succession) s'applique aux cas de fusions et acquisitions de sociétés. L'entité juridique qui subsiste après la fusion ou l'acquisition assume automatiquement tout le passif des entités antérieures, y compris les conséquences de possibles actes criminels. Dans ces cas, la loi comme la pratique américaines sont que l'acquéreur est tenu, avant l'absorption, de conduire une enquête de *due diligence* détaillée. Si celle-ci révèle de possibles infractions, elles doivent être portées à l'attention des autorités compétentes<sup>73</sup> et font habituellement l'objet d'un avenant à l'accord d'acquisition. Toute

---

<sup>70</sup> Notamment l'arrêt de la CJUE du 5 mars 2015 C.343/13. Voir plus loin.

<sup>71</sup> Alcatel-Lucent SA, la société mère française, avait déjà en 2010 réglé plus de \$130 millions d'amende aux États-Unis pour faits de corruption (violation du FCPA). Voir ci-dessus Seconde Partie, Titre premier, chapitre 2, section 2.

<sup>72</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 juin 2021, 20-83.098. Le résumé du cas publié par Légifrance est particulièrement clair :

« Selon l'article 121-2 du code pénal, les personnes morales sont déclarées pénalement responsables s'il est établi qu'une infraction a été commise, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. La cour de cassation a justifié [la décision de] la cour d'appel qui, pour retenir la responsabilité pénale d'une société holding, retient que la corruption active d'agent public étranger a été commise, pour le compte de cette société, par la combinaison des interventions de trois salariés de ses filiales, représentants de fait de la société mère en raison de l'existence de l'organisation transversale propre au groupe et des missions qui leur étaient confiées, peu important l'absence de lien juridique et de délégation de pouvoirs à leur profit, et du RAC central, organe de ladite société composé de dirigeants du groupe dont la mission l'amenait à valider, pour le compte de ce groupe, le recours à des paiements illicites sous couvert de contrats de consultants ».

<sup>73</sup> La SEC lorsque les sociétés sont cotées ou émettent de la dette sur les marchés financiers américains.

infraction non signalée à ce moment peut engager la responsabilité pénale de l'acquéreur ou de la nouvelle entité résultant de l'acquisition et l'exposer à de lourdes amendes<sup>74</sup>. À titre d'exemple, lors de la crise des surprimes, Bank of America, une des plus grandes banques américaines, s'est portée acquéreur, pourtant avec l'encouragement du DOT, de *Countrywide*, institution spécialisée dans les prêts immobiliers. Cette acquisition s'est avérée une des plus désastreuses de l'histoire financière<sup>75</sup>. En plus des provisions et coûts pour frais juridiques et comptables estimés à une quarantaine de milliards de dollars, Bank of America a été contraint en 2014, plus de cinq ans après l'acquisition, de régler des amendes pour violation de diverses lois fédérales pour un montant de \$16,65 milliards<sup>76</sup>. Les régulateurs appliquent la doctrine avec une certaine souplesse tenant compte des circonstances, mais toute déficience de *due diligence* lors de la fusion peut être lourdement sanctionnée.

662.À l'inverse, la position doctrinale traditionnelle française est qu'il ne peut être imputé à l'acquéreur les délits commis par l'entité fusionnée, car il s'agit de deux personnes juridiques distinctes. Cette position, avec quelques nuances, était affirmée par la jurisprudence au moins jusqu'en 2016 : « La société absorbée [...] ne peut voir sa responsabilité pénale engagée [car] cette société n'a plus d'existence juridique, et ce, depuis sa radiation au registre du commerce et des sociétés. [...] L'action publique se trouve éteinte à son encontre ; son comportement infractionnel ne peut donc plus être poursuivi, encore moins condamné à une peine d'amende. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'amende pénale a été fixée de façon définitive avant la fusion de deux sociétés, bien que non encore soldée, de sorte qu'elle fait partie du patrimoine passif de la société absorbée, que la société qui l'absorbe est tenue de la payer [...] Étant précisé que, même dans cette hypothèse, l'absorbante n'en était pas pour autant reconnue coupable <sup>77</sup> ».

663.Cependant la doctrine et la jurisprudence changent diamétralement en 2020. Dans un arrêt du 25 novembre<sup>78</sup>, concernant la société Iron Montain France SAS, la chambre criminelle de la

---

<sup>74</sup> Voir *FCPA Guide*.

<sup>75</sup> “*The worst deal in the history of American finance* (la pire opération dans toute l'histoire de la finance américaine)” selon Tony Plath, professeur de finance, dans un éditorial du *Wall Street Journal*. Cité par *Huffpost* le 29 juin 2012. [https://www.huffpost.com/entry/bank-of-america-countrywide-merger\\_n\\_1638131](https://www.huffpost.com/entry/bank-of-america-countrywide-merger_n_1638131).

<sup>76</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 21 août 2014, « *Bank of America to Pay \$16.65 Billion in Historic Justice Department Settlement for Financial Fraud Leading up to and During the Financial Crisis* ». <https://www.justice.gov/opa/pr/bank-america-pay-1665-billion-historic-justice-department-settlement-financial-fraud-leading>.

<sup>77</sup> Chambre criminelle 25 octobre 2016, n° 16-80.366. Cité par Julie Gallois dans l'article cité.

<sup>78</sup> Chambre criminelle, n° 18-86.955 FP-PBI n° 2333

Cour de cassation considère que dorénavant, en cas de fusion-absorption d'une société par une autre, la société absorbante peut, à certaines conditions, être condamnée pénalement pour des faits commis par la société absorbée avant la fusion<sup>79</sup>. L'arrêt précise : « Le juge qui constate qu'il a été procédé à une opération de fusion-absorption [...] ayant entraîné la dissolution de la société mise en cause, peut, après avoir constaté que les faits objet des poursuites sont caractérisés, déclarer la société absorbante coupable de ces faits et la condamner à une peine d'amende ou de confiscation. Cependant, cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne peut s'appliquer aux fusions antérieures à la présente décision<sup>80</sup>. »

664. L'évolution marquée de la jurisprudence française en ce qui concerne la responsabilité pénale des sociétés à la suite de fusion la rapproche de la conception américaine mais le changement est récent et n'implique pas nécessairement que les régimes français et américain soient totalement alignés.

Une autre spécificité française qui peut créer des obstacles majeurs dans la lutte contre la corruption est le maintien de certains « domaines réservés ».

## 2. Les « domaines réservés » comme obstacles à la coopération judiciaire pénale

665. Les pratiques du « secret-défense » et du « secret fiscal » en France entravent la lutte contre la corruption transnationale. Selon le rapport d'évaluation de l'OCDE publié en décembre 2021<sup>81</sup>, un nombre non négligeable d'allégations impliquant des sociétés françaises pour des faits de corruption n'a pas fait l'objet d'une enquête. En mars 2021, le groupe de travail répertorie 85 affaires distinctes suscitant des soupçons documentés d'actes de corruption transnationale commis par des firmes françaises contre lesquelles aucune investigation ou poursuite ne semble engagée<sup>82</sup>. Les lacunes des autorités compétentes peuvent s'expliquer par le manque de moyens du parquet, nous y reviendrons<sup>83</sup>, mais le rapport impute, au moins pour partie, ces manquements aux pratiques de certaines administrations françaises, en particulier les ministères des Armées et de l'Économie.

---

<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/12/18-86955.pdf>.

<sup>79</sup> Voir l'article de Julie Gallois, « Responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée », *Dalloz Actualité* 10 décembre 2020. <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/responsabilite-penale-de-societe-absorbante-pour-des-faits-commis-par-societe-absorbee#.YfnX0fhOnCs>.

<sup>80</sup> Arrêt précité du 25 novembre 2020, paragraphes 37 et 38.

<sup>81</sup> OCDE Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4 France

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>83</sup> Voir ci-dessous.



Les experts de l'OCDE, parfois appuyés sur et par des informations de presse crédibles, dénoncent en particulier les pratiques qui gouvernent l'exportation d'armements et les contrôles fiscaux.

a. Le secret-défense et le manque de transparence dans l'exportation de matériel militaire

666. Alors que les États-Unis s'efforcent de mettre en place des procédures destinées à réduire les risques de corruption dans les exportations d'armement, le secret-défense continue de freiner les efforts de la France dans ce domaine.

L'affaire Lockheed aux États-Unis dans les années 1970 a été à l'origine des premières dispositions législatives de lutte effective contre la corruption transnationale et a inspiré le vote du FCPA<sup>84</sup>. Les États-Unis sont le premier exportateur mondial d'équipements militaires, mais ce matériel est produit par des entreprises privées, soumises aux obligations de vigilance de la lutte contre la corruption. Depuis 1976, l'exportation d'armement est encadrée par la loi *US Arms Export Control Act* (AECA) et une réglementation détaillée, *International Traffic in Arms Regulations*, ou ITAR.

667. La réglementation ITAR est mise en œuvre par le DOS sur délégation du Président des États-Unis. Elle définit les biens et services susceptibles d'être exportés, les destinations et intermédiaires autorisés et les conditions annexes, y compris les modes de financement. Le champ d'application de la réglementation ITAR est très large car il couvre non seulement les produits dont des composantes sont considérées comme stratégiques mais aussi des services, y compris les contrats liés à la maintenance, la formation et la recherche ; les tierces parties (fournisseurs, cocontractants, sous-traitants, distributeurs, transporteurs, intermédiaires) autorisés ainsi que les restrictions possibles<sup>85</sup>. Les exportations sont sujettes à une licence accordée par un bureau

---

<sup>84</sup> Voir ci-dessus.

<sup>85</sup> L'étendue de la réglementation ITAR est résumée dans le tableau ci-dessous.

Source: "Is my company subject to ITAR?" Mémoire de B. McVey, avocat, du 6 février 2012.

spécial<sup>86</sup> du DOS qui dispose de pouvoirs d'enquête. Toute exportation doit faire l'objet d'un contrat contenant des clauses obligatoires, y compris l'engagement de toutes les parties impliquées (vendeur, acheteur, intermédiaire, sous-contractant) à adhérer aux obligations du FCPA et autres lois américaines. La réglementation s'applique aux sociétés comme aux individus, américains et étrangers. Les violations de l'AECA ou de la réglementation ITAR peuvent entraîner de lourdes pénalités pour les personnes morales ou physiques. L'*enforcement* est également strict : plusieurs compagnies ont été condamnées à différentes reprises, parmi lesquelles Boeing (cinq fois) ; Lockheed Martin, Raytheon et L-3 (trois fois) ; ITT, Hughes et Security Assistance International (2 fois)<sup>87</sup>. Les enquêtes pour violation de la réglementation ITAR peuvent conduire à d'autres chefs d'accusation et les condamnations sont généralement accompagnées d'une suspension de licence et de l'obligation de mettre en place des systèmes de compliance adéquats. Les poursuites au titre d'ITAR ne sont pas nécessairement rendues publiques mais, parmi les sociétés qui ont dû payer des amendes, on peut citer<sup>88</sup> FLIR Systems (\$30 millions en 2018), Meggitt USA (\$25 millions en 2013), Esterline Technologies Corporation (\$20 millions en 2014), L3 Harris Technologies (\$13 millions en 2019) et Airbus (\$10 millions en 2020). La très grande majorité des amendes semble frapper des firmes américaines.

#### WHAT IS ITAR?

| <u>Industries Affected</u>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <u>Items Covered</u>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Manufacturing</li> <li>• Engineering</li> <li>• Technical services</li> <li>• Electronics</li> <li>• Maritime</li> <li>• Communications</li> <li>• Navigation</li> <li>• Information technology</li> <li>• High performance materials</li> <li>• Aerospace</li> <li>• Chemicals</li> <li>• Architecture/design</li> <li>• Construction</li> <li>• Satellites</li> <li>• Transportation</li> <li>• Training</li> <li>• Consulting</li> <li>• Security services</li> <li>• Intelligence services</li> <li>• Protective personnel equipment and shelters</li> <li>• Exports/Imports</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Products, technical data, software and services on U.S. Munitions List</li> <li>• Items originally designed, developed or configured for military use</li> <li>• Commercial items modified or adapted for military use</li> <li>• Items developed with SBIR or other defense research funding</li> <li>• Parts, components and accessories of USML items</li> <li>• End-products that contain ITAR-controlled parts (See-Through Rule)</li> <li>• Manufacturing and testing equipment used to manufacture USML items</li> <li>• Services using only commercial items for military organizations</li> <li>• Computers modified to be used with USML items</li> <li>• Imports of USML items</li> <li>• Classified products, technical data and services</li> <li>• Activities regulated under ITAR "broker" rule</li> </ul> |

<sup>86</sup> Directorate of Defense Trade Controls, DDTC.

<sup>87</sup> Voir Fried Frank, *ITAR Enforcement Digest*, 2020, p. 6.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

668. La mise en œuvre depuis des décennies de la réglementation ITAR ne signifie pas pour autant l'absence de cas de corruption. Les commissions du Congrès ainsi que les ONG<sup>89</sup> et les journalistes dénoncent régulièrement des scandales, notamment pour la fourniture de services en Irak et en Afghanistan. En 2016, le DOS établit une procédure et un modèle de questionnaire exigeant que toute demande de licence soit accompagnée de réponses écrites à des questions liées aux risques de corruption. La procédure, suspendue par l'administration Trump, est rétablie en 2021. Toute fausse déclaration peut engager la responsabilité pénale de l'auteur. Les activités purement militaires peuvent être couvertes par le secret-défense et les exportateurs d'armements bénéficient du soutien de l'administration et de la diplomatie des États-Unis. Ils ont aussi la possibilité d'offrir à leurs clients des conditions de financement, voire de dons dans certains cas, particulièrement généreuses. La position américaine au sein de l'OTAN et d'autres organisations transnationales est également un atout pour les exportateurs. Cependant l'aspect financier de leurs activités est soumis aux mêmes règles que toute autre entreprise américaine. Les sociétés exportatrices de matériel militaire qui sont cotées en bourse sont tenues d'inclure dans leurs informations financières la liste des amendes payées. En 2021 par exemple, Boeing a réglé un total d'amendes pour fraude de plus de \$2,5 milliards.<sup>90</sup> Ainsi les obligations légales et réglementaires de lutte contre la corruption, de vigilance, de transparence et de contrôle s'appliquent aux États-Unis à l'ensemble des sociétés, quel que soit leur secteur d'activité.

669. Les exportations d'armes, en France comme aux États-Unis, sont un sujet politiquement sensible. Plusieurs études<sup>91</sup> confirment que c'est une activité particulièrement exposée aux risques de corruption pour au moins six raisons : (1) la confidentialité des transactions couvertes par le secret-défense ; (2) le camouflage fréquent des destinataires finaux et des intermédiaires ; (3) la fragmentation et souvent l'opacité des circuits de production (composants), de transport, de distribution et des modes de paiement ; (4) la haute technicité de certains produits et leur forte

---

<sup>89</sup> Voir par exemple les études de Transparency International et les propositions d'établir des standards d'intégrité (*industry integrity*) pour les activités à caractère militaire : <https://ti-defence.org/what-we-do/industry-integrity/>, *Holes in the Net: US Arms Export Control Gaps in Combatting Corruption*, une étude de Transparency en 2020 propose une série de réformes ayant pour objectif de renforcer les contrôles et de réduire les risques de corruption, [https://ti-defence.org/wp-content/uploads/2020/01/US\\_Arms\\_Export\\_Gaps\\_in\\_Combatting\\_Corruption\\_v2d\\_digital.pdf](https://ti-defence.org/wp-content/uploads/2020/01/US_Arms_Export_Gaps_in_Combatting_Corruption_v2d_digital.pdf).

<sup>90</sup> \$2 546 610 000 pour huit infractions ayant fait l'objet de poursuites. La documentation toutefois ne précise pas si les fraudes sont des violations d'ITAR ou d'autres réglementations. Source : *Violation Tracker Parent Company Summary*, <https://violationtracker.goodjobsfirst.org/parent/boeing>.

<sup>91</sup> Voir par exemple Perlo-Freeman, Sam, "Arms, Corruption and the State: Understanding the role of arms trade corruption in powers politics", *The Economics of Peace and Security Journal*, Vol.13, N°2 (2018).

valeur ajoutée ; (5) les pressions politiques pour disposer d'un matériel sophistiqué ; et (6) l'attrait de gains financiers particulièrement importants et faiblement exposés aux risques de condamnation<sup>92</sup>. Aux États-Unis, dès 1961, le président Eisenhower met en garde contre les méfaits du complexe militaro-industriel<sup>93</sup>. En France, en revanche, à la même époque, par souci d'affirmer sa souveraineté et fort d'une tradition militaire de plusieurs siècles, le pays se lance dans la production d'armes de plus en plus sophistiquées. Cet effort est soutenu économiquement par des exportations, en particulier vers les anciennes colonies. La France devient ainsi le troisième exportateur mondial de matériel militaire depuis 2016, derrière les États-Unis et la Russie<sup>94</sup>. Ces activités, qui se développent dans le cadre constitutionnel de la V<sup>e</sup> République, font naturellement partie du « domaine réservé » de l'exécutif ; il en résulte une certaine opacité. Comme le souligne une journaliste « en France, la transparence sur les exportations d'armes est quasi inexistante : Parlement impuissant, système décisionnel obscur, opinion publique peu mobilisée [...] La vente d'armes françaises se fait de manière discrète, voire secrète.<sup>95</sup> » Les exportations sont soumises à licence préalable délivrée par la Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre (CIEEMG), mais celle-ci ne communique pas sur ses méthodes et le ministère des Armées se borne à fournir une liste annuelle au Parlement. Certains élus français semblent plus préoccupés de garantir des sources de financement aux entreprises du « monde de la défense » que de lutter contre la corruption<sup>96</sup>. Dans d'autres pays occidentaux (Allemagne, Canada, États-Unis, Italie, Royaume Uni, Suède par exemple) le Parlement a au moins un droit de regard sur les exportations d'armement et des missions de contrôle parlementaires aident à démasquer les cas de corruption les plus flagrants et, parfois, à réorienter la politique nationale<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> D'après Feinstein, Andrew, Holden, Paul et Pace. Barnaby, *Corruption and the arms trade: sins of Commission*, Stockholm International Peace Research Institute, SIPRI Yearbook 2011, p. 17  
<https://www.sipri.org/yearbook/2011/01>.

<sup>93</sup> Discours d'adieu du président Dwight D. Eisenhower le 17 décembre 1961  
<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=90>.

<sup>94</sup> OCDE Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4 France, décembre 2021, p. 11.

<sup>95</sup> Article de Diane Regny paru dans *Le Monde* du 16 avril 2019  
[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/04/16/en-france-la-transparence-sur-les-exportations-d-armes-est-quasi-inexistante\\_5451108\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/04/16/en-france-la-transparence-sur-les-exportations-d-armes-est-quasi-inexistante_5451108_3210.html).

<sup>96</sup> Voir le *Rapport de la « mission flash » sur le financement de l'industrie de la défense* présenté le 17 février 2021 par les députés Françoise Ballet-Blu et Jean-Louis Thieriot.

<sup>97</sup> Article de Diane Regny, précité.

670. Le cadre juridique des exportations françaises d'armement a été refondu par une loi de juin 2011 entrée en vigueur l'année suivante<sup>98</sup>. Dans le système mis en place, comme le souligne le rapport d'évaluation de l'OCDE, « les obligations légales et réglementaires des entreprises titulaires d'une licence sont contrôlées a posteriori et non plus a priori<sup>99</sup>. » Ce contrôle est effectué par un service indépendant de la Direction Générale de l'Armement (DGA), donc en principe peu susceptible d'être influencé par les exportateurs. Mais les critères de l'octroi des licences n'ont pas changé<sup>100</sup>. Ils font référence au respect des engagements internationaux de la France, ce qui pourrait inclure la *Convention de l'OCDE contre la corruption*. Cependant le rapport de l'OCDE précise que « la France a indiqué [aux inspecteurs] que la Convention n'est pas citée parmi les engagements internationaux pris en compte dans les contrôles car [ceux-ci ne visent pas] à vérifier la conformité en matière de lutte contre la corruption. <sup>101</sup> » De plus la DGA ne vérifie l'absence de condamnation des sociétés que lors des délivrances d'autorisation de fabrication, de commerce et d'intermédiation (AFCI) qui ont une validité de cinq ans. Ni les CJIP, ni les condamnations non définitives ne sont prises en considération lors de l'enquête précédant une AFCI<sup>102</sup>.

671. En juin 2021 le ministère des Armées publie son *Rapport au Parlement sur les Exportations d'Armement de la France*<sup>103</sup>. La ministre des Armées s'y félicite du niveau des exportations et souligne que cette politique est menée « dans le respect le plus strict des exigences liées aux exportations d'armement, en pleine conformité avec nos valeurs et nos engagements internationaux<sup>104</sup>. » On ne trouve cependant dans le rapport de 128 pages aucune mention des affaires de corruption d'agents publics étrangers qui ont pourtant été documentées par les associations Sherpa, Transparency ainsi que par des journalistes d'investigation.

672. L'affaire des Rafale vendus à l'Inde illustre bien la difficulté de mettre fin aux pratiques occultes de corruption. Les contrats d'exportation des avions Rafale construits par Dassault sont

---

<sup>98</sup> LOoi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000024228630/>

<sup>99</sup> Rapport OCDE p. 25.

<sup>100</sup> Article R. 2335-20 du code de la défense.

<sup>101</sup> Rapport OCDE p. 25, paragraphe numéro 46.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Rapport au Parlement sur les exportations d'armement de la France*

<https://www.defense.gouv.fr/content/download/616773/10303962/file/Rapport%20au%20Parlement%20sur%20les%20exportations%20d'armement%20de%20la%20France%202021.pdf>.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 3.

régulièrement approuvés par la CIEEMG puis contrôlés a posteriori par la DGA. Ils donnent lieu à des annonces publiques exprimant la satisfaction des membres du gouvernement. Pourtant des pots-de-vin ou « arrangements spéciaux » semblent être souvent des conditions à ces contrats. Ainsi le 26 octobre 2018 Sherpa dépose une plainte auprès du tribunal de Paris concernant « les circonstances troubles » entourant la signature d'un accord franco-indien signé en 2016 portant sur la production et vente par Dassault Aviation de 36 avions Rafale pour un montant de 7,8 milliards d'euros. L'agent sur place de l'opération est le groupe indien Reliance, entreprise sans expérience dans l'aéronautique mais contrôlée par Anil Amani, qui a la réputation d'être un ami proche du Premier Ministre indien<sup>105</sup>. L'affaire est largement commentée par la presse en Inde et en France<sup>106</sup>. Cependant en juin 2019, Éliane Houlette, alors procureur de la République financier, décide de mettre fin à l'enquête, classée sans suite pour « absence d'infraction », apparemment contre l'avis de son adjoint chargé de l'affaire<sup>107</sup>. Le 22 avril 2021, Sherpa dépose une autre plainte contre X avec constitution de partie civile. Le PNF le 14 juin diligente alors un nouveau juge d'instruction. Selon les avocats de Sherpa : « C'est un premier pas important vers la manifestation de la vérité dans un dossier qui présente déjà toutes les apparences d'un scandale d'État.<sup>108</sup> » Neuf mois plus tard, aucune annonce concernant la nouvelle enquête n'a été publiée tandis que les exportations de Rafale se poursuivent avec l'appui des autorités françaises vers l'Inde, le Qatar, la Grèce, l'Égypte, les Émirats Arabes Unis, l'Indonésie et la Croatie<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Reliance a aussi financé en 2017, à hauteur de 1 480 000 euros, un film produit par Julie Gayet qui était alors la compagne du président de la République français. Voir *Le Monde* du 23 septembre 2018 et *The Indian Express* du 27 septembre 2018. : [https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/09/22/vente-de-rafale-a-l-inde-francois-hollande-et-julie-gayet-au-coeur-de-la-polemique\\_5358681\\_823448.html](https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/09/22/vente-de-rafale-a-l-inde-francois-hollande-et-julie-gayet-au-coeur-de-la-polemique_5358681_823448.html)

<https://indianexpress.com/article/india/rafale-controversy-reliance-entertainment-francois-hollande-bjp-narendra-modi-india-france-5376140/>

<sup>106</sup> En avril 2019, *Le Monde* avait révélé que la France avait annulé en 2015 un redressement fiscal de 143,7 millions d'euros visant une entreprise française appartenant à Reliance. [https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/07/02/affaire-des-rafale-vendus-a-l-inde-un-juge-francais-charge-d-enqueter\\_6086789\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/07/02/affaire-des-rafale-vendus-a-l-inde-un-juge-francais-charge-d-enqueter_6086789_3234.html).

<sup>107</sup> Selon *Le Point* du 2 juillet 2021 : « Le PNF avait classé sans suite la première dénonciation de Sherpa en juin 2019, sans ouvrir d'enquête préliminaire. Mais en avril [2021] Mediapart a accusé dans une série d'articles ce parquet spécialisé dans la lutte contre les infractions financières et l'Agence française anticorruption (AFA) d'avoir "enterré" les soupçons entourant cette vente controversée. Selon le site d'informations, l'ex-chef du PNF Eliane Houlette aurait refusé d'enquêter sur cette vente aéronautique d'ampleur, contre l'avis de son adjoint. "Ce dossier a été classé sans suite pour absence d'infraction", avait répondu le PNF, tandis que l'AFA n'avait pas souhaité réagir." [https://www.lepoint.fr/societe/un-juge-francais-charge-d-enqueter-sur-la-vente-des-rafale-a-l-inde-en-2016--02-07-2021-2433949\\_23.php](https://www.lepoint.fr/societe/un-juge-francais-charge-d-enqueter-sur-la-vente-des-rafale-a-l-inde-en-2016--02-07-2021-2433949_23.php)

<sup>108</sup> Déclaration à l'AFP, citée par le journal *Le Point* (voir référence ci-dessus).

<sup>109</sup> Voir *Politics Today* du 1<sup>er</sup> février 2022 : *Dassault Rafale vs. F-35: More than Just Selecting a Combat Aircraft* <https://politicstoday.org/french-dassault-rafale-vs-american-lockheed-martin-f35-lightning-combat-aircrafts/>

673. Les examinateurs de l'OCDE dans leur rapport d'évaluation de la France regrettent que la DGA jusqu'alors n'ait été à l'origine d'aucune détection de fait de corruption dans un secteur particulièrement vulnérable à ce type de risque<sup>110</sup>. Ils recommandent des contrôles beaucoup plus rigoureux de ce point de vue lors de l'octroi et du contrôle de licences d'exportation d'armement<sup>111</sup>. Une vigilance accrue, tant au niveau des sociétés que de l'administration est nécessaire. Pourtant, en application de l'article 40 du code de procédure pénale<sup>112</sup> en vigueur depuis 2004, tous les fonctionnaires sont tenus de signaler tout crime ou délit. Cette obligation, rappelée aux intéressés par la circulaire Belloubet de 2020<sup>113</sup>, s'applique aux fonctionnaires du ministère des Armées comme à ceux du ministère de l'Économie et ceux en poste à l'étranger, bien placés pour avoir vent de cas possibles de corruption d'agents publics étrangers.

#### b. Le secret fiscal et la non-transmission d'informations financières

674. Aux États-Unis, comme on l'a vu<sup>114</sup>, au moins depuis la création de l'IRS, l'administration fiscale participe activement, en collaboration avec d'autres services fédéraux, à la lutte contre les crimes financiers. Ainsi c'est grâce à la coopération entre l'IRS et le FBI qu'Al Capone a pu être inculpé, condamné et emprisonné en 1931 à Chicago. Les agents de l'IRS continuent de fournir régulièrement aux enquêteurs du DOJ et aux parquets américains des informations qui permettent l'arrestation d'individus soupçonnés de corruption et autres crimes.

675. La conception traditionnelle française du recouvrement de l'impôt et de l'utilisation d'informations fiscales pour établir l'existence d'autres crimes est différente. L'obligation pour les citoyens de payer l'impôt est reconnue par la *Déclaration des Droits de l'Homme* de 1789<sup>115</sup>. Celle-ci affirme aussi les principes de légalité de l'impôt (l'impôt est mis en place par la loi) et de l'égalité de traitement des citoyens devant l'impôt. Toutefois l'administration de l'impôt, matière éminemment technique, est confiée à des services spécialisés qui, en parallèle aux lois de finance

---

<sup>110</sup> Rapport OCDE, p. 25.

<sup>111</sup> Rapport OCDE, p. 26.

<sup>112</sup> « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »  
[https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article\\_lc/LEGIARTI000006574933/](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006574933/).

<sup>113</sup> Circulaire du 2 juin 2020 de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale.  
Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44989>

<sup>114</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie, Titre 1, chapitre 2, Section 3 B « La lutte contre l'évasion fiscale ».

<sup>115</sup> Article 13 : Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.

annuelles, élaborent une réglementation complexe. Vers la fin du xx<sup>e</sup> siècle, l'autonomie du droit fiscal, appuyée sur les pratiques administratives et la jurisprudence du Conseil Constitutionnel<sup>116</sup>, est largement admise et devient une « tarte à la crème.<sup>117</sup> » Ainsi en France, à la différence du système américain, le contentieux de l'impôt est réglé par des organismes et procédures spécifiques. Le cadre judiciaire de la fiscalité française est particulièrement difficile à saisir pour un juriste américain en raison des compétences concurrentes de différents ordres juridiques (administratif, civil, pénal) qu'on ne trouve pas outre Atlantique. Le recouvrement cependant peut faire l'objet de procédures précontentieuses ou amiables comparables aux résolutions pénales hors procès américaines. Par exemple, l'article L247 du *Livre des procédures fiscales* indique que le contribuable peut solliciter de l'administration des « remises totales ou partielles d'impôts directs régulièrement établis<sup>118</sup> ». De plus le juge de l'impôt français dispose de pouvoirs étendus car il n'est pas tenu par l'argumentation des parties et peut requalifier les éléments présentés afin de fonder les faits sur d'autres dispositions que celles qui avaient été retenues à l'origine.

676. Jusqu'au début du xxi<sup>e</sup> siècle, l'administration fiscale française ne se soucie guère de corruption internationale. En fait, par souci d'appuyer le développement des exportations, elle autorise régulièrement la déductibilité des « frais commerciaux extérieurs ». Selon une procédure dite « du confessionnal » en vigueur jusqu'en 1993, les entreprises exportatrices pouvaient interroger l'administration des douanes ou celle des impôts pour obtenir une assurance orale quant à la déductibilité d'une commission occulte. En cas de contrôle, l'administration ne revenait pas sur l'avis oral qu'elle avait donné<sup>119</sup>. Par la suite, il a été admis que certains frais commerciaux extérieurs pouvaient être déductibles s'ils (a) ne sont pas versés à des agents publics étrangers, (b) peuvent être considérés comme un « acte normal de gestion », c'est-à-dire correspondent à un

<sup>116</sup> Décision 91-302 DC du 30 décembre 1991. Selon le commentaire de Philippe Durand (voir ci-dessous) : « le Conseil Constitutionnel a simplement voulu indiquer qu'il existait une sorte de règle d'autonomie du droit fiscal qu'il a motivé non par un principe fondamental du droit mais par la simple spécificité de l'objet de la loi fiscale. »

<sup>117</sup> L'expression serait du professeur M. Cozian, cité par Philippe Durand dans « Jurisprudence fiscale : autonomie et contradictions du droit fiscal », *La Revue administrative*, vol. 47, no. 279, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 252–55, <http://www.jstor.org/stable/40774043>.

<sup>118</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006069583/LEGISCTA000006147338?dateVersion=07%2F02%2F2022&isAdvancedResult=&nomCode=7\\_uuMg%3D%3D&page=2&pageSize=10&query=mandetetransaction&searchField=ALL&searchProximity=&searchType=ALL&tab\\_selection=code&typePaging=ARTICLE&typeRecherche=date&anchor=LEGISCTA000006147338#LEGISCTA000006147338](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069583/LEGISCTA000006147338?dateVersion=07%2F02%2F2022&isAdvancedResult=&nomCode=7_uuMg%3D%3D&page=2&pageSize=10&query=mandetetransaction&searchField=ALL&searchProximity=&searchType=ALL&tab_selection=code&typePaging=ARTICLE&typeRecherche=date&anchor=LEGISCTA000006147338#LEGISCTA000006147338).

<sup>119</sup> Voir le blog d'Etienne de Larminat, avocat fiscaliste : Commissions et corruption à l'international : quel régime fiscal ? Texte publié le 21 avril 2020, consulté le 5 février 2022.



service réel dont la rémunération n'est pas excessive par rapport au service rendu, (c) ne constituent pas une fraude ou un abus et (d) sont étayés par une documentation adéquate<sup>120</sup>.

677. L'entrée en vigueur de la convention de l'OCDE contre la corruption conduit en 2000 à l'adoption d'un nouvel article 39.2bis du CGI<sup>121</sup> qui met fin à la déductibilité fiscale des transactions couvertes par la convention. Cependant l'administration fiscale ne coopère que timidement aux enquêtes sur des cas de corruption transnationale, même lorsque les demandes d'informations proviennent de juges d'instruction français. Dans ses *Mémoires d'un juge trop indépendant*<sup>122</sup>, le juge van Ruymbeke explique que lorsqu'il écrit au ministre des Finances pour lui demander une main levée concernant Elf, société soupçonnée d'avoir versé des pots-de-vin à des agents publics étrangers, « le ministre refuse sèchement, sans autre forme d'explication<sup>123</sup>. »

678. Le « Verrou de Bercy », le dispositif qui encadre en France la poursuite pénale des auteurs d'infractions financières est longtemps perçu comme un obstacle dans la lutte contre la corruption nationale et transnationale. Institué par une loi de 1920, le principe initial est qu'en « matière de fraude fiscale, les poursuites judiciaires [pénales] contre les fraudeurs et leurs complices ne peuvent être engagées que sur une plainte préalable de l'administration, déposée à la suite de l'avis conforme d'une commission administrative chargée de se prononcer sur l'opportunité des poursuites – la commission des infractions fiscales (CIF)<sup>124</sup> ». En pratique ce système accorde à l'administration fiscale un monopole des enquêtes et poursuites et lui permet de négocier directement avec les fraudeurs présumés de possibles accords sans supervision judiciaire. « Pendant longtemps, l'administration fiscale n'a transmis à la justice que des dossiers dans lesquels la fraude fiscale était avérée et pour lesquels, dans un souci d'exemplarité, il paraissait

---

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> « À compter de l'entrée en vigueur sur le territoire de la République de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, les sommes versées ou les avantages octroyés, directement ou par des intermédiaires, au profit d'un agent public au sens du 4 de l'article 1<sup>er</sup> de ladite convention ou d'un tiers pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans des transactions commerciales internationales, ne sont pas admis en déduction des bénéfices soumis à l'impôt »  
[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006069577/LEGISCTA000006197183?dateVersion=08%2F02%2F2022&nomCode=E92-7A%3D%3D&page=1&query=corruptiond%27agentpublicetranger&searchField=ALL&tab\\_selection=code&typeRecherche=date&anchor=LEGIARTI000044978650#LEGIARTI000044978650](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069577/LEGISCTA000006197183?dateVersion=08%2F02%2F2022&nomCode=E92-7A%3D%3D&page=1&query=corruptiond%27agentpublicetranger&searchField=ALL&tab_selection=code&typeRecherche=date&anchor=LEGIARTI000044978650#LEGIARTI000044978650)

<sup>122</sup> Van Ruymbeke, Renaud, *Mémoires d'un juge trop indépendant*, Tallandier, Paris, 2021.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>124</sup> Sénat. Rapport n° 87 (2013-2014) de M. Eric Boquet, fait au nom de la Commission d'enquête sur le rôle des banques, déposé le 17 octobre 2013. p. 258.

nécessaire d'ajouter une répression pénale aux sanctions fiscales déjà imposées. L'administration fiscale se trouvait, en revanche, démunie lorsque, confrontée à une fraude complexe, commise notamment par le recours à des comptes à l'étranger ou à des montages juridiques sophistiqués, elle ne disposait pas des éléments suffisants pour étayer sa procédure administrative, en amont d'une éventuelle saisine de la justice<sup>125</sup> ». Ce dispositif a sans doute permis de solder discrètement des contentieux et d'assurer des recouvrements au bénéfice des finances publiques. Il apparaît toutefois comme une dérogation majeure au droit commun selon lequel c'est au ministère public d'apprécier l'opportunité de poursuites. Il crée aussi des opacités, freine la coopération internationale<sup>126</sup>, et ne permet pas de contrôles a posteriori. Pourtant, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel déclare le 22 juillet 2016 que le dispositif est une construction juridictionnelle (donc susceptible d'être modifiée) conforme à la constitution<sup>127</sup>.

679. Mais à la suite de critiques, tant internationales<sup>128</sup> que nationales<sup>129</sup>, le processus de saisine du parquet est réaménagé par la loi du 23 octobre 2018<sup>130</sup> relative à la lutte contre la fraude fiscale, complétée par deux circulaires du 9 mars 2019 et du 4 octobre 2021. La nouvelle loi, en particulier, annonce la levée du secret fiscal qui était jusqu'alors opposable au parquet<sup>131</sup>. Elle instaure aussi l'obligation de dénoncer les faits au parquet dans les cas les plus graves et des peines plus lourdes pour les fraudeurs et leurs complices. La réforme ne supprime pas totalement le verrou de Bercy mais atténue considérablement les possibilités de blocage. Elle diminue les prérogatives exclusives du fisc et encourage une coopération beaucoup plus étroite avec le parquet. En cas de poursuites d'affaires complexes, les circulaires préconisent l'utilisation des procédures CRPC et CJIP.

---

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>126</sup> Dans la mesure où l'administration fiscale française ne répond pas aux sollicitations de juges d'instruction ou de demandes émanant de juridictions étrangères avec lesquelles la France est liée par traité.

<sup>127</sup> Décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016.

<sup>128</sup> Selon le rapport d'évaluation de la France, Phase 3, octobre 2012 : « Certains faits très médiatisés ont contribué à créer un climat de suspicion quant à l'indépendance du parquet dans les affaires politico-financières... [Les examinateurs] encouragent donc la France à poursuivre les réformes [...] en modifiant son cadre normatif. » (Paragraphe 88 p. 38 et 96 p. 41).

<sup>129</sup> Provoqués notamment par l'« affaire Cahuzac ».

<sup>130</sup> Légifrance : Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037518803/>

<sup>131</sup> Article L142A : -Les agents des finances publiques sont déliés du secret professionnel à l'égard du procureur de la République avec lequel ils peuvent échanger des informations couvertes par ce secret indépendamment de l'existence d'une plainte ou d'une dénonciation [...]

Article L228 : Sans préjudice des plaintes dont elle prend l'initiative, l'administration est tenue de dénoncer au procureur de la République les faits qu'elle a examinés dans le cadre de son pouvoir de contrôle [...]

680. Malgré la volonté affichée des dirigeants politiques, la coopération entre les services économiques et fiscaux d'une part et les enquêteurs judiciaires nationaux ou internationaux d'autre part est lente à s'instaurer. Dans son évaluation de la France de 2021, le rapport de l'OCDE note que la part relative des affaires de corruption d'agents étrangers ayant leur origine dans un signalement de l'administration fiscale a diminué : seulement 2 affaires sur 72 détectées, soit 3 %, entre 2013 et 2021. Selon les examinateurs « ce maigre résultat [...] semble indiquer que [l'administration fiscale française] est en mesure de détecter des pots-de-vin dissimulés sous la forme de dépenses licites mais ne transmet que rarement cette information au parquet<sup>132</sup>. »

Toutefois le même rapport d'évaluation de l'OCDE note que depuis 2013 la France a entrepris « des réformes législatives et institutionnelles de première importance<sup>133</sup>. » Ce renouvellement de la politique pénale française atteste une volonté de se doter de moyens efficaces et compatibles avec ceux utilisés dans d'autres juridictions, notamment les États-Unis. Il se crée donc un nouveau paradigme français de la lutte contre la corruption transnationale dont nous analysons maintenant les principales composantes institutionnelles et procédurales.

## **Section 2. Création d'un nouveau paradigme français**

681. De nouvelles lois, institutions et procédures mises en place en France à partir de 2013 facilitent la coordination de la lutte contre la corruption transnationale. Notre propos ici est de rappeler les principaux changements intervenus et d'évaluer leur portée eu égard aux dispositions qui existent dans d'autres pays, en particulier les États-Unis. La nature et la portée des réformes intervenues ont transformé le système français qui, vu d'outre Atlantique, avait la réputation d'être plutôt passif et très protecteur des intérêts nationaux, en un partenaire actif.

Pour bien appréhender l'ampleur de ce changement, intervenu en moins d'une décennie, il convient d'en retracer les étapes législatives et institutionnelles du côté français, puis d'analyser plus particulièrement le nouveau cadre mis en place par la loi *Sapin 2* et le développement et l'utilisation de procédures de « justice négociée. »

---

<sup>132</sup> Rapport OCDE, paragraphe 49, p. 26.

<sup>133</sup> Rapport OCDE, Résumé, p. 6.

## A. La création de la HATVP et du PNF vue au prisme américain

682. Une « tempête de feu (*firestorm*) », selon l'expression du chroniqueur du *New York Times* à Paris, s'abat en avril 2013 sur le système politique français<sup>134</sup> à la suite de révélations de comptes secrets en Suisse et à Singapour détenus par Jérôme Cahuzac, ministre du Budget. L'indignation générale d'alors en France est comparable à celle que l'Amérique a connu, près de quarante ans plus tôt, lors du scandale du Watergate<sup>135</sup>. Dans les deux cas de nouvelles dispositions législatives et institutionnelles, dans le but de limiter la corruption et augmenter la transparence, sont adoptées en réaction aux événements. Cependant chaque pays a son approche particulière : plus axée sur les contrôles financiers aux États-Unis alors que la transparence est le premier objectif en France. Le système américain vise plutôt le corrupteur en mettant à contribution les sociétés et surtout les intermédiaires financiers pour dévoiler des flux financiers illicites. En revanche le mécanisme français crée de nouvelles institutions, la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVPP) et le Parquet National Financier (PNF). L'objectif initial de la HATVP est de démasquer de possibles conflits d'intérêts chez les personnes exerçant des responsabilités politiques. Le PNF quant à lui est un parquet spécialisé dans la poursuite de crimes financiers.

### 1. La HATVP : une institution en quête de fonctions

683. La HATVP est instituée par la loi du 11 octobre 2013 et devient opérationnelle en janvier 2014. Sa première mission est de garantir la probité des parlementaires et gouvernants. Elle a pour objectif de les mettre à l'abri de tout conflit d'intérêts, c'est-à-dire « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.<sup>136</sup> » Pour ce faire, elle remplace la Commission pour la transparence de la vie politique, dont les pouvoirs et les ressources étaient considérés comme limités et insuffisants pour assurer efficacement sa mission de contrôle et surveillance. La loi crée des obligations de déclaration d'intérêts et de patrimoine pour les parlementaires et le personnel politique de haut niveau. C'est la HATVP,

---

<sup>134</sup> Voir l'article du *New York Times* du 4 avril 2003 : « *French Uproar on Secret Assets Escalates* » par Steven Erlanger et Nicolas Clark.

<sup>135</sup> Voir I<sup>ère</sup> partie.

<sup>136</sup> Article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Voir Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000028057472>.

autorité voulue « totalement indépendante » par le président de la République<sup>137</sup>, qui est chargée de recueillir, analyser et vérifier ces déclarations. Les catégories de personnes assujetties à ces obligations sont progressivement accrues et incluent désormais non seulement les parlementaires et membres du gouvernement mais aussi la plupart des candidats à des postes électifs, membres des cabinets ministériels et les fonctionnaires de haut rang, y compris les magistrats et militaires. Après vérification, les déclarations des principaux élus et responsables politiques peuvent être consultées publiquement sur le site de l'autorité ou dans les mairies. En mars 2017, pour la première fois en France, la HATVP rend publiques les déclarations de patrimoine des candidats à l'élection présidentielle, assurant ainsi une meilleure transparence qu'aux États-Unis où depuis le début du siècle les candidats, à l'exception de Donald Trump, avaient pris pour habitude de publier la copie de leur déclaration annuelle de revenus, bien que ce ne soit pas une obligation légale.

En 2020 la HATVP a reçu 17 113 déclarations de patrimoine et d'intérêts<sup>138</sup>. Elle a effectué la même année 1 538 relances formelles amiables et a procédé à 349 injonctions<sup>139</sup> ; à la fin de l'année 4 306 déclarations étaient consultables en ligne<sup>140</sup>. La HATVP dispose de pouvoirs d'enquête : elle peut recouper les informations reçues avec l'administration fiscale et, sous certaines conditions, les établissements financiers ; elle peut, en cas de manquement, prononcer des injonctions et transmettre au parquet des dossiers pour des poursuites pénales. Ses vérifications permettent de découvrir des anomalies ou manquements qui peuvent entraîner des conséquences politiques. En 2014, une ministre<sup>141</sup> qui avait soumis une déclaration incomplète est conduite à la démission ; un secrétaire d'État<sup>142</sup> est aussi contraint de quitter le gouvernement à la suite d'un contrôle fiscal sollicité par la HATVP. Toutefois la possibilité de démettre de ses fonctions un membre du gouvernement ne dépend pas du contrôle effectué mais d'une décision de l'intéressé, du Premier ministre ou du président de la République. La HATVP a également relevé des éléments

---

<sup>137</sup> Discours de François Hollande du 10 avril 2013. Voir France Info : « Hollande annonce la création d'une "haute autorité de la transparence" », [https://www.francetvinfo.fr/politique/affaire/cahuzac/video-hollande-les-regles-sur-le-patrimoine-des-responsables-publics-seront-entierement-revues\\_300189.html](https://www.francetvinfo.fr/politique/affaire/cahuzac/video-hollande-les-regles-sur-le-patrimoine-des-responsables-publics-seront-entierement-revues_300189.html).

<sup>138</sup> HATVP, Rapport d'activité 2020, p. 65 :

[https://www.HATVPp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/06/HATVPP\\_RA2020\\_web\\_PAP\\_VF.pdf](https://www.HATVPp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/06/HATVPP_RA2020_web_PAP_VF.pdf).

<sup>139</sup> *Ibid.* p. 70.

<sup>140</sup> *Ibid.* p. 106.

<sup>141</sup> Yamina Benguigui, ministre déléguée chargée de la Francophonie. Après transmission par la HAITV du dossier (et des articles publiés par *Marianne* et le *Canard enchaîné*), elle est condamnée en correctionnelle pour déclaration incomplète le 23 septembre 2015 mais dispensée de peine.

<sup>142</sup> Thomas Thevenoud, secrétaire d'État au commerce extérieur.

pouvant indiquer des infractions dans les déclarations d'au moins huit parlementaires<sup>143</sup> et a transmis ses informations à la justice ; certains ont été condamnés mais d'autres poursuivent leurs mandats.

684. Une autre mission, le contrôle du lobbying, est confiée par la loi *Sapin 2* à la HATVP qui est ainsi chargée de l'encadrement de la représentation d'intérêts en France<sup>144</sup>. Tous les groupes d'intérêt actifs dans le pays sont désormais tenus de se faire enregistrer auprès de l'autorité et de lui fournir régulièrement certains renseignements financiers. Les entités concernées peuvent être des sociétés de droit privé, des cabinets conseil, des organismes représentatifs, comme les syndicats ou chambres de commerce, ou des organisations non gouvernementales. La HATVP administre le registre des représentants d'intérêts qui, à part quelques données à caractère confidentiel, peut être consulté en ligne par le public. En 2020, il y avait 2 301 entités de lobbying recensées en France ; par comparaison il y en avait 11 524 aux États-Unis<sup>145</sup>. Le fait, pour un représentant d'intérêts en France, de ne pas communiquer, de sa propre initiative ou à la demande de la Haute Autorité, les informations qu'il est tenu de fournir peut-être puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Toutefois le dispositif, qui devait devenir opérationnel en 2018, ne le sera qu'à partir de juillet 2022.

685. Par ailleurs la HATVP est habilitée à agréer les associations dont l'objet social est de lutter contre la corruption et promouvoir la transparence<sup>146</sup> ; ces associations ont à leur tour la possibilité de saisir la HATVP lorsqu'elles ont connaissance d'une situation ou de faits qui pourraient indiquer une infraction aux lois en vigueur ; elles peuvent aussi saisir directement le parquet et se constituer partie civile.

---

<sup>143</sup> Bernard Brochand, Lucien Degauchy, Bruno Sido, Serge Dassault, Patrick Balkany, Jean-Noël Guerini, Jean-Marie et Marine Le Pen  
Source : Wikipedia : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Haute\\_Autorit%C3%A9\\_pour\\_la\\_transparence\\_de\\_la\\_vie\\_publique](https://fr.wikipedia.org/wiki/Haute_Autorit%C3%A9_pour_la_transparence_de_la_vie_publique).

<sup>144</sup> Voir en particulier le rapport public publié sur *Vie Publique* le 31 octobre 2021 : « L'encadrement de la représentation d'intérêts - Bilan, enjeux de l'extension du répertoire à l'échelon local et propositions. » <https://www.vie-publique.fr/rapport/282453-encadrement-de-la-representation-dinterets>.

<sup>145</sup> *Étude comparative des dispositifs d'encadrement du lobbying*, dossier HATVP publié le 21 octobre 2020 : <https://www.HATVPp.fr/presse/etude-comparative-des-dispositifs-dencadrement-du-lobbying/>.

<sup>146</sup> L'agrément est valable pour une durée de trois ans et doit être renouvelé après cette période. Quatre associations en France ont reçu l'agrément de la HATVP : Transparency International France ; Sherpa International ; Association pour une démocratie directe (non renouvelé) ; Anticor (Source : Wikipedia).

La loi du 6 août 2019 sur la transformation de la vie publique<sup>147</sup> fait de l'autorité l'institution de référence en matière de déontologie des fonctionnaires et agents publics. Elle donne son avis préalablement à toute nomination dans les postes élevés de la fonction publique ; elle contrôle les projets de création ou de reprises d'entreprises si des fonds publics sont investis afin de veiller à ce qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts ou de détournement de pouvoir et elle contrôle le « pantouflage » c'est-à-dire la reconversion professionnelle des responsables et agents publics vers le secteur privé. À cet égard elle exerce une activité de conseil, aussi bien auprès des intéressés qui peuvent l'interroger, que des pouvoirs publics auxquels elle fait des recommandations d'ordre déontologique ou émet des avis. La HATVP a publié une dizaine d'études sur des thèmes liés à la déontologie et la probité<sup>148</sup> et ne ménage pas « ses efforts pour contribuer à diffuser une culture de l'intégrité au cœur de la sphère publique et de l'ensemble de la société<sup>149</sup> », en France comme à l'étranger. Ainsi depuis le 1<sup>er</sup> avril 2021 l'Autorité assure le secrétariat du Réseau des registres européens du lobbying. Elle participe à de nombreuses rencontres internationales, est membre fondateur du Réseau pour l'intégrité qui regroupe les représentants de 16 juridictions et du Réseau francophone d'éthique et de déontologie parlementaire<sup>150</sup>.

686. Certaines analyses sont à l'origine de recommandations au gouvernement et aux parlementaires. En particulier une *Étude comparative des dispositifs d'encadrement du lobbying*<sup>151</sup> dans 41 juridictions met en lumière les différences de conception du contrôle des groupes d'influence de pays à pays. On peut cependant s'étonner du choix de certaines juridictions dans la base de comparaison (par exemple la Catalogne, l'Écosse ou le Monténégro). Selon la HATVP, ces travaux ouvrent la voie à des échanges permettant de déceler les meilleures pratiques. Il nous semble toutefois que l'approche est très simplificatrice. L'étude contient un tableau synoptique qui permet de comparer les systèmes des différentes juridictions. L'extrait ci-dessous a trait aux systèmes américain et français :

---

<sup>147</sup> La même loi crée dans les services administratifs des postes de référents déontologiques qui peuvent saisir la HATVP. En 2020, il y eut 511 saisines dans le cadre de la loi de 2019. Source : Rapport d'activité 2020, p. 26.

<sup>148</sup> HATVP, Rapport d'activité 2020, p. 198 .

<sup>149</sup> *Avant-propos du président*, HATVP, Rapport d'activité 2020, p. 2.

<sup>150</sup> HATVP, Rapport d'activité 2020, p. 163 et suivantes.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 164.

Figure 34

Tableau synoptique de la regulation du lobbying aux États-Unis et en France selon la HATVP<sup>152</sup>

| Zone géographique | Date et modifications de la loi sur le lobbying | Structure en charge du registre                           | Définition de "Activité de lobbying"                                                                                                                                              | Définition de "Lobbyiste"                                                                                                                                                                                                               | Nombre de lobbyistes inscrits | Contenu des déclarations                                                                                                                                                                        | Fréquence des déclarations | Sanctions pour manquement aux obligations déclaratives ou déontologiques         | Moyens de contrôle                                                                                                                     | Lien vers le registre        |
|-------------------|-------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------|
| États-Unis        | 1946, 1995, 2007                                | Bureau de la chambre des représentants<br>Bureau du Sénat | Toute communication orale, écrite ou électronique adressée à certains responsables publics définis concernant une politique publique                                              | Toute personne employée par un client pour une compensation financière dont les services comprennent plus d'un contact de lobbying et dont les activités de lobbying représentent plus de 20 % de son temps ; ou tout lobbyiste salarié | 11 524                        | Institution publique visée ; données sur les clients à l'initiative des activités de lobbying ; type de décision publique visée ; montant des dépenses, type et objet des activités de lobbying | Trimestrielle              | Amende (entre 50 000 USD et 200 000 USD)<br>Peine de prison maximale de cinq ans | 4 220 cas d'infractions potentielles au Lobbying Disclosure Act transmis au procureur entre 2009 et 2019                               | disclosurespreview.house.gov |
| France            | 2016                                            | Haute Autorité pour la transparence de la vie publique    | Toute communication à l'initiative du représentant d'intérêts auprès de certains responsables publics ou sujet de certaines décisions publiques en vue d'influencer ces décisions | Personne physique dans le cadre d'une activité professionnelle, ou personne morale dont un dirigeant, un employé ou un membre exerce des actions de représentation d'intérêts comme activité principale ou régulière.                   | 2 301                         | Type de responsable public contacté ; montant des dépenses, type et objet de la représentation d'intérêts ; type de décision publique visée ; lien avec des organisations professionnelles      | Annuelle                   | Amende (15 000 €)<br>Peine de prison maximale d'un an                            | Pouvoir de contrôle sur pièces et sur place, sans que le secret professionnel ne puisse lui être opposé<br>50 contrôles menés en 2020. | hatvp.fr                     |

Dans les lignes consacrées aux États-Unis il n'est fait aucune mention de la loi FARA de 1938, qui est pourtant à la base du contrôle des agents étrangers<sup>153</sup>, ni de l'arrêt *Citizens United* de 2010 de la Cour Suprême qui permet aux groupes de pression de participer au financement des campagnes électorales. Ces lacunes mettent en question les compétences des auteurs.

687. Il ne paraît pas établi que la Haute Autorité dispose des moyens et des ressources humaines et budgétaires nécessaires pour accomplir de manière efficiente l'ensemble de ses missions. Son président demande régulièrement des moyens supplémentaires<sup>154</sup>. Le processus des déclarations de patrimoine et d'intérêts qui sont réclamées à des dizaines de milliers de personnes semble bien formaliste alors que seule une enquête plus approfondie de type KYC<sup>155</sup>, comme celle exigée des intermédiaires financiers aux États-Unis, permet une détection sérieuse des risques de corruption. Or fin 2020, la HATVP employait 65 agents et avait un budget de 7,1 millions d'euros.

<sup>152</sup> HATVP, Tableau extrait de l'*Étude comparative des dispositifs d'encadrement du lobbying*, octobre 2020 : [https://www.HATVPp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/06/etude-comparative\\_internationale.pdf](https://www.HATVPp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/06/etude-comparative_internationale.pdf)

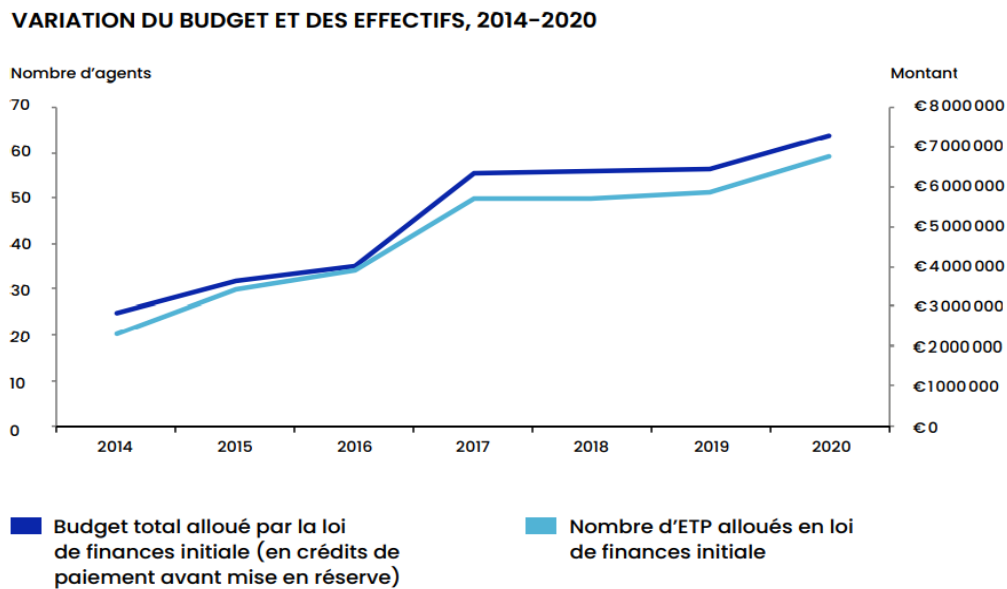
<sup>153</sup> Voir ci-dessus.

<sup>154</sup> Voir par exemple l'article de Bastien Scordia publié dans *Vie Publique* le 11 février 2021 : « Didier Migaud : "Il faut renforcer les capacités d'investigation de la HATVP" ».

<sup>155</sup> Voir ci-dessus.



*Figure 35*  
*Variation du budget et des effectifs de la HATVP de 2014 à 2020<sup>156</sup>*



688. La gouvernance de l'institution devait en garantir l'indépendance. Son collège, composé de treize membres ayant un mandat non renouvelable de six ans, comprend en majorité des magistrats désignés par le Conseil d'État, la Cour des Comptes et la Cour de cassation ainsi que deux membres nommés par le gouvernement. Malgré la présence de quatre membres choisis par l'Assemblée nationale et le Sénat, les fonctionnaires de carrière dominent le collège. De plus son président est nommé par décret du président de la République<sup>157</sup> et on voit mal un chef d'État y nommant un adversaire politique.

689. Aux États-Unis, le principe même de la HATVP serait inconstitutionnel car contraire à la doctrine de séparation stricte des pouvoirs. En effet, la mission d'origine consiste à contrôler principalement des parlementaires (branche législative), mais le président de l'institution est nommé par décret du président de la République, et la majorité des membres du collège (magistrats et fonctionnaires) sont rattachés à la branche exécutive. Aux États-Unis chacune des assemblées législatives, Chambre des Représentants et Sénat, est chargée de contrôler ses membres et, s'il y a lieu, diligenter des enquêtes pour lesquelles le concours du FBI ou de l'IRS peut être sollicité. Le

<sup>156</sup> HATVP, Rapport d'activité 2020, p. 183.

<sup>157</sup> Le premier président, de 2013 à 2019 était Jean-Louis Nadal, auparavant procureur général près la Cour de cassation. Didier Migaud, ancien premier président de la Cour des Comptes lui succède en 2020.

système n'est sans doute pas un modèle d'impartialité mais, même sous l'administration Trump (2017 à 2020), les enquêtes parlementaires ont révélé des irrégularités qui ont conduit à au moins seize démissions d'élus.<sup>158</sup> Celles-ci toutefois s'expliquent aussi par le rôle joué par la presse dont la liberté d'investigation et d'expression est garantie par le premier amendement de la constitution.

Alors qu'aux États-Unis le contrôle des élus se fait principalement par autorégulation, l'efficacité du système français, bien plus lourd et bureaucratique, ne semble pas probante. Lors des discussions sur le projet de loi créant la HATVP en avril 2013, le président de l'Assemblée nationale, Claude Bartolone, se déclarait favorable à la mise en place de contrôles et à la transparence mais mettait en garde contre le risque de créer une « démocratie paparazzi »<sup>159</sup>. Il ne semble pas avoir été écouté. La légitimité même de l'institution, formée en réaction à un scandale politico-financier, interroge. Était-il nécessaire de créer une nouvelle entité alors que la Cour des Comptes, institution bien établie, structurée et dotée et dont la réputation d'objectivité est largement reconnue, avait déjà pour fonction de contrôler les finances publiques<sup>160</sup> ? Pour un observateur américain, l'impartialité de la HATVP<sup>161</sup> mérite au mieux un point d'interrogation. Les propositions, répétées maintes fois par son président, d'étendre son rôle et ses pouvoirs laissent l'impression d'une institution en quête de fonctions.

---

<sup>158</sup> Katie Hill (D), David Schweikert (R), Duncan Hunter (R), Tom Garrett (R), Chris Collins (R), Al Franken (D), Steve Stockman (R), Blake Farenthold (R), Pat Meehan (R), Dana Rohrabacher (R), Trent Franks (R), Timothy Murphy (R), Greg Gianforte (R), John Conyers (R), Steve Watkins (R), Joe Barton (R) (Source : Wikipedia : *List of federal political scandals in the United States*).

<sup>159</sup> Voir l'interview parue dans *Libération* le 15 avril 2013 : « Claude Bartolone : “La démocratie paparazzi, ce n'est pas mon truc” ».

<sup>160</sup> « La Cour des comptes est l'institution supérieure de contrôle chargée de vérifier l'emploi des fonds publics et de sanctionner les manquements à leur bon usage. La Cour, les chambres régionales et territoriales des comptes (CRTC) et la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) forment les juridictions financières.

Les juridictions financières sont indépendantes des pouvoirs publics. Dans le cadre prévu par la loi, elles définissent librement leur programme de travail, sont dotées de pouvoirs de contrôle sur pièces et sur place, adoptent librement leurs conclusions et jouissent d'une liberté éditoriale. Présentes dans le débat public grâce à leurs publications, elles se veulent utiles aux décideurs comme aux citoyens et contribuent activement à l'amélioration de la gestion publique et de ses résultats.

Créée en 1807, la Cour des comptes, dont le rôle est décrit à l'article 47-2 de la Constitution, se situe à équidistance du Parlement et du Gouvernement, qu'elle assiste tous deux. Elle contribue par ses rapports publics à l'information des citoyens. »

Site de la Cour des Comptes : <https://www.ccomptes.fr/fr/nous-decouvrir/fonctionnement>.

<sup>161</sup> Par exemple ce n'est pas la HATVP mais la presse qui a mis à jour les présumés manquements de François Fillon alors que celui-ci avait, on présume, déposé plusieurs déclarations de patrimoine et d'intérêts.

## 2. L'OCLCIFF et le PNF : des partenaires compétents mais aux moyens limités

690. Le PNF (Parquet National Financier) est bien connu des juristes américains, l'OCLCIFF (Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales) un peu moins. Pourtant les deux institutions qui ont été mises en place en 2014 jouent un rôle fondamental dans la poursuite des cas de corruption transnationale.

Au moment de l'affaire Cahuzac, le système judiciaire français est perçu comme bureaucratique et lent, donc incapable de lutter efficacement contre les crimes économiques et financiers, en particulier la corruption transnationale. Le besoin de réforme est aussi criant pour les avocats spécialisés américains qui sont frappés dans leurs travaux par le manque de résultats des poursuites de crimes financiers en France. Ils attribuent ce manque de succès à des procédures trop lentes et des peines bien moins sévères que celles auxquelles ils sont habitués. Par contraste, les poursuites lancées à partir de 2010 aux États-Unis contre des entreprises françaises soupçonnées d'actes de corruption comme Alcatel-Lucent, Alstom ou Technip montrent que des procédures judiciaires, même dans des cas complexes, peuvent être relativement rapides (moins de trois ans) et aboutir à des sanctions dissuasives.

691. Comme l'indique Fred Einbinder<sup>162</sup>, un professeur de droit américain résidant en France, le contraste est particulièrement frappant dans le cas des versements de pots-de-vin reprochés à Total. L'entreprise est accusée d'avoir versé des pots-de-vin pour obtenir des concessions de champs gaziers en Iran. Les procédures française et américaine sont lancées presque simultanément. Un accord de DPA avec paiement d'une amende de plus de 245 millions de dollars est signé avec les autorités américaines le 29 mai 2013<sup>163</sup> alors que la procédure française n'aboutit qu'à une amende d'un demi-million d'euros à la suite d'un jugement du tribunal correctionnel de Paris le 21 décembre 2018<sup>164</sup>. L'entreprise aurait d'ailleurs pu prolonger le processus judiciaire français en interjetant appel mais choisit de payer l'amende pour clore le dossier à peu de frais. Comme le déclare Éliane Houlette, première procureure financier national : « Nous devons aller plus vite en matière de justice financière. [...] Le droit français est le droit de la preuve absolue.

---

<sup>162</sup> Einbinder, Fred, "Corruption abroad: from conflict to cooperation: a comparison of French and American Law and Practice", *Cardozo International & Comparative Law Review*, Volume 3, Issue 3, p. 757.

<sup>163</sup> Voir le site du DOJ : *French Oil and Gas Company, Total, S.A., Charged in the United States and France in Connection with an International Bribery Scheme*. 29 mai 2013 : <https://www.justice.gov/opa/pr/french-oil-and-gas-company-total-sa-charged-united-states-and-france-connection-international>.

<sup>164</sup> *Le Monde* du 21 décembre 2018 : « Total condamné à 500 000 euros d'amende pour corruption en Iran ».

On va passer dix ans sur une affaire pour en voir tous les aspects. Les Américains n'ont pas cette démarche, ils sont plus pragmatiques : droit au but et amende forte<sup>165</sup>. »

692. La création du poste de procureur de la République financier et d'un office central de lutte contre la corruption est annoncée le 7 mai 2013 : « Le Président de la République a affirmé sa détermination à améliorer l'efficacité de la lutte contre la corruption et la fraude fiscale, aux niveaux national, européen et international... À cette fin, il a été décidé de créer un procureur de la République financier à compétence nationale, qui exercera sa compétence concurremment à celle des autres parquets. Ce procureur sera compétent, d'une part, pour l'ensemble des infractions dites d'atteintes à la probité, comme la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, la violation de l'interdiction faite par le code pénal aux fonctionnaires de rejoindre à l'issue de leurs fonctions une entreprise avec laquelle ils avaient été en relation du fait de ces fonctions, le favoritisme, les détournements de fonds publics et, d'autre part, pour la fraude fiscale, lorsque ces infractions auront un certain degré de complexité, au regard de l'importance du préjudice causé, de leur dimension internationale ou de la spécificité des techniques de fraude utilisées. [...] Le procureur financier [...] sera nommé par décret du Président de la République [...] Il disposera de moyens propres entièrement dédiés à la lutte contre la fraude fiscale et la corruption [...]

Pour assurer le fonctionnement de ce parquet et de l'ensemble de la chaîne pénale (magistrats instructeurs, magistrats composant les juridictions de jugement en première instance ou en appel), les moyens seront considérablement renforcés, avec la création à terme d'une cinquantaine de postes de magistrats (notamment 22 magistrats du parquet et 10 juges d'instruction) et d'assistants spécialisés[...] Le procureur financier disposera, en outre, d'un office central de lutte contre les atteintes à la probité, aux moyens renforcés et réunissant des enquêteurs spécialisés dans la lutte contre la corruption et la répression de la délinquance fiscale<sup>166</sup>. »

693. Le PNF et l'OCLCIFF sont ainsi conçus comme deux pierres d'un même édifice. Étant donné la place que tient l'instruction dans le système judiciaire français, il est parfaitement logique de renforcer les services d'enquête en amont de la phase proprement judiciaire. L'objectif de la réforme est donc de renforcer l'ensemble du processus de lutte contre les infractions économiques. On note aussi qu'au stade initial, il était envisagé que ces deux institutions traitent de l'ensemble

---

<sup>165</sup> Voir l'interview parue dans *Les Échos* le 4 mai 2015 : « Eliane Houlette : “Nous devons aller plus vite en matière de justice financière” ».

<sup>166</sup> Communiqué de presse publié à l'issue du conseil des ministres du 7 mai 2013.

des délits économiques. Jusqu'à 2013, les enquêtes concernant les délits économiques et fiscaux étaient principalement<sup>167</sup> menées par une division du ministère de l'Intérieur<sup>168</sup>. Mais le passage au statut d'Office s'accompagne d'un renforcement des moyens : doublement des effectifs et utilisation de méthodes et de logiciels plus performants. Les enquêteurs, dans le cadre prévu par la loi, peuvent ainsi recourir à des techniques spéciales, parfois utilisées par leurs homologues américains, comme les écoutes téléphoniques, les sonorisations ou les infiltrations. Au 26 janvier 2022<sup>169</sup>, l'OCLCIFIFF mène les enquêtes sur une quarantaine d'affaires de corruption transnationale (en plus de dossiers « nationaux » plus nombreux). Il dispose de plus de 80 agents, en majorité des enquêteurs formés au ministère de l'Intérieur mais aussi d'agents détachés par d'autres administrations comme celles chargées des impôts ou des douanes. Cette pluridisciplinarité permet de répondre de manière plus efficace et rapide aux demandes d'entraide judiciaire internationale transmises par le bureau d'entraide internationale du ministère de la Justice ainsi qu'aux sollicitations d'enquêtes nationales sollicitées en grande majorité<sup>170</sup> par le PNF.

694. Le 1<sup>er</sup> février 2014, le PNF commence son activité. Il est rattaché au Tribunal de Grande Instance de Paris mais, sous l'impulsion de sa cheffe<sup>171</sup>, possède une large autonomie pour organiser ses travaux. Dès sa première année, il se voit confier 475 dossiers<sup>172</sup>. Dans sa phase initiale ses compétences comprennent les affaires de corruption, de fraude fiscale et d'abus et atteintes au marché. Mais son champ d'attributions est successivement élargi en 2016 et 2020 et inclut dès lors les atteintes à la probité, les trafics d'influence et prises illégales d'intérêt, les détournements et atteintes aux finances publiques, le blanchiment de fraudes fiscales, les violations aux obligations de conformité, et les pratiques anticoncurrentielles. Il est donc devenu le bras pénal de la justice économique et reçoit des dossiers qui peuvent être initialement instruits par des autorités administratives comme l'ACPR, l'AMF ou l'Autorité de la concurrence. Il est aussi saisi d'affaires révélées par la presse comme les « *leaks* » ou « *papers* » de Luxembourg, Panama ou Pandore.

---

<sup>167</sup> L'AMF en ce qui concerne les délits boursiers et l'ACPR en ce qui concerne les délits bancaires ou relatifs aux assurances ont aussi des pouvoirs d'enquête administratifs et peuvent transmettre leurs dossiers pour des poursuites pénales.

<sup>168</sup> La Division Nationale d'Investigations Financières et Fiscales (DNIFF).

<sup>169</sup> Date d'un entretien en visioconférence avec le commissaire divisionnaire Guillaume Hezard, chef de l'Office.

<sup>170</sup> L'OCLCIFIFF peut être sollicité par d'autres parquets.

<sup>171</sup> La première « procureure de la République financier » a été Eliane Houlette ; Jean-François Bohnert lui a succédé en 2019.

<sup>172</sup> Voir l'interview précitée parue dans *Les Échos* le 4 mai 2015.

695. Au 31 décembre 2021, le PNF comptait 18 magistrats, 7 assistants spécialisés et 13 greffiers et adjoints techniques<sup>173</sup>. L'évolution de ses activités se trouve résumée dans le tableau suivant :

Figure 36 - Évolution du nombre de procédures traitées par le PNF de 2014 à 2021<sup>174</sup>



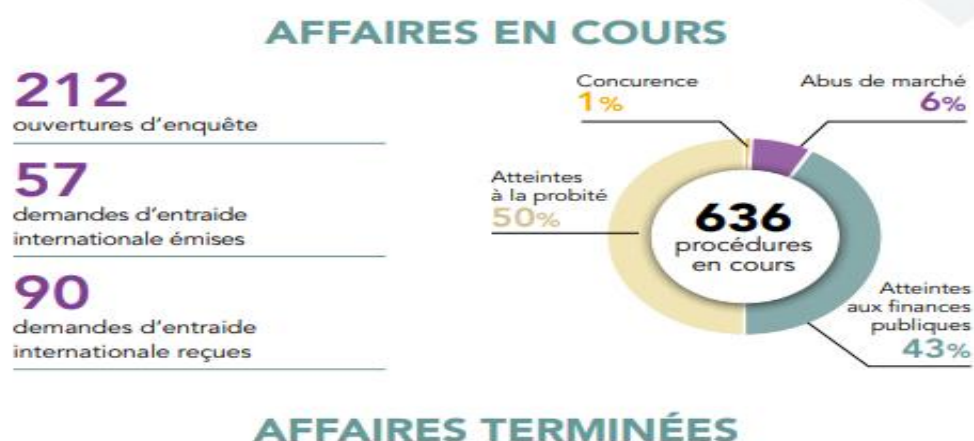
Le PNF publie également des statistiques concernant les affaires en cours ou terminées. Une centaine de personnes par an sont condamnées à la suite des poursuites qu'il engage. Dans le graphique ci-dessus, en ce qui concerne les « sommes prononcées en faveur du Trésor public », on note les montants records de 2019 et 2020, essentiellement dus à la signature de CJIP, alors que l'année 2021 a rapporté moins de 200 millions d'euros. Le total des sommes obtenues pour le Trésor public par les actions du PNF depuis sa création s'élève à plus de 10 milliards d'euros. Pour rappel, le montant total des sommes reçues par le Trésor américain au titre d'amendes perçues pour infractions au FCPA pour cette période est de l'ordre de 24 milliards d'euros (\$27,3 milliards<sup>175</sup>).

<sup>173</sup> Parquet National Financier, Synthèse 2021, p. 5.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>175</sup> Montant indiqué par le portail *FCPA Clearinghouse*. Voir l'introduction de la thèse.

Figure 37 - Radiographie des affaires du PNF en cours et terminées<sup>176</sup>



|                                                                    | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021* |
|--------------------------------------------------------------------|------|------|------|------|-------|
| Nombre de personnes condamnées                                     | 57   | 69   | 65   | 57   | 40    |
| Personnes condamnées à une interdiction d'activité professionnelle | 12   | 43   | 32   | 30   | 16    |
| Mandats d'arrêt                                                    | 12   | 13   | 9    | 2    | 0     |

En 2021, une seule personne relaxée devant le tribunal correctionnel, ce qui représente un taux de relaxe de 2,43%.

| En millions d'euros | Amendes | Confiscations | Dommages intérêts pour l'État | Sommes issues des contrôles fiscaux | Total   |
|---------------------|---------|---------------|-------------------------------|-------------------------------------|---------|
| <b>2016</b>         | 17,4    | 10,5          | 284,6                         | 1,6                                 | 314,1   |
| <b>2017</b>         | 410,0   | 157,4         | 160,2                         | 60,3                                | 787,9   |
| <b>2018</b>         | 296,4   | 116,4         | 408,8                         | 7,2                                 | 828,8   |
| <b>2019</b>         | 4 261,0 | 33,0          | 956,0                         | 480,0                               | 5 730,0 |
| <b>2020</b>         | 2 091,6 | 121,9         | 18,7                          | 8,1                                 | 2 240,3 |
| <b>2021*</b>        | 56,5    | 46,8          | 48,4                          | 21,6                                | 173,1   |

Les sommes prononcées en faveur du Trésor public dans les procédures terminées en 2021 s'élèvent ainsi à 173,1 millions d'euros, au 1er décembre 2021.

\*Au 1<sup>er</sup> décembre 2021

Ainsi les résultats obtenus en moins d'une décennie avec une équipe restreinte, même si on y ajoute les effectifs de l'OCLCIFI, sont impressionnants.

696. Mais le PNF n'est pas à l'abri des polémiques lancées par la presse et reprises par des personnalités politiques<sup>177</sup> et des juristes français ou étrangers. Pour ne citer que quelques cas survenus en 2019 : mutation d'un magistrat qui se serait exprimé en désaccord avec sa cheffe<sup>178</sup> ;

<sup>176</sup> Parquet National Financier, Synthèse 2021, p. 7.

<sup>177</sup> En particulier le garde des Sceaux qui a déposé puis retiré des plaintes. Voir l'article de Fabrice Arfi et Michel Delean, « La vendetta d'Eric Dupond-Moretti contre le Parquet financier », *Mediapart*, 18 septembre 2020, et le reportage de Franceinfo diffuse le 20 janvier 2022, « Soupçons de conflits d'intérêts : Dupond-Moretti contre le Parquet national financier » ([https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/metiers/droit-et-justice/video-soupcons-de-conflits-d-interets-dupond-moretti-contre-le-parquet-national-financier\\_4921251.html](https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/metiers/droit-et-justice/video-soupcons-de-conflits-d-interets-dupond-moretti-contre-le-parquet-national-financier_4921251.html)).

<sup>178</sup> Voir l'article de Laurent Léger dans *L'Express* du 22 mars 2019, « Grave crise au Parquet national financier ».

soupçon de violation du secret de l'instruction<sup>179</sup> ; harcèlement sexuel commis par un magistrat à l'égard d'une greffière<sup>180</sup>. Plus grave pour la réputation internationale de l'institution est le soupçon d'influences politiques sur certaines décisions comme le classement sans suite de l'affaire des Rafale vendus à l'Inde par Dassault<sup>181</sup> ; ou l'absence de mise en accusation de Thales pour corruption en Afrique du Sud<sup>182</sup>. Encore plus difficile à comprendre pour un observateur américain est l'implication du PNF dans des affaires purement politiques comme les primes payées en liquide par Claude Guéant, les possibles prises illégales d'intérêt d'Alexis Kohler<sup>183</sup> et les poursuites qui ont abouti aux condamnations d'un ancien premier ministre, François Fillon<sup>184</sup> et d'un ancien président de la République, Nicolas Sarkozy<sup>185</sup>. L'acharnement du parquet, principalement contre les personnalités politiques de droite, paraît déséquilibré. Cet interventionnisme judiciaire donne parfois l'impression de règlements de comptes plus ou moins contrôlés par les magistrats. Aux États-Unis, ces infractions relèveraient de procédures d'*impeachment* dans les (rares) cas les plus graves, d'enquêtes par les assemblées parlementaires, d'amendes administratives ou de corruption vénielle qui pourraient être commentées dans les journaux ou lors de campagnes électorales mais qui ne semblent pas justifier le temps et les moyens qu'y consacre la première juridiction pénale financière du pays.

697. Le manque de moyens est d'ailleurs une préoccupation récurrente et nuit à l'efficacité du dispositif français de lutte contre la corruption. En mars 2021 chaque procureur a la charge d'environ 38 dossiers alors que le rapport d'information présenté à l'Assemblée nationale en mars 2019 par les députés Ugo Bernalicis et Jacques Maire préconisait une charge individuelle limitée à 8 dossiers complexes<sup>186</sup>. Cette situation est d'autant plus difficile à comprendre pour un magistrat de culture américaine qu'il paraît évident qu'en termes tant du nombre de dossiers traités

---

<sup>179</sup> Voir l'article du *Figaro* du 20 septembre 2019 : « L'ex-patronne du Parquet national financier soupçonnée de violation du secret de l'instruction ».

<sup>180</sup> Voir l'article paru dans *Le Parisien* le 27 février 2020 : « Un magistrat visé par une enquête disciplinaire pour un comportement inapproprié. Un vice-procureur du Parquet national financier se retrouve dans la tourmente pour avoir envoyé des textos à caractère sexuel à une de ses collègues. »

<sup>181</sup> Voir ci-dessus.

<sup>182</sup> Voir l'article paru dans *Le Monde Afrique* le 16 mars 2018 : Jacob Zuma et Thales poursuivis pour corruption en Afrique du Sud : « L'ex-président est soupçonné d'avoir touché des pots-de-vin pour un contrat d'armement de 4,2 milliards d'euros signé en 1999, lorsqu'il était vice-président. »

<sup>183</sup> Ancien secrétaire général de l'Élysée soupçonné de prises d'intérêt en faveur de Mediterranean Shipping Company.

<sup>184</sup> Pour emploi fictif de son épouse et de ses enfants.

<sup>185</sup> Pour financement illicite de campagnes électorales ; affaires Bygmalion, Bismuth et des « fadettes ».

<sup>186</sup> Rapport OCDE, 2021, paragraphe 147, p. 57.



que de condamnations et amendes obtenues, les objectifs chiffrés qui auraient pu être établis ont été dépassés<sup>187</sup>. Le problème est souligné maintes fois par les experts de l'OCDE dans leur rapport d'évaluation d'octobre 2021, tant en ce qui concerne l'OCLCIFI<sup>188</sup> que le PNF<sup>189</sup>.

698. L'entrée en activité effective de ces institutions en 2014, puis le développement de leurs rôles à la suite des réformes introduites en 2016 par la loi *Sapin 2* et confirmées en 2020 par la circulaire Belloubet<sup>190</sup> constituent des avancées majeures par rapport à la situation antérieure. Par leur souci d'efficacité, elles marquent une certaine américanisation du système judiciaire français. Comme le rappelle opportunément le rapport d'évaluation OCDE de 2021 dans sa conclusion : « Avec la création du PNF et de l'OCLCIFI, la France s'est dotée d'un parquet et d'un service d'enquête spécialisés à même de développer une expertise renforcée en matière de lutte contre la CAPE (corruption d'agents publics étrangers). En centralisant le traitement des affaires de CAPE au sein de ces deux entités, la France a utilement clarifié son cadre institutionnel répressif en la matière. La question de leurs moyens est désormais critique, afin de leur permettre de réaliser tout leur potentiel face à la complexité et au nombre croissant d'affaires dont elles ont la charge. »<sup>191</sup>.

Malgré des imperfections et des moyens qui restent limités, l'OCLCIFI et le PNF constituent le socle sur lequel se bâtit l'édifice actuel de lutte contre la corruption transnationale

---

<sup>187</sup> Entretien avec un ancien procureur fédéral américain pour lequel l'avancement était basé sur la réalisation de "KPI" (*Key Performance Objectives*) préétablis avec sa hiérarchie.

<sup>188</sup> « Depuis plusieurs années, le grave manque de moyens alloués à l'OCLCIFI fait l'objet de nombreuses critiques, malgré un récent renforcement des effectifs et une baisse relative du stock d'affaires. L'alerte a notamment été donnée publiquement [déjà] en 2017 [puis] par l'ancienne procureure de la République financière lors d'une audition parlementaire en 2020 [...]. Ces difficultés sont analysées dans un rapport de la Cour des comptes de 2018, qui relève que « l'OCLCIFI peut être considéré comme étant saturé », ou encore un rapport d'information de l'Assemblée nationale de 2019 sur l'évaluation de la lutte contre la délinquance financière, qui souligne « l'engorgement » de l'Office, et la faiblesse de ses moyens par rapport à d'autres pays [...]. L'insuffisance des moyens de l'OCLCIFI pèse sur la qualité des conditions de travail de ses enquêteurs, qui souffrent par ailleurs d'un manque de reconnaissance (comme l'ensemble de la justice économique et financière) et d'une rémunération [adéquate]. L'OCLCIFI peine ainsi à recruter et à pérenniser ses effectifs, ce qui aggrave son manque de moyens, et fait obstacle à la spécialisation de son personnel [...] Ces difficultés pèsent non seulement sur la capacité de l'OCLCIFI à mener à bien toutes les enquêtes hautement complexes qui lui sont confiées de façon efficace, mais également sur son rôle de détection », Rapport OCDE, 2021, paragraphes 140 à 142, p. 55.

<sup>189</sup> « Les examinateurs s'inquiètent sérieusement de l'insuffisance des moyens alloués au PNF, qui ne sont pas en adéquation avec la complexité et le nombre croissant d'affaires dont il est chargé. Les examinateurs invitent donc instamment la France à prendre, de toute urgence, les mesures nécessaires pour (i) Renforcer les ressources du PNF en termes de nombre de membres et d'expertise spécialisée, pour traiter efficacement les affaires de corruption transnationale ; et ii) Former suffisamment de procureurs spécialisés pour se donner les moyens sur le court et le long terme de consolider les avancées réalisées par la France avec la création de ce parquet. » Rapport OCDE, 2021, "Des ressources insuffisantes à la disposition du parquet national financier", Commentaire p. 57.

<sup>190</sup> Voir ci-dessous.

<sup>191</sup> Rapport OCDE, Conclusion « Bonnes pratiques et évolutions positives », p. 159.

en France. Cette construction se poursuit et se renforce grâce notamment aux profondes réformes instituées par la loi *Sapin 2*, en particulier la création de l'AFA et le développement de la procédure de la CJIP.

## **B. *Sapin 2* : une mise à jour fondamentale du système français de lutte contre la corruption**

699. La loi *Sapin 2* inaugure une nouvelle ère dans la lutte contre la corruption en France et marque une révolution juridique et culturelle dans le contexte de la corruption transnationale. C'est l'appréciation portée en janvier 2017 par Jones Day, un des plus célèbres cabinets d'avocats américains<sup>192</sup>. De son côté Deloitte, une des plus grandes firmes d'audit mondialement établies, note dans une brochure d'explication destinée à ses clients, que les huit obligations instituées par la loi française reprennent les dispositions déjà édictées par les législations américaine du FCPA et britannique du *UK Bribery Act*<sup>193</sup>. Elle encourage les entreprises à mettre en place sérieusement les nouvelles mesures obligatoires, non seulement pour éviter des poursuites, mais comme un moyen de renforcer leurs parts de marchés et démontrer à leurs investisseurs une tolérance zéro pour la corruption.

700. La loi réorganise le cadre juridique de l'activité économique en France. Son champ d'application est donc plus large que la lutte contre la corruption, mais c'est dans ce domaine qu'elle est particulièrement innovante et constitue un changement de paradigme<sup>194</sup>. En effet, même si elle ne s'applique qu'aux groupes de plus de 500 salariés et ayant un chiffre d'affaires de plus de cent millions d'euros, elle introduit une approche consolidée (et non plus au simple niveau national), met en place des mesures préventives obligatoires (le programme de conformité), un dispositif d'alerte et de protection des lanceurs d'alerte et établit une nouvelle agence, l'Agence Française Anticorruption, chargée de veiller à l'application du nouveau programme.

---

<sup>192</sup> Jones Day: "A New Era in French Anticorruption Enforcement: What Companies Should Know About the Newly Enacted Sapin II Law", janvier 2017, <https://www.jonesday.com/en/insights/2017/01/a-new-era-in-french-anticorruption-enforcement-what-companies-should-know-about-the-newly-enacted-sapin-ii-law>.

<sup>193</sup> "We note that the eight mandatory anti-corruption measures prescribed by Sapin-II are aligned with the standards established by the U.S. FCPA and the UK Bribery Act (2010).

*In our experience, we have seen that those companies that take these requirements seriously, and not as a mere formality, can benefit not only by reducing potential penalties for unethical behavior but also by strengthening their market positions through demonstrating zero tolerance for violations of anti-corruption legislation to their Investors*". Deloitte : France's new Sapin II anti-corruption law.

2017 [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/finance/sapin\\_II\\_en.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/finance/sapin_II_en.pdf)

<sup>194</sup> Voir Sève, Margot : "Is the French Approach to Financial Crime Enforcement on the verge of a paradigm shift?" *Revue trimestrielle de droit financier*, numéro 2-2016, p. 41 et suivantes.

Notre propos ici n'est pas d'étudier cette loi et son application dans le détail, mais de montrer les points communs et différences entre les dispositifs français et américain. Nous examinerons d'abord comment l'adoption de la loi a suscité des débats souvent passionnés, puis en dégagerons les principales nouveautés par rapport aux dogmes juridiques en place. Ensuite nous analyserons plus précisément la nouvelle procédure de règlement des infractions, la CJIP (convention judiciaire d'intérêt public), proche du DPA américain, et examinerons jusqu'à quel point cette innovation, ainsi que le rôle assumé par l'AFA, permettent de résoudre les contentieux transatlantiques dans la lutte contre la corruption transnationale.

### 1. Sapin 2 : un abandon, ou une atténuation, des principes juridiques traditionnels ?

701. Les objectifs de la loi sont précisés dans son titre officiel<sup>195</sup> : transparence, lutte contre la corruption et modernisation de la vie économique. Elle constitue, selon un juriste américain<sup>196</sup>, une réponse, importante bien que tardive, aux critiques justifiées d'inertie et d'atermolement dans l'application aux sociétés françaises des obligations acceptées par l'État en matière de lutte contre la corruption transnationale, en particulier la convention de l'OCDE signée à Paris en 1997.

702. En France cependant, après les amendes infligées à Alstom et BNP Paribas, le projet de loi initial est principalement considéré comme une arme défensive pour contrecarrer ce qui est perçu comme une stratégie de domination économique américaine. « Nous sommes devant un mur de législations américaines extrêmes touffues avec une intention précise qui est d'utiliser le droit à des fins d'imperium économique et politique dans l'idée d'obtenir des avantages économiques et stratégiques » déclare le 5 octobre 2016 le député Pierre Lellouche, président d'une mission parlementaire d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine. Dans cette perspective, l'objectif est de « rétablir la souveraineté de la France » et pour cela de doter le pays d'un arsenal juridique qui permette de lutter contre les États-Unis « à armes égales. » Une prise de conscience commence donc à s'opérer avec le débat sur la nouvelle loi : « En France on a enfin compris qu'il fallait se doter d'un véritable dispositif anticorruption et ne pas hésiter à poursuivre

---

<sup>195</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000032319792/>

<sup>196</sup> Voir Einbinder, Fred, « *Corruption abroad: from conflict to cooperation: a comparison of French and American Law and Practice* », *Cardozo International & Comparative Law Review*, Volume 3, Issue 3, Evaluation of Sapin 2- Prognosis, p. 765.

les entreprises coupables. Pour au moins deux raisons. D'une part l'engagement de poursuites par la justice française permet d'invoquer le principe du *non bis in idem*. [...] D'autre part l'amende est alors versée au Trésor français. »<sup>197</sup>. Le problème est qu'il n'est pas aisé de mettre en place un dispositif de lutte contre la corruption conçu initialement dans un système juridique de *common law* dans un environnement juridique de droit civil, fondé sur des codes et quelques grands principes parmi lesquels la territorialité du droit, l'égalité devant la loi, la légalité et la proportionnalité des peines, la protection prioritaire des victimes, la condamnation d'un coupable chaque fois qu'une infraction est constatée et la nécessité d'une procédure pénale contradictoire. Or pour mettre en place un système efficace de lutte contre la corruption qui rivalise avec celui des pays anglo-saxons, il devient nécessaire, au minimum, d'aménager l'application de ces principes.

703. Le gouvernement comprend que le système doit être fondamentalement remanié, mais il peine à élaborer une alternative juridiquement cohérente. Un premier projet de loi est présenté au Conseil d'État, qui rejette la notion de procédure transactionnelle. Dans un long avis du 14 mars 2016, il énonce notamment : « En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée. »<sup>198</sup>. Le débat, souvent animé, se poursuit pendant encore plus de six mois. Finalement, après discussion de nombreux amendements et malgré quelques corrections demandées par le Conseil Constitutionnel<sup>199</sup>, le texte final de la « loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption

---

<sup>197</sup> Quatrepoint, Jean-Michel : « Au nom de la loi américaine », *Le Monde diplomatique*, janvier 2017, p. 1, 22 et 23.

<sup>198</sup> Avis du CE du 14 mars 2016, p. 12. D'autres objections sont mentionnées dans le même avis :

- La définition par le législateur des procédures permettant le traitement des infractions pénales doit s'inscrire dans le cadre des grands principes qui doivent gouverner l'équilibre de la procédure pénale.

- Au cas présent, le Conseil d'État a considéré que le dispositif envisagé ne permettrait pas à la justice pénale d'assurer pleinement sa mission, qui est de concourir à la restauration de la paix publique et à la prévention de la récidive.

- le Conseil d'État a estimé qu'il n'était pas possible d'appliquer à l'ensemble des faits de corruption et de trafic d'influence la procédure envisagée par le Gouvernement. En effet, ces qualifications recouvrent des faits présentant par nature une certaine complexité, dès lors que doit être établie la participation au délit de plusieurs personnes comme auteur ou complice, et une gravité trop importante pour qu'une procédure de ce type pût leur être appliquée. En outre, dès lors que cette procédure ne serait applicable qu'aux seules personnes morales, il n'apparaît pas qu'il soit dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans celui des victimes d'instituer, pour l'ensemble des faits de corruption et de trafic d'influence, une voie procédurale impliquant un traitement judiciaire différent, d'une part, pour les personnes physiques (dirigeants ou salariés de l'entreprise) et les personnes morales auteurs des mêmes faits, d'autre part, pour le corrupteur et le corrompu, alors que les infractions en cause sont par nature bilatérales.

Source : [https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/avis-du-ce/2016/avis\\_ce\\_fcpm1605542l\\_cm\\_30.03.2016.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/avis-du-ce/2016/avis_ce_fcpm1605542l_cm_30.03.2016.pdf).

<sup>199</sup> Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.

et à la modernisation de la vie économique » est adopté le 9 décembre 2016. Il présente l'avantage non seulement d'être une mise à jour en profondeur de la législation en harmonie avec la convention anticorruption de l'OCDE mais, dans une tradition typiquement française, de codifier certaines obligations<sup>200</sup> comme la mise en place par toute entité assujettie d'une cartographie des risques et d'un plan anticorruption formel et facilement accessible. Avec *Sapin 2*, entrent en droit français les concepts d'origine américaine de la compliance et de la justice négociée.

## 2. Sapin 2 : la compliance et la justice négociée entrent dans le droit français.

704. La loi *Sapin 2* consacre l'introduction dans le droit français de deux notions contraires à sa tradition : la compliance et la justice négociée<sup>201</sup>.

La compliance, concept importé du droit anglo-saxon, peut se définir comme « un ensemble de techniques, juridiques et de gestion, dont la mise en œuvre est imposée aux entreprises [...] dans le but de contrôler l'application effective de règles juridiques et éthiques qui leur sont applicables et de diminuer le risque de violation de ces règles. »<sup>202</sup> On peut y voir, à l'instar de la professeure M.-A. Frison-Roche, une discipline particulière, le droit de la régulation, qui comporte des éléments d'économie, de relations internationales, de sociologie, de droit public et privé<sup>203</sup>. C'est donc un concept différent de celui de conformité construit sur l'« idée de légalité, c'est-à-dire sur le principe qu'il existe des règles qui ordonnent des conduites, dictent des interdits et menacent ceux qui les enfreignent d'une peine prononcée au terme d'un procès par un juge. La légalité organise un face-à-face vertical de chaque individu, de chaque entreprise avec la loi. La compliance, par contraste, implique une approche plus holistique et comprend une dimension éthique impossible à évaluer sur des critères uniquement juridiques. La compliance a une fonction préventive. Elle a ainsi un aspect évolutif, ce qui rend son contrôle plus facile si l'on peut se fonder sur une jurisprudence plutôt que sur une règle fixe. Elle confère ainsi davantage de pouvoirs au régulateur/superviseur qui a une marge d'appréciation, moins au juge. Une entreprise peut se

---

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033558721/>

<sup>200</sup> La liste des obligations est énoncée à l'article 17 de la loi.

<sup>201</sup> Voir Amouzou, Kossi et Perez, Michel, « L'introduction de la compliance et de la justice négociée en France » Série de deux articles publiés dans la revue *Banque et Droit*, numéros 188 et 189.

<sup>202</sup> D'après le professeur Antoine Gaudemet, « La compliance en quête de définition », *Défis*, numéro 9-2018.

<sup>203</sup> Voir en particulier les travaux de la professeure Marie-Anne Frison-Roche qui a publié de nombreux ouvrages et anime un site consacré à ce sujet : [www.mafr.fr](http://www.mafr.fr).

trouver « en conformité » avec certaines règles mais n'est pas « en compliance » si les règles ne sont pas appliquées avec un minimum de discernement éthique et ne contribuent pas au résultat attendu. En ce sens, la compliance est une « conformité plus. » Les obligations contenues dans la loi *Sapin 2* comme celles de cartographie des risques, de vigilance, de code de conduite et déontologie, de contrôles internes et de formation qui doivent être calibrées au niveau de chaque entreprise sont directement issues de la culture de la compliance. Même si certains<sup>204</sup> ont vu dans la compliance une source de coûts supplémentaires pour les sociétés et un obstacle commercial à des pratiques bien établies qui permettent de s'approprier des marchés, l'adoption des mesures de compliance par les sociétés françaises dans l'ensemble ne pose pas de problème sérieux. En effet, habituées à opérer sur les marchés internationaux ou aux États-Unis où la plupart des sociétés du CAC 40 ont des activités, elles sont déjà familiarisées avec les nouvelles exigences légales.

705. La notion de justice négociée dissocie responsabilité et culpabilité. Elle est plus difficile à faire accepter, comme le montre la position initiale du Conseil d'État<sup>205</sup>. En France elle se manifeste à partir de 2017 par la mise en place de la procédure de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Ce dispositif permet à la société soupçonnée d'actes de corruption de passer un accord avec le parquet, ce qui a pour effet de suspendre les poursuites, sans déclaration de culpabilité, à condition que l'entité mise en cause s'acquitte d'une amende dont le montant est négocié et s'engage à se soumettre à des obligations de compliance destinées à prévenir la commission d'infractions futures. Ce mécanisme est directement inspiré du DPA américain, en vigueur depuis un siècle outre Atlantique, et qui a permis aux autorités américaines d'imposer de lourdes amendes aux entreprises européennes, françaises en particulier, dans la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>206</sup>.

706. Le mécanisme français se distingue toutefois de l'américain sur plusieurs points :

- Le champ d'application : la CJIP n'est applicable qu'aux personnes morales ; en France, les personnes physiques ne peuvent bénéficier de procédures sans déclaration de culpabilité. De plus, la procédure du DPA américain est applicable à l'ensemble des infractions criminelles alors que le recours à la CJIP est initialement limité à certaines infractions économiques

---

<sup>204</sup> Voir par exemple sur le portail de l'Assemblée Nationale les débats parlementaires autour de l'adoption de la loi *Sapin 2*.

<sup>205</sup> Avis du CE du 14 mars 2016. Voir ci-dessus.

<sup>206</sup> Voir l'Introduction de cette thèse.

(corruption, trafic d'influence, fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale, infractions environnementales)<sup>207</sup>.

- Les modes de calcul de la pénalité monétaire aux États-Unis et de l'amende d'intérêt public en France sont différents. Bien que dans les deux cas la pénalité soit proportionnelle au bénéfice tiré des infractions et dépende de la gravité des crimes commis et du niveau de coopération de la société, dans le système français le montant est plafonné à 30 % du chiffre d'affaires annuel calculé sur trois ans. Le montant de certaines amendes d'intérêt public apparaît faible comparé à la jurisprudence américaine (LVMH<sup>208</sup> : 10 millions d'euros, soit 0.22 % du chiffre d'affaires).

- Le niveau de coopération exigé de l'entreprise : en pratique aux États-Unis, seules les sociétés qui coopèrent pleinement avec l'enquête officielle peuvent bénéficier d'un DPA ; en France, le parquet est moins exigeant comme le montre l'exemple de la CJIP signée avec Egis Avia<sup>209</sup> qui n'a collaboré avec le parquet qu'après la nomination d'un nouveau dirigeant. Dans cette affaire, le PNF a fait preuve de souplesse tout en prenant en compte la tardiveté de la collaboration de la société au titre des facteurs aggravants pris en compte pour le calcul d'une amende complémentaire.<sup>210</sup>

- La possibilité de rétractation : en France, la société qui a signé une CJIP dispose d'un délai de dix jours pour se rétracter si elle le souhaite.

- La possibilité de recours : la « clause muselière » qui interdit aux États-Unis à la société de contester les faits une fois le DPA signé, n'existe pas en droit français.

- Le rôle du juge : en France, l'homologation n'intervient qu'après une audition publique ; le rôle du juge y est moins passif que dans le système américain : d'abord le juge d'instruction (qui n'existe pas aux États-Unis) est tenu d'instruire à charge comme à décharge ; ensuite le juge français est libre de refuser l'homologation d'une CJIP s'il la juge « contraire à l'intérêt public », alors qu'aux États-Unis la *legal review* d'un accord de DPA porte davantage sur la forme que le fond.

---

<sup>207</sup> Les infractions environnementales ont été ajoutées en 2022 au champ d'application.

<sup>208</sup> CJIP validée le 17 décembre 2021 par le tribunal judiciaire de Paris.

<sup>209</sup> CJIP signée le 28 novembre 2019 ; l'amende totale, incluant une pénalité complémentaire de 918 655 euros, est établie à 2 600 000 euros.

<sup>210</sup> Voir l'analyse de G. Daieff et G. Poissonnier, « CJIP: "Mieux vaut tard que jamais" », *JCP* numéro 7-8 17 février 2020, p. 198.

707. La procédure française de la CJIP offre ainsi davantage de garanties au justiciable qu'aux États-Unis. Néanmoins, par rapport aux procédures antérieurement utilisées, le rôle du juge est considérablement réduit et il ne participe plus directement à la recherche de la vérité. Ainsi la CJIP met à mal les principes d'égalité, de proportionnalité et de culpabilité : une société qui négocie habilement, grâce notamment à de bons avocats bien rémunérés, sera moins pénalisée que celle qui va au procès<sup>211</sup>.

708. Mais la limitation de la procédure aux personnes morales exclut de son cadre les individus à l'origine des crimes et se déroule à la discrétion du parquet (et non du juge du siège) ; elle confère aux enquêteurs des moyens de pression qui peuvent nuire à la sérénité de la justice. Lors des discussions avant le vote de la loi instituant la CJIP, certains évoquent une justice à deux vitesses. Dans une tribune publiée par le journal *Le Monde*, sept organisations non gouvernementales et syndicales demandent aux députés de s'opposer à une « justice négociée qui permettrait aux fraudeurs d'acheter leur innocence. »<sup>212</sup>.

709. Certes, les avantages pratiques sont évidents : désengorgement des tribunaux, amendes au bénéfice de l'État et amélioration de la compétitivité internationale. Le directeur de l'AFA parle d'une « démarche innovante, empreinte de pragmatisme et de lucidité : elle opère une forme de délégation du contrôle au contrôlé lui-même et épargne à l'entreprise les affres d'une procédure pénale ; elle lui évite ainsi [...] une possible mort économique. »<sup>213</sup>.

Il faudra sans doute attendre qu'une jurisprudence plus fournie se mette en place pour dresser un bilan objectif du changement de paradigme provoqué par la loi *Sapin 2*. Un autre élément clé de cette transformation est la création d'une nouvelle agence qui joue un rôle fondamental dans le dispositif français actuel de lutte contre la corruption : l'Agence Française Anticorruption.

---

<sup>211</sup> L'affaire UBS France en est une démonstration a contrario : en 2017 la banque a refusé une CJIP assortie d'une amende d'un milliard d'euros mais devra probablement s'acquitter, une fois tous les recours épuisés, d'une pénalité d'un montant nettement supérieur.

<sup>212</sup> « Non à une justice négociée qui permettrait aux fraudeurs d'acheter leur innocence », *Le Monde* du 17 septembre 2016. Les signataires sont Jean-Christophe Picard, président d'Anticor ; Chantal Cutajar, présidente de l'Observatoire citoyen pour la transparence financière internationale (OCTFI) ; Manon Aubry, responsable de plaidoyer « Justice fiscale et inégalités » d'Oxfam France ; Jean-Louis Marolleau, secrétaire exécutif de Réseau Foi et Justice Afrique Europe, antenne de France ; Sandra Cossart, directrice de Sherpa ; Solidaires finances publiques ; Syndicat de la magistrature.

<sup>213</sup> Charles Duchaine, éditorial, Lettre de la Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie du 23 novembre 2017 : <https://kiosque.bercy.gouv.fr/alyas/msite/home/>.



### C. L'Agence Française Anticorruption (AFA) et le développement des résolutions coordonnées

710. Créée par la loi du 9 décembre 2016, l'Agence Française Anticorruption est un organisme à compétence nationale et internationale placé sous la double tutelle des ministères de la Justice et du Budget. Au 31 décembre 2020, elle employait 57 agents, fonctionnaires et contractuels<sup>214</sup>. Son directeur est nommé par décret du président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable<sup>215</sup>. Son action est orientée vers les secteurs public et privé. Elle exerce à la fois des missions de conseil et d'assistance mais aussi de contrôle et dispose d'un pouvoir de sanctions administratives à travers une commission qui peut être saisie par le directeur.

L'AFA est l'agence gouvernementale chargée de mettre en œuvre la compliance et, en liaison avec le PNF et l'OCLCIFE, la justice négociée en France. Elle a pour mission de s'assurer, dans le cadre du contrôle des entreprises, du respect des huit obligations de compliance énumérées dans l'article 17 de la loi : élaboration d'un code de conduite ; mise en œuvre d'un dispositif d'alerte interne ; établissement d'une cartographie des risques ; évaluation des clients et fournisseurs ; mise en œuvre d'une procédure de contrôle comptable interne et externe ; formation des cadres et personnels ; mise en œuvre d'un régime disciplinaire ; mise en œuvre d'un dispositif interne de contrôle et d'évaluation des mesures adoptées. Ces obligations reflètent les dispositions contenues dans la convention de l'OCDE contre la corruption. Les meilleures pratiques et autres recommandations, plus ou moins formelles, de l'OCDE sont généralement reprises dans les lignes directrices publiées par l'AFA.

Nous nous intéresserons ici principalement à sa fonction de facilitateur de la coopération internationale dans le domaine de la lutte contre la corruption puis examinerons comment elle a permis la résolution coordonnée dans deux cas spécifiques de corruption transnationale, Société Générale et Airbus.

#### 1. L'AFA facilite la coopération internationale dans la lutte contre la corruption.

711. Parmi ses missions de contrôle, l'AFA a pour charge de veiller à la mise en œuvre des programmes de mise en conformité auxquels s'engagent les entreprises signataires d'une CJIP.

---

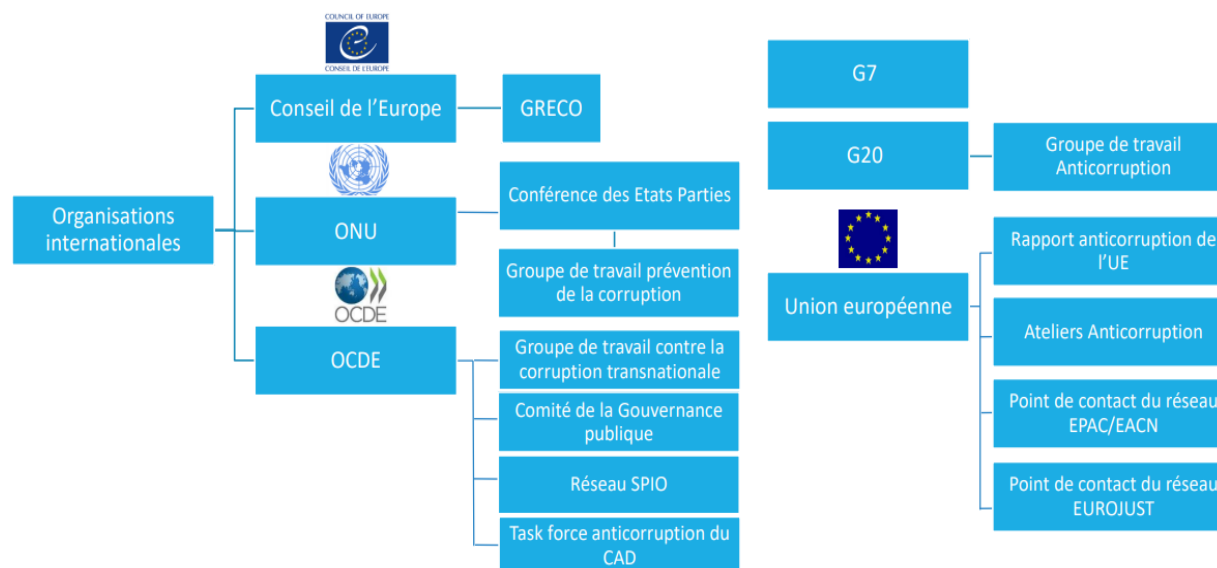
<sup>214</sup> AFA Rapport annuel d'activité 2020, p. 7.

<sup>215</sup> Charles Duchaine a été nommé directeur par décret du 17 mars 2017.

Comme aux États-Unis, ces programmes ont généralement une durée de deux à cinq ans. Dans ce cadre, elle rend compte au procureur de la République en charge du dossier au moins une fois par an. Elle a ainsi un rôle de référent et une fonction comparable à celle du moniteur dans la procédure américaine. Dans les cas de résolutions coordonnées entre plusieurs juridictions, l'AFA peut centraliser le contrôle des programmes de conformité et rendre compte non seulement au procureur français mais, avec son accord, à ses homologues étrangers. Ce mécanisme permet à la fois à l'entreprise en cause de respecter les obligations de la loi de blocage française et donne des garanties aux juridictions étrangères quant au sérieux du contrôle des programmes de compliance.

712. En plus de son rôle de coordinateur des programmes de conformité, l'AFA est aussi directement impliquée dans les travaux d'organismes gouvernementaux internationaux.

*Figure 38 - L'AFA participe activement aux travaux des enceintes internationales<sup>216</sup>*



Comme le montre le tableau ci-dessus, l'AFA représente la France auprès de nombreux organismes officiels impliqués dans la lutte contre la corruption, que ce soit au niveau global (ONU, G7, G20, OCDE et leurs commissions spécialisées) ou européen (GRECO, Eurojust, groupes de travail de l'Union Européenne). L'AFA a été l'un des principaux interlocuteurs de la mission d'évaluation de l'OCDE en 2021. Elle s'efforce de promouvoir internationalement une conception plus française (et donc moins anglo-saxonne) de la lutte contre la corruption, reposant

<sup>216</sup> Présentation générale de l'AFA, janvier 2018, p. 7.  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/AFA\\_Presentation\\_Janvier.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/AFA_Presentation_Janvier.pdf).

sur l'action d'agences d'État. Ainsi en 2018 elle a été à l'origine de la création sous l'égide du Conseil de l'Europe du réseau NCPA (*Network of Corruption Prevention Authorities*) qui regroupe les agences ou services spécialisés dans la lutte contre la corruption de 24 États<sup>217</sup>, un observateur et cinq partenaires. On note cependant que les États qui participent ont plutôt des systèmes juridiques de droit civil (par opposition à la *common law*) et que l'Allemagne, le Benelux, la Chine, la Russie, l'Inde, les États-Unis ou le Royaume Uni ne sont pas affiliés. L'AFA développe aussi une coopération bilatérale grâce à des protocoles signés notamment avec le Brésil, l'Égypte, la Moldavie, la Roumanie, la Serbie et le Vietnam. Ceux-ci permettent des échanges confidentiels de meilleures pratiques et d'informations ; ils peuvent aussi inclure un volet formation. L'agence joue ainsi un rôle parfois très visible, parfois discret, dans la coordination de la coopération internationale en matière de lutte contre la corruption. Son utilité a été démontrée dans plusieurs affaires multijuridictionnelles.

## 2. L'AFA catalyseur des résolutions coordonnées : les cas Société Générale et Airbus.

713. Les banques ou entreprises soupçonnées d'actes de corruption sont avisées par les autorités de contrôle, que ce soit aux États-Unis, en France ou dans d'autres juridictions de l'OCDE, lorsqu'une enquête à leur encontre est ouverte. Lorsqu'une résolution négociée est possible, ces banques ou entreprises doivent décider non seulement si elles vont coopérer avec les enquêteurs dans l'espoir de sanctions moins sévères mais aussi avec quelle autorité négocier lorsque plusieurs sont compétentes. Il risque ainsi de se créer un risque de *forum shopping*. C'est la situation dans laquelle une entité visée par plusieurs enquêtes essaye de choisir la juridiction à laquelle elle se soumet en espérant minimiser sa peine, à condition qu'elle ne soit point poursuivie une nouvelle fois en application du principe *non bis in idem*.

714. Un facteur de complication supplémentaire apparaît lorsqu'il existe dans une des juridictions compétentes un système de blocage qui interdit à l'entité de communiquer des informations aux autorités d'autres juridictions. Ainsi la France, puis l'Union Européenne, mettent en place des lois ou directives de blocage, soit pour protéger des informations considérées comme

---

<sup>217</sup> Les pays dont les agences spécialisées sont membres du réseau sont l'Albanie, l'Azerbaïdjan, le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Brésil, la Bulgarie, le Canada, le Chili, la Croatie, le Danemark, l'Équateur, l'Égypte, l'Estonie, la France, la Géorgie, la Grèce, l'Italie, la Jordanie, le Kazakhstan, le Monténégro, le Maroc, la Macédoine du Nord, l'Autorité Palestinienne, la Moldavie, la Roumanie, la Serbie, la République Slovaque, la Slovénie, la Tunisie et l'Ukraine

ayant valeur militaire ou stratégique, soit pour contrer des mesures de sanctions secondaires décidées extra-territorialement et unilatéralement par les États-Unis. Ces conflits de réglementation sont délicats pour les entités visées car elles sont soumises à des injonctions incompatibles. Heureusement le dispositif créé par la loi *Sapin 2* apporte, sous certaines conditions, de nouvelles solutions. D'une part, les exigences anticorruption françaises et américaines (ainsi que britanniques) sont très proches ; d'autre part, les procédures de résolution, DPA et CJIP, sont compatibles et peuvent se compléter. Une entreprise peut donc régler dans plusieurs pays de manière synchronisée un contentieux pour infractions aux législations contre la corruption, à condition que les parquets des juridictions de poursuite s'entendent.

715. Le problème du contrôle de la mise en place des programmes de remédiation et du respect des réglementations de blocage est plus délicat. La solution qui a été adoptée dans les cas de Société Générale (2018) et d'Airbus (2020) a consisté, en accord avec toutes les autorités de poursuite, à nommer l'AFA comme coordinateur responsable de la surveillance de la mise en place des programmes de compliance.

#### a. Société Générale

716. Lorsque la résolution des poursuites contre Société Générale pour faits de corruption est annoncée le même jour, 4 juin 2018, de manière coordonnée mais séparée par le DOJ et la cour d'appel de Paris, les États-Unis ont déjà conclu des accords de résolution coordonnée de plus de cent millions de dollars avec l'Allemagne (Siemens), le Brésil (Oderbrecht, Braskem, Rolls Royce), Israël (Teva Pharmaceutical), les Pays-Bas (VimpelCom, Telia), le Royaume Uni (Rolls Royce) et la Suède (Telia). La France fait donc figure de *late comer* (participant tardif), mais bienvenu. Dans son communiqué de presse, le DOJ<sup>218</sup> annonce que le montant de \$585 millions

---

<sup>218</sup>« Société Générale S.A. (Société Générale), a global financial services institution based in Paris, France, and its wholly owned subsidiary, SGA Société Générale Acceptance N.V., have agreed to pay a combined total penalty of more than \$860 million to resolve charges with criminal authorities in the United States and France, including \$585 million relating to a multi-year scheme to pay bribes to officials in Libya and \$275 million for violations arising from its manipulation of the London InterBank Offered Rate (LIBOR), one of the world's leading benchmark interest rates.[...]

*In related proceedings, Société Générale reached a settlement with the Parquet National Financier (PNF) in Paris relating to the Libya corruption scheme. The United States will credit \$292,776,444 that Société Générale will pay to the PNF under its agreement, equal to 50 percent of the total criminal penalty otherwise payable to the United States. This is the first coordinated resolution with French authorities in a foreign bribery case.*

*The PNF, the United Kingdom's Serious Fraud Office, the Federal Office of Justice in Switzerland and the Office of the Attorney General in Switzerland provided significant cooperation.» Source :*

de l'amende relative aux poursuites pour faits de corruption concernant la Libye sera partagé de manière égale entre les juridictions américaine et française ; la justice américaine cependant est seule bénéficiaire d'une amende séparée de \$275 millions<sup>219</sup> pour manipulation des taux LIBOR. Le DOJ note bien que la conclusion de cette affaire est le premier cas de résolution coordonnée franco-américaine et reconnaît la « contribution significative » du PNF et autres autorités qui ont aidé les enquêteurs.

La procureure de la République financier souligne de son côté<sup>220</sup> que c'est la première CJIP pour corruption internationale signée par le PNF<sup>221</sup> et le premier accord de partage de sanctions avec le DOJ. La CJIP<sup>222</sup>, dans l'exposé des faits (paragraphe 9 à 32), décrit les différents schémas opaques utilisés par des « employés et cadres de la Société Générale » de 2005 à 2010 pour encourager des institutions publiques libyennes à investir leurs abondantes réserves dans des produits financiers gérés par la banque française. Le montant global des investissements dirigés vers des produits proposés par la Société Générale est d'au moins \$3 milliards. Des intermédiaires, dont certains américains, négociaient les transactions et, une fois les placements réalisés, recevaient des commissions, généralement en dollars, pour un montant global estimé à plus de \$90 millions<sup>223</sup>, alors que des dirigeants libyens bénéficiaient de « divers avantages et services tels que des voyages d'agrément et divertissements.<sup>224</sup> » Une section de la CJIP décrit la coordination avec les autorités judiciaires américaines (paragraphe 41 à 45), en particulier avec le DOJ et le procureur fédéral du district Est de New York qui avait ouvert une enquête en 2014 sur le rôle de la banque et des intermédiaires. Il est très probable que de multiples informations ont été échangées entre parquets français et américain sous couvert du traité d'assistance mutuelle (MLAT). Dans une deuxième étape, avec l'accord des ministres de la Justice, des négociations ont été engagées quant à la délimitation des matières délictuelles, au calcul et au partage de l'amende et à la question du contrôle du système de compliance de la banque<sup>225</sup>. Du côté américain l'annonce, le 9 mai 2018,

---

<https://www.justice.gov/opa/pr/soci-t-g-n-rale-sa-agrees-pay-860-million-criminal-penalties-bribing-gaddafi-era-libyan>.

<sup>220</sup> Voir l'article de Valérie de Senneville publié dans *Les Échos* du 4 juin 2018.

<sup>221</sup> Seules quatre CJIP avaient été signées auparavant : HSBC, SET Environnement, Kaeffer Wanner et Poujaud.

<sup>222</sup> Convention judiciaire d'intérêt public entre le procureur de la République financier et Société Générale SA. [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/24.05.18\\_-\\_CJIP.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/24.05.18_-_CJIP.pdf).

<sup>223</sup> *Ibid.*, paragraphe 15.

<sup>224</sup> *Ibid.*, paragraphe 24.

<sup>225</sup> Voir l'étude de droit économique d'Antoine Gaudemet et Noëlle Lenoir, « Corruption internationale : l'espoir placé dans la convention judiciaire d'intérêt public est-il en passe de devenir réalité ? », *La Semaine juridique*,

par le DOJ de sa politique de *non-piling on*<sup>226</sup> et de son désir de coopérer avec les autorités étrangères a facilité les négociations. Le DOJ va même jusqu'à renoncer à exercer un contrôle direct sur la mise en place de mesures de compliance complémentaires par la banque, reconnaissant que l'AFA est à même d'assurer cette fonction<sup>227</sup>. Les compliments sont mutuels et, dans son communiqué du 4 juin 2018, « le PNF remercie le DOJ et le procureur fédéral du district est de New York de leur confiance et de leur coopération. Ce premier accord de résolution coordonnée constitue un progrès significatif dans la lutte contre la corruption internationale<sup>228</sup>. »

## B. Airbus

717. Le deuxième accord de résolution coordonnée avec les États-Unis est celui concernant Airbus, annoncé le 30 janvier 2020. Il se distingue par son montant global, 3,6 milliards d'euros, mais aussi par la complexité de l'enquête menée conjointement par les autorités de trois juridictions : France, Royaume Uni et États-Unis. Ce résultat est le fruit de trois ans et demi d'investigations. Il a été rendu possible par la confiance réciproque et l'étroite coopération entre les enquêteurs, non seulement des trois juridictions parties aux accords, mais aussi grâce à l'appui des autorités d'une douzaine de pays sollicités dans le cadre d'accords mutuels de coopération judiciaire. C'est certainement le plus important règlement coordonné multijuridictionnel jamais conclu, mais il se distingue aussi par les amendes les plus lourdes perçues pour corruption par les autorités françaises et britanniques. Le cabinet d'avocats américain Debevoise & Plimpton parle d'un règlement global record<sup>229</sup> et d'une étape significative dans la coopération judiciaire pénale internationale qui montre que la France a les moyens juridiques et la volonté de combattre la corruption transnationale.

---

numéro 40. <https://www.kramerlevin.com/images/content/4/4/v2/44773/181004-La-Semaine-Juridique-n-40-Lenoir-No-Ile-Corruption-int.pdf>.

<sup>226</sup> Voir ci-dessus Chap 4, Section 3, D3 La politique de non-cumul des poursuites.

<sup>227</sup> Le communiqué de presse du 4 juin 2018 précise que les contrôles continuels exercés par l'AFA font que dans ce cas particulier le DOJ a déterminé qu'une obligation de monitorat n'est pas nécessaire : « [...] *ongoing monitoring by l'Agence Française Anticorruption, resulted in the Department determining that a monitor was not necessary in this case* ».

<sup>228</sup> Le communiqué de presse est disponible sur le site de l'AFA : <https://www.agence-francaiseanticorruption.gouv.fr/files/Communiqu%C3%A9%20CJIP%20SG%20LIA%20-%204%20juin%202018.pdf>.

<sup>229</sup> "Airbus reaches record-breaking global settlement." Debevoise & Plimpton, FCPA Update, février 2020, volume 11, no. 7.

Airbus est l'archétype d'une entreprise à vocation internationale. Concurrent historique de Boeing, c'est le premier constructeur aéronautique européen, avec un chiffre d'affaires annuel qui oscille autour de 50 milliards d'euros et plus de 130 000 employés dans le monde. Connu pour sa fabrication d'appareils commerciaux, le groupe est aussi constructeur d'avions et hélicoptères à usage militaire. Airbus a été fondé par le regroupement d'entreprises et d'actionnaires allemands, britanniques, espagnols, français et néerlandais. Le siège opérationnel du groupe est à Blagnac, France, mais la société mère, Airbus SE, est établie à Leyde, Pays-Bas, et le groupe a de nombreuses filiales dans le monde, notamment aux États-Unis. Pour vendre ses produits, la firme utilise et rémunère des intermédiaires commerciaux gérés par un service central, le SMO (*Strategy and Marketing Organization*) dont une des fonctions est de « soutenir les ventes »<sup>230</sup> et dont certains services disposent d'une large autonomie. Ceux-ci sont en principe soumis à des directives internes anticorruption mais, en pratique, les contournent par différents stratagèmes. Par ailleurs, les contrats d'Airbus donnant droit à des aides financières à l'exportation, la compagnie est tenue de soumettre régulièrement des rapports rendant compte des intermédiaires qu'elle emploie aux agences britannique (UKEF), allemande (Euler-Hermes) et française (COFACE-BPI).

Fin 2015, UKEF note qu'une déclaration faisant référence à des intermédiaires est incomplète et demande des précisions à Airbus qui reconnaît, en mars 2016, avoir fourni des informations erronées. UKEF informe alors ses homologues français et allemand. Airbus signale aussi le problème au *Serious Fraud Office* britannique le 1<sup>er</sup> avril 2016. De son côté, la COFACE, qui a analysé les informations transmises par UKEF, avise le PNF qui ouvre le 20 juillet 2016 une enquête préliminaire confiée à l'OCLCIFI. Français et Britanniques décident de former une équipe commune d'enquête, l'« ECE », dont la composition, le rôle et les fonctions sont précisés par un protocole signé par le SFO et le PNF le 30 juillet 2017. L'ECE est donc chargée de recueillir des preuves sur de possibles faits de corruption en analysant les relations entre Airbus, ses filiales et 110 intermédiaires susceptibles d'être impliqués dans des irrégularités ; 1 750 entités dans le monde entrent ainsi dans le champ de l'enquête. De son côté, Airbus a gelé ses relations avec les intermédiaires suspects et diligenté sa propre enquête interne qui collecte 30,5 millions de documents auprès de plus de 200 détenteurs et informe et présente régulièrement des analyses à

---

<sup>230</sup> Convention judiciaire d'intérêt public entre le Procureur de la République Financier et Airbus SE, PNF 15 159 000 939, Le SMO, paragraphes 11 à 28, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/20200129%20CJIP%20AIRBUS%20sign%C3%A9e.pdf>.

l'ECE. Britanniques et Français se répartissent le suivi des investigations par zones géographiques<sup>231</sup> et partagent les informations recueillies sous réserve que le PNF soit autorisé à filtrer les informations qui pourraient avoir des composantes militaires ou stratégiques en application de la loi de blocage française.

718. Les autorités américaines de leur côté diligentent au moins deux enquêtes, l'une sur des ventes en Chine, au Ghana, en Indonésie, au Vietnam et en Thaïlande, l'autre relative à la vente sans licence préalable d'équipements qui contiennent des éléments militaires d'origine américaine en violation de la réglementation ITAR. Les investigations sont initialement menées en parallèle des travaux de l'ECE, mais les échanges d'informations entre enquêteurs des deux côtés de l'Atlantique se développent à partir de 2018<sup>232</sup>. Le Royaume Uni et les États-Unis participent avec trois autres pays, à un accord d'échange de renseignements militaires, le « *Five Eyes* (Cinq Yeux)<sup>233</sup> », ce qui a probablement facilité les communications entre les enquêteurs. Bien que les services américains n'aient pas été directement associés à l'ECE, le DOJ participe activement aux discussions tripartites qui aboutissent aux accords de résolution coordonnée. Il affirme sa compétence car une partie des actes de corruption se sont déroulés sur le sol américain.<sup>234</sup> Il reconnaît toutefois que les intérêts de la France et du Royaume Uni à régler l'aspect corruption du contentieux sont « significativement plus élevés »<sup>235</sup> que les siens, ce qui justifie qu'il laisse en priorité à ces pays le soin de défendre leurs intérêts respectifs comme ils le jugent approprié. Le DOJ prend aussi en considération les résolutions auxquelles l'entreprise est arrivée avec ces deux juridictions. Les autorités américaines sont aussi particulièrement sensibles à la nécessité pour Airbus de renforcer ses systèmes de compliance. Cette préoccupation se comprend puisqu'il s'agit de contrôler des exportations qui comportent des éléments militaires. Une annexe de huit pages au

---

<sup>231</sup> *Ibid.* paragraphe 43. Le SFO prend en charge les opérations avec la Corée du Sud, l'Indonésie, le Sri Lanka, la Malaisie, Taiwan, le Ghana et le Mexique. Le PNF concentre ses investigations, en plus du siège opérationnel en France, sur les EAU, la Chine, le Népal, l'Inde, Taiwan, la Russie, l'Arabie Saoudite, le Vietnam, la Turquie, le Japon, la Thaïlande, le Brésil, le Koweït et la Colombie.

<sup>232</sup> Voir l'exposition des faits (*Statement of Facts*) annexée à l'accord de DPA américain. Les étapes de l'enquête américaine sont décrites dans ce document de 104 pages : *US District Court for the District of Columbia, USA vs Airbus*, case 1:20-cr-00021 (TFH)

<sup>233</sup> Les autres participants sont le Canada, l'Australie et la Nouvelle Zélande.

<sup>234</sup> Notamment l'envoi de messages par plusieurs cadres d'Airbus à partir des États-Unis et la visite à Hawaii d'une délégation chinoise prise en charge par Airbus.

<sup>235</sup> “*France’s and the United Kingdom’s interests over the Company’s corruption related conduct and jurisdictional bases for a resolution are significantly stronger, and thus [DOJ has] deferred to France and the United Kingdom to vindicate their respective interests as those countries deem appropriate*” DPA p. 5.



DPA américain<sup>236</sup> décrit en détail les exigences de compliance. La désignation de l'AFA comme coordinateur du contrôle du programme de compliance pour une période de trois ans est donc une marque de confiance et permet aussi de régler la question épineuse du respect de la loi de blocage française.

719. Les DPA américain et anglais, comme la CJIP, soulignent « la coopération exemplaire » de la compagnie. Celle-ci a établi un groupe spécial d'investigation pour lequel ont été recrutés des dizaines de comptables et avocats spécialisés qui ont appuyé les enquêteurs ; de plus, sans attendre les résultats de l'enquête officielle, la firme a gelé ses relations avec les intermédiaires suspects et établi un nouveau comité d'experts chargé de promouvoir des réformes de compliance. La firme ne s'est pas autodénoncée et ne peut donc pas recevoir de « points de crédit pour coopération » selon le barème américain. Cependant les procureurs des trois pays tiennent compte de l'ampleur de la coopération mise en œuvre et minorent en conséquence les montants des pénalités. En fin de compte, Airbus verse aux autorités américaines une amende globale de \$527 millions pour violation du FCPA et de la réglementation ITAR. Les autres pénalités s'élèvent à 911 millions d'euros au profit du SFO et 2,08 milliards d'euros en faveur du PNF.

La triple résolution coordonnée du cas Airbus est citée comme un modèle de coopération entre juridictions dans la lutte contre la corruption transnationale. Si, comme l'a fait le procureur de la République financier, on peut y voir une avancée substantielle, il n'est pas certain que le modèle puisse être répliqué si les trois conditions suivantes ne sont pas remplies : (a) une société disposée à coopérer pleinement en complète transparence avec les enquêteurs ; (b) des procédures d'enquête et de règlement compatibles entre les juridictions parties à l'accord ; et (c) une équipe transnationale d'enquêteurs et procureurs compétents et rompus au travail en groupe, disposés à partager équitablement les tâches et le butin<sup>237</sup>.

#### **D. L'« américanisation » du système français : des approches différentes mais compatibles**

720. L'affaire Airbus, avec ses investigations tentaculaires, une équipe d'enquête plurinationale, des amendes record et de fortes exigences de compliance est un marqueur dans la lutte contre la

---

<sup>236</sup> DPA, *Attachment C Corporate Compliance Program*, pages C1 à C8.

<sup>237</sup> Voir Perez, Michel : « *The Airbus Triple Resolution: a Landmark Case in Europe and America* », Blog PCCE, Ecole de Droit de l'Université de New York, 10 septembre 2020.

corruption transnationale. Elle prouve que dans ce domaine la France peut désormais « jouer à armes égales »<sup>238</sup> avec les principales puissances économiques du monde. La CJIP, mécanisme dont la création avait suscité de fortes résistances chez beaucoup de juristes, y compris au Conseil d'État, a « en large mesure fait la preuve de son efficacité et de son utilité »<sup>239</sup>. C'est aussi une étape dans l'« américanisation » du système judiciaire français. Cette évolution toutefois fait ressortir des incongruités dans les procédures et pratiques françaises, en particulier la limitation du champ d'application de la justice négociée et les procédures applicables aux personnes physiques, même si elle démontre que des systèmes différents peuvent être compatibles.

721. Lors de son introduction en droit français en 2016, l'utilisation de la CJIP est limitée aux personnes morales et à certaines infractions de corruption, trafic d'influence et de blanchiment de fraude fiscale. Ce champ a été par la suite élargi par la loi du 23 octobre 2018 aux délits visés par les articles 1741 et 1743 du code général des impôts, c'est-à-dire la fraude fiscale elle-même. Cette extension a d'ailleurs permis la conclusion le 12 septembre 2019 d'une CJIP avec les sociétés Google France SARL et Google Ireland Ltd qui comprend une amende d'intérêt public de 500 millions d'euros<sup>240</sup>. D'autres procédures françaises visent des sociétés américaines ainsi la CJIP pour « complicité de fraude fiscale par fourniture de moyens » signée le 26 août 2021 avec la banque JP Morgan Chase<sup>241</sup>. Dans cette affaire, qui remonte à 2012, la banque avait consenti des prêts à des personnes physiques actionnaires du groupe Wendel. L'administration fiscale française avait décidé de poursuivre les actionnaires impliqués aussi bien que la banque. Celle-ci pourtant « n'a jamais fourni de conseil fiscal ou juridique, [...] est restée extérieure à la plupart des discussions relatives aux développements du schéma [et] n'a tiré aucun bénéfice fiscal de l'opération.<sup>242</sup> » Cependant, souhaitant mettre fin à un contentieux qui se prolonge, elle accepte de régler une amende de 25 millions d'euros en application de l'accord de CJIP. On note que l'accord signé avec JP Morgan n'a pas de clause concernant son dispositif de compliance (ce qui laisse supposer que les enquêteurs n'y trouvent pas de défaillance) et que le montant de l'amende est

---

<sup>238</sup> Pour reprendre l'expression du rapport Lellouche Berger de 2016. Voir ci-dessus.

<sup>239</sup> Daoud, Emmanuel et Partouche, Hugo : « Étude comparative des CJIP : bilan et perspectives », *Dalloz Actualité*, 27 avril 2020.

<sup>240</sup> Voir le communiqué de presse du procureur de la République financier : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Communique%C3%A9%20de%20presse%20PNF%20CJIP%20Google%2012%20septembre%202019.pdf>.

<sup>241</sup> Voir l'ordonnance de validation du 2 septembre 2021 : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/210902\\_Ordonnance\\_de\\_validation\\_CJIP\\_JPMorgan.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/210902_Ordonnance_de_validation_CJIP_JPMorgan.pdf).

<sup>242</sup> Passages extraits de l'ordonnance de validation, pages 4 et 5.

nettement supérieur à celui de deux autres CJIP signées le même semestre avec Systra (filiale de la RATP) pour 5 millions d'euros et LVMH pour 10 millions d'euros. On sait que la procédure de la CJIP, comme celle du DPA américain, laisse au procureur une marge discrétionnaire pour fixer le montant de l'amende mais le PNF aurait-il été plus sévère avec la banque à cause de sa nationalité ?

722.Devant l'acceptation grandissante en France de la justice négociée, il est tentant d'élargir son champ d'application à l'ensemble des infractions pénales. Ainsi, une loi de 2020 permet d'utiliser la procédure CJIP dans le cadre d'infractions environnementales.

723. Mais une autre problématique qui soulève de fréquents débats en France concerne la poursuite des personnes physiques à l'origine des infractions. Aux États-Unis, le DPA est une procédure flexible et adaptable qui peut être utilisée pour des personnes morales ou physiques. Pour des raisons d'efficacité, les enquêteurs peuvent vouloir solder les contentieux avec les sociétés relativement rapidement. Cependant, en pratique, les poursuites contre les individus peuvent suivre, avec plusieurs mois ou années de décalage, celles dirigées contre les sociétés. Cette pratique donne davantage de flexibilité aux procureurs. Ils peuvent aussi proposer dans le cadre de DPA des peines minorées à des employés de niveau intermédiaire pour les inciter à fournir des preuves ou accepter de témoigner contre des sociétés. Les investigations contre les individus peuvent être plus difficiles à mener car elles rencontrent davantage de résistance chez les personnes ciblées et nécessitent du côté du DOJ des ressources qui pourraient, sauf dans le cas de quelques dirigeants ou opérateurs de marché, être utilisées de manière plus efficace dans d'autres dossiers.

En France, où la justice négociée ne peut s'appliquer qu'aux personnes morales, le problème est plus compliqué, comme on l'a vu avec l'affaire Bolloré. En effet les personnes physiques ne peuvent être poursuivies que dans le cadre d'une procédure différente qui implique reconnaissance de culpabilité : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Les deux procédures, CJIP et CRPC, peuvent être lancées par un même parquet mais chacune est soumise à une homologation séparée. Ainsi le 26 février 2021, le tribunal correctionnel de Paris homologue la CJIP avec la société Bolloré SE, mais refuse l'homologation de trois CRPC visant Vincent Bolloré et deux de ses proches collaborateurs. La CJIP s'accompagne d'une amende de 12 millions d'euros et de l'obligation d'instituer un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA. Mais le juge du siège a estimé que les CRPC, qui prévoyaient une amende de

375 000 euros mais pas de peine de prison, étaient inadaptées au regard de la gravité des faits reprochés. La procédure actuellement en vigueur ne permet pas au juge de poser des conditions à l'homologation d'une CRPC ou d'une CJIP ; il ne peut qu'accepter ou refuser d'homologuer. Certains voient en cette situation, inédite jusqu'alors, un risque de bafouer les droits de la défense (puisque dans la CJIP la personne morale a reconnu les faits de corruption) ou un coup d'arrêt au progrès de la justice négociée en France<sup>243</sup>. Cette crainte nous semble exagérée, mais elle appelle néanmoins à une modification du code de procédure pénale : soit la CJIP est étendue aux personnes physiques (ce qui nécessite une loi peut-être délicate à faire voter) ; soit, ce qui paraît plus simple, on permet au parquet de lier les deux procédures. Dans ce cas, le parquet présenterait un « paquet » composé de l'ensemble des mesures proposées aux prévenus et au juge, ce dernier restant alors libre d'accepter ou de refuser l'homologation.

724. Même si certaines incongruités apparaissent dans le système pénal français de lutte contre la corruption transnationale, on peut néanmoins tirer un bilan d'ensemble positif de son évolution au cours de la dernière décennie. La création du PNF et de l'OCLCIFF, la loi *Sapin 2* de 2016 avec l'entrée en droit français des concepts de compliance et de justice négociée, l'essor des CJIP et le rôle de l'AFA attestent l'établissement d'un nouveau paradigme, inspiré par, mais différent, du modèle américain. Les systèmes judiciaires de part et d'autre de l'Atlantique restent très différents, mais cela n'empêche pas d'aboutir à des solutions concertées. Cependant, la tendance en France à politiser certains dossiers et, surtout, l'insuffisance des moyens interrogent sur le succès à long terme des réformes entreprises. Nous souscrivons donc aux conclusions en demi-teinte des inspecteurs de l'OCDE dans leur rapport d'évaluation de la France de 2021 :

« L'augmentation significative du montant des sanctions pénales [et du nombre de poursuites] contre les personnes physiques et morales, des règles de compétences nationales et territoriales clarifiées et élargies, l'allongement du délai de prescription et le renforcement des moyens et techniques d'enquêtes disponibles en matière de [lutte contre la corruption transnationale], la possibilité pour les associations de lutte contre la corruption agréées de se constituer partie civile [constituent des avancées...]. La création de l'AFA et d'un cadre normatif innovant ont placé le développement de mesures de conformité au sein des entreprises au cœur de

---

<sup>243</sup> Voir l'article paru dans *Dalloz Actualité* le 23 mars 2021 : « Le droit en débats. L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée ».

la politique [anticorruption] de la France... Enfin, le renouveau de la politique pénale française... a été fortement renforcé par l'adoption de la circulaire Belloubet en juin 2020 qui atteste de la volonté de la France de donner pleinement effet à cet arsenal juridique renouvelé.

Cependant, ces acquis récents sont fragilisés par des problèmes structurels de ressources qui affectent l'ensemble des maillons de la chaîne pénale ainsi que par des réformes en cours. En particulier, la limitation à deux ou trois ans de la durée d'enquête préliminaire (adoptée par le Parlement, le 18 novembre 2021), ou la refonte de l'AFA et de ses missions (une proposition de loi ayant été déposée le 21 octobre 2021) suscitent de vives préoccupations quant à la poursuite des avancées récentes et représentent autant de risques de remise en cause de celles-ci. Le PNF et son action ont également été mis en cause et son rôle dans les enquêtes, les poursuites et la résolution hors procès [les affaires de corruption transnationale] doit impérativement être préservé. La France doit également poursuivre ses efforts pour développer une justice pénale négociée efficace pour les personnes physiques [...] au risque de remettre en cause l'attractivité des CJIP pour les personnes morales<sup>244</sup>. »

La lutte contre la corruption transnationale en France a donc pris en une courte décennie de nouvelles formes et gagné en efficience. Cette transformation provient pour partie d'une adaptation aux normes françaises du modèle américain mais se dessine également dans un cadre renouvelé international et, surtout, européen.

### **Section 3. Un cadre international et européen en mutation**

725. Le bouleversement en moins d'une décennie du système français de lutte contre la corruption transnationale a bien été noté dans le rapport d'évaluation de 2021 de l'OCDE. Mais ce n'est pas un phénomène isolé. Même si certains journalistes<sup>245</sup> ou magistrats<sup>246</sup> le déplorent, l'adoption par les principales puissances économiques occidentales de procédures de justice négociée marque bien une américanisation des systèmes judiciaires nationaux ou régionaux<sup>247</sup>. Tout comme en France, les moyens et le cadre international, particulièrement européen, de la lutte

---

<sup>244</sup> Rapport d'évaluation de la France, phase 4, OCDE, 2021, Résumé, p. 6.

<sup>245</sup> Voir par exemple l'article de Jean-Michel Quatrepoint, « Au nom de la loi...américaine » *Le Monde diplomatique*, janvier 2017.

<sup>246</sup> Nous pensons notamment à l'avis du Conseil d'État du 14 mars 2016.

<sup>247</sup> Perez, Michel, "The rise and globalization of negotiated settlements", *ROLACC*, juin 2020.

contre la corruption se sont transformés depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle. Ces bouleversements sont, au moins pour partie, le résultat de l'influence américaine sur des organismes supranationaux, mais ils encouragent aussi le développement de politiques de coopération davantage ciblées de la part des États-Unis. Dans un monde globalisé où la concurrence est ouverte, on comprend que les États-Unis désirent que leurs sociétés ne soient pas pénalisées parce qu'elles ne peuvent plus utiliser les mêmes stratagèmes que leurs concurrentes moins éthiques.

726. Une première approche américaine universaliste n'obtient qu'un demi-succès. Un forum moins large, celui de l'OCDE, s'avère plus apte à piloter les réformes nécessaires. Ainsi la lutte contre la corruption se développe principalement à l'échelon transatlantique et intra-européen avec quelques succès mais il reste des obstacles à surmonter. Nous analyserons les insuffisances de l'approche globaliste ; l'émergence d'un modèle transatlantique de lutte contre la corruption ; le cadre changeant de l'Union Européenne pour enfin évoquer les failles qui demeurent et les chantiers en cours.

#### **A. Les insuffisances de l'approche globaliste : critique de l'ICC et des conventions sous l'égide de l'ONU**

727. Le FCPA a pour ambition de réglementer, selon les normes américaines, les pratiques du commerce international. Or, au moment du vote de la loi en 1977, la Chambre de Commerce américaine (*US Chamber of Commerce*), organisation patronale représentant les entreprises exportatrices, tout en réaffirmant sa position de principe contre la corruption, doute que la criminalisation soit la meilleure approche.<sup>248</sup> Cette position, comme nous l'avons vu, retarde la mise en œuvre de la loi pendant un quart de siècle.

---

<sup>248</sup> Voir Kohler, Mike, "The Story of the Foreign Corrupt Practices Act", *Ohio State Law Journal*, 2012, p. 959. L'organisation patronale, l'US Chamber of Commerce, recommandait plutôt une déclaration obligatoire de la part des entreprises des paiements à l'étranger mais estimait que la criminalisation pénaliserait les entreprises américaines. J Jefferson Staats, son conseil avait déclaré lors d'une audition parlementaire : "The Chamber condemns the payment, solicitation or extortion of bribes, payoffs or kickbacks, and supports the disclosure of such acts and the prosecution of violations of national laws. The Chamber has long endorsed the highest standards of professional conduct of American business people operating in the United States or overseas.... The Chamber believes that disclosure has proved to be an effective deterrent against the offering or solicitation of various forms of questionable payments.... The Chamber, therefore, is not convinced that new legislation is needed to confront the problems caused by questionable overseas business payments ».  
<https://fcpa.stanford.edu/academic-articles/20120101-the-story-of-the-fcpa.pdf>.

## 1. La Chambre de Commerce Internationale : auto-régulation plutôt que législation

728. La Chambre de Commerce américaine exerce une influence déterminante sur son organisation mère, la Chambre de Commerce Internationale (*International Chamber of Commerce, ICC*), tant par sa contribution au budget de l'organisation que par la présence de représentants américains dans les instances dirigeantes. L'ICC a été fondée en 1919 et son siège est à Paris. C'est une ONG dont l'objectif est de représenter mondialement l'entrepreneuriat, de promouvoir les échanges et les investissements internationaux et la libre circulation des capitaux. Depuis sa création, elle publie régulièrement les Incoterms qui sont les normes de base utilisées dans le commerce international. Elle administre aussi une Cour Internationale d'Arbitrage composée d'arbitres professionnels indépendants provenant de toutes les juridictions membres. Ce tribunal permet aux sociétés du monde entier de régler des différends commerciaux en appliquant le droit, les règles et la coutume internationales. L'organisation est donc un agent de *soft law* (droit souple) qui a une forte influence internationale. Or dès 1977, encouragée par quelques grandes sociétés américaines comme IBM et General Electric, l'ICC est une des premières instances internationales à publier des « Règles de conduite et recommandations pour combattre l'extorsion et les pots-de-vin (*Rules of Conduct and Recommendations to Combat Extortion and Bribery*) ». Ce document donne aux adhérents<sup>249</sup> des outils pour combattre la corruption. Son approche de prédilection toutefois est l'autorégulation et non la législation. Les Règles sont mises à jour en 1996, 2005 et 2011, tenant compte de l'entrée en vigueur des conventions internationales et de l'évolution de la jurisprudence. L'ICC y indique que le rôle primordial revient aux entreprises chargées de mettre en place les systèmes de compliance tout en reconnaissant la « responsabilité de base (*basic responsibility*) » des organisations internationales et des gouvernements dans la lutte contre la corruption<sup>250</sup>. Mais il est difficile de mettre en place une réglementation universelle des mesures anticorruption si les sociétés qui, *in fine*, sont chargées de les mettre en œuvre se montrent réservées.

---

<sup>249</sup> Plus de 45 millions de sociétés dont le siège se trouve dans une centaine de pays sont affiliés à la Chambre de Commerce Internationale qui assure aussi des fonctions d'arbitrage international.

<sup>250</sup> La préface des Règles indique dans son deuxième paragraphe : « *ICC emphasizes the critical role of compliance by enterprises with self-imposed rules, while recognizing the basic responsibility of international organizations and national governments in the fight against all corrupt practices, including extortion, solicitation and bribery.* »

729. La rivalité entre États socialistes et capitalistes, la diversité de cultures et de systèmes juridiques sont d'autres facteurs de complication. La mise en place au niveau international de mesures anticorruption semblables à celles prévues dans la législation américaine n'est pas matériellement possible tant que dure la guerre froide. Le bloc soviétique, la Chine et certains grands pays du tiers-monde (Inde, Égypte, Indonésie, Nigeria par exemple) n'ont aucune intention de coopérer surtout s'ils sont gouvernés par des élites kleptocrates qui bénéficient de la corruption. Jusqu'à la période des amendes fortes infligées par les autorités américaines dans la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle, la lutte contre la corruption transnationale n'est prise au sérieux que par quelques pays : les États scandinaves<sup>251</sup>, l'Allemagne<sup>252</sup> et, à partir de 2010 et l'adoption du *UK Bribery Act*, le Royaume Uni.

En Italie, le système judiciaire ne se préoccupe sérieusement des affaires de corruption qu'après la « révolution judiciaire »<sup>253</sup> provoquée par les affaires *Mani Pulite* (Mains Propres) et les scandales Berlusconi. Au Brésil, les poursuites judiciaires pour corruption deviennent spectaculaires avec le cas *Lavajato* ou scandale Petrobras, révélé en 2014 : il conduit à la mise en examen de 174 politiciens, à la démission de la présidente de la République, Dilma Rousseff et à l'incarcération pendant dix-neuf mois de son prédécesseur, Luis Ignacio Lula da Silva. Le procureur brésilien, Sergio Moro, s'inspire des méthodes américaines. Il deviendra ministre de la Justice, mais lui-même accusé d'avoir manipulé les poursuites de l'enquête *Lavajato*<sup>254</sup>, il sera conduit à la démission. Finalement, beaucoup d'observateurs se demandent si la corruption a vraiment diminué dans le pays<sup>255</sup>.

Comme le montrent les positions de l'ICC et l'évolution des systèmes judiciaires en Italie ou au Brésil, proclamer publiquement son désir d'éradiquer la corruption est devenu la position officielle de nombreuses organisations et juridictions, mais transformer un système existant suffisamment en profondeur pour que les réformes produisent des résultats effectifs et durables est beaucoup plus difficile.

---

<sup>251</sup> Affaires Statoil signalée volontairement à la SEC par le régulateur norvégien en 2006 ; coopération avec la Suède dans les affaires Telia et Ericsson. Voir ci-dessus.

<sup>252</sup> Affaire Siemens en 2008. Voir ci-dessus.

<sup>253</sup> Voir Boucobza, Isabelle, « Italie : indépendance du parquet. Le cas de l'opération Mani Pulite », *Mouvements*, vol. n° 29, no. 4, 2003, p. 36-40.

<sup>254</sup> Il y aurait eu dans certaines enquêtes collusion entre la police et le parquet, ce qui est interdit par le code de procédure brésilien.

<sup>255</sup> Voir l'article publié dans *The Economist* le 9 mars 2021 "What did Lava Jato, Brazil's anti-corruption investigation, achieve?"



## 2. Aux Nations Unies : des conventions, une bureaucratie mais un suivi problématique

730. On retrouve également un bilan en demi-teinte dans l'action menée contre la corruption par l'ONU et ses organisations satellites.

Il est clair que, pour être efficace, la lutte contre la corruption transnationale doit engager tous les pays. S'il y a des « trous dans la raquette », les criminels naturellement vont s'en servir pour parquer les profits tirés de leurs activités. C'est pourquoi l'approche logique des États-Unis a été d'essayer d'impliquer les Nations Unies, organisme à compétence universelle. Une première approche américaine en 1977, peu après le vote de la loi FCPA sous l'administration Carter, est la proposition adressée au Conseil Économique et Social de l'ONU, l'ECOSOC, en vue d'élaborer une convention internationale. Cependant on est encore en période de guerre froide et d'opposition Nord Sud<sup>256</sup>. Les pays du Sud ne veulent pas de restrictions sur leur capacité à demander des « contreparties » alors que ceux du Nord ne souhaitent pas lier les questions de corruption à un code de conduite trop contraignant pour les multinationales. Le projet s'enlise dans des discussions en commission et finalement, peu après l'arrivée à la Maison Blanche de Ronald Reagan, il est définitivement retiré en 1981.

731. La Banque Mondiale, qui fait partie de la nébuleuse des organismes rattachés aux Nations Unies, est la première institution officielle multilatérale à mettre en place une politique active de lutte contre la corruption en 1996. Tout nouveau prêt ou programme d'assistance doit nécessairement inclure des clauses anticorruption et les contrôles, au fil des années, deviennent de plus en plus stricts. C'est donc un succès pour les économistes et diplomates américains qui lancent de nouvelles initiatives tant au niveau régional que mondial.

732. Le premier accord intergouvernemental traitant spécifiquement de corruption transnationale est une convention de l'Organisation des États Américains (OEA ou, en utilisant le sigle américain, OAS pour *Organization of American States*). La *Convention inter-américaine contre la corruption* est signée en 1996, lors d'une conférence à Caracas, par 21 pays membres. Son champ d'application est plus large que celui du FCPA car elle couvre la corruption active et passive. Elle est parfois considérée comme une feuille de route pour promouvoir les efforts

---

<sup>256</sup> Voir Webb, Philippa, “*The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?*” (March 1, 2005), *Journal of International Economic Law* 8(1), 191-229, 2005. Disponible sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2557193>.

collectifs des pays de la région des Amériques qui s'engagent à coopérer entre eux<sup>257</sup>. Elle ouvre ainsi la porte à la mise en place de procédures d'échanges de renseignements et d'extraditions que les États-Unis utilisent pour juger puis emprisonner sur leur sol des criminels considérés comme particulièrement malfaisants<sup>258</sup>. Bien que considérée comme innovante lors de son adoption, la convention de l'OAS est critiquée pour l'absence d'un système strict d'évaluation. Elle inclut un mécanisme de contrôle par les pairs, à l'image de l'OCDE, mais celui-ci tarde à se mettre en place et le suivi n'est pas rigoureux. L'évolution des progrès de la lutte contre la corruption, au cours des deux dernières décennies, particulièrement au Mexique et dans certains pays d'Amérique Centrale et du Sud, ne montre pas des résultats particulièrement probants<sup>259</sup>.

733. Les États-Unis appuient aussi diplomatiquement la signature d'une autre convention internationale régionale pour lutter contre la corruption en Afrique, bien que seuls les pays membres de l'Union Africaine puissent y être parties. La *Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption* est signée à Maputo en juillet 2003<sup>260</sup>. Au 6 septembre 2021, elle avait été ratifiée par 45 des 55 États qui composent l'Union Africaine<sup>261</sup>. Sa structure rappelle le modèle de l'OAE. Mais les ressources limitées de l'Union sont mobilisées sur d'autres priorités et la plupart de ses États membres sont aussi signataires de la convention sous l'égide des Nations Unies qui, elle, a une portée universelle.

734. Après l'échec de son projet devant l'ECOSOC des Nations Unies, la diplomatie américaine développe une approche différente en s'adressant à l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC)<sup>262</sup>. L'Office dispose de plus de deux mille quatre cents agents entre son siège à Vienne, Autriche, et une centaine de bureaux régionaux. Ses missions principales lui sont confiées par des conventions internationales promues par l'ONU : aider les États parties à contrer

---

<sup>257</sup> Voir notamment Garcia-Gonzalez, Jorge: "*The OAS and the fight against corruption in the Americas*", OAS General Secretariat, <https://www.oecd.org/corruption/ethics/2731127.pdf>.

<sup>258</sup> Un cas récent est celui de Joaquim "El Chapo" Guzman, qui après son évasion rocambolesque d'une prison mexicaine et sa recapture est extradé du Mexique vers les États-Unis en 2017. Il est jugé par un tribunal fédéral américain à Brooklyn (New York) en 2019, condamné à la prison à perpétuité et purge sa peine aux États-Unis.

<sup>259</sup> Voir à ce sujet la "*heat map*" du FCPA clearing house qui indique les régions du monde dans lesquelles des actes de corruption ont été notés (*Location of improper payments 2012-2021*: <https://fcpa.stanford.edu/>). Voir aussi le dernier rapport de Transparency International sur la région : *CPI 2021 for the Americas: a region in crisis* (<https://www.transparency.org/en/news/cpi-2021-americas-a-region-in-crisis>).

<sup>260</sup> D'après le site de l'Union Africaine : <https://au.int/fr/treaties/convention-de-lunion-africaine-sur-la-prevention-et-la-lutte-contre-la-corruption>.

<sup>261</sup> *Ibid.*

<sup>262</sup> Voir ci dessus Titre II, chapitre 1.

le terrorisme (*countering terrorism*) ; mettre en place des mesures contre le trafic de stupéfiants ; prévenir la criminalité et établir des systèmes de justice efficaces ; traiter les problèmes que pose la corruption ; renforcer les capacités des États membres à lutter contre les réseaux criminels organisés<sup>263</sup>. Il y a donc une raison logique de confier à cet organisme l'administration de la lutte contre la corruption. De plus, son directeur général a le rang de Sous-Secrétaire Général des Nations Unies<sup>264</sup> et dispose d'un budget autonome annuel de 700 millions de dollars. Les États-Unis sont une source essentielle de financement pour l'ONUDC ce qui leur confère naturellement une certaine influence<sup>265</sup>.

C'est par étapes que l'ONUDC s'implique dans la lutte contre la corruption. À la fin du xx<sup>e</sup> siècle, il devient clair que, pour combattre efficacement les fléaux transfrontaliers comme les trafics de drogues, armes et même d'êtres humains, une structure transnationale est nécessaire. En 2000, lors de la conférence de Palerme<sup>266</sup>, est signé un premier traité international qui touche à la corruption transnationale, le *Traité des Nations Unies contre le crime organisé* ou UNCTOC selon le sigle en anglais (*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*). Lors de cette conférence, un comité *ad hoc* est créé avec mission de préparer une convention avec un champ d'application plus large incluant notamment : des mesures de prévention de la corruption dans les secteurs public et privé<sup>267</sup>, la coopération entre les autorités de poursuite et la société civile (y compris les organisations non gouvernementales)<sup>268</sup>, la criminalisation dans le système juridique de chaque État partie des actes de corruption tels que définis par la convention<sup>269</sup>, et des procédures obligatoires de coopération internationale<sup>270</sup>. Cette initiative est approuvée par l'Assemblée Générale de Nations Unies en décembre 2000. Elle décide également que l'administration du traité revient à l'ONUDC à Vienne. Le texte final est approuvé par l'Assemblée

<sup>263</sup> D'après le site UNODC: [https://archive.wikiwix.com/cache/index2.php?url=https%3A%2F%2Fwww.unodc.org%2Fimages%2Fabout-unodc%2Factivity-areas\\_1100x1251px.jpg](https://archive.wikiwix.com/cache/index2.php?url=https%3A%2F%2Fwww.unodc.org%2Fimages%2Fabout-unodc%2Factivity-areas_1100x1251px.jpg).

<sup>264</sup> Le poste est occupé par Madame Gada Waly, Égyptienne, élue le 1<sup>er</sup> février 2020.

<sup>265</sup> Fin 2021, l'organisation avait reçu de 203 donateurs des promesses de financement de 2,3 milliards de dollars pour financer 175 projets différents. Les pays qui contribuent le plus au financement sont les États-Unis (26%), la Colombie (14%), l'Union Européenne (14%), le Japon (8%) et l'Allemagne (5%). La France contribue à hauteur de 1% des dépenses. Source : *Donors Summary*, site UNODC consulté le 11 mars 2022 : <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZmQyNzI3YzYzZmZjAwYS00MGM5LTkzMWEtYTFjOGMzZDk2YTgzIiwidCI6IjBmOWUzNWRLTU0NGYtNGY2MC1iZGNjLTVlYTQxNmU2ZGM3MCIsImMiOiJh9>.

<sup>266</sup> Le lieu de la conférence est choisi en hommage aux juges et enquêteurs italiens qui combattent la Mafia.

<sup>267</sup> Chapitre 2 de la convention.

<sup>268</sup> Article 116 de la convention.

<sup>269</sup> Chapitre 3 de la convention.

<sup>270</sup> Chapitre 4 de la convention.

Générale en octobre 2003. La signature du traité lui-même intervient lors d'une conférence spéciale à Merida, Mexique, en décembre de la même année. Elle reçoit une forte couverture médiatique, plusieurs chefs d'État ou de gouvernements y participent, 140 États annoncent leur adhésion à la convention lors de la conférence. Le Secrétaire Général des Nations Unies déclare que la convention peut apporter une réelle différence dans la qualité de vie de millions de personnes à travers le monde<sup>271</sup>.

735. La convention reçoit, dans le jargon des Nations Unies, le nom d'UNCAC (*United Nations Convention Against Corruption*) et introduit des concepts nouveaux. L'idée de la nécessité de restituer les biens mal acquis reprend un principe qui avait été proposé par Transparency International en 2001, visant les chefs d'État kleptocrates. Mais une fois le principe posé, le seul mécanisme de recouvrement proposé est d'autoriser les parties qui s'estiment lésées à engager des poursuites devant les juridictions concernées et il revient à chaque État membre d'établir les procédures applicables. La définition des actes de corruption est également innovante car elle reconnaît les nombreuses formes que celle-ci peut prendre et ne se limite pas au secteur public et aux pots-de-vin mais inclut la concussion, les trafics d'influence et ce qui correspond en droit français à l'abus de biens sociaux par des personnes de droit privé. La convention recommande également de développer des mesures de prévention très similaires aux exigences de la compliance telle qu'elle est en vigueur aux États-Unis.

L'UNCAC établit ainsi un cadre transnational de lutte contre la corruption. Selon le site des Nations Unies, sa convention contre la corruption est le seul instrument juridique contraignant qui ait une portée universelle<sup>272</sup>. La portée internationale est incontestable et le nombre de parties signataires s'établit à 189 au 18 novembre 2021<sup>273</sup>. Mais l'UNCAC laisse de côté certaines questions sensibles comme le financement des campagnes électorales, réglementées en Europe mais pas aux États-Unis. Surtout, elle n'établit pas de système de contrôle effectif. Au nom du principe de la souveraineté des États, elle laisse à chaque juridiction le soin d'établir ses propres procédures et de contrôler leur application. En somme, reprenant l'expression de W. Michaël

---

<sup>271</sup> Voir l'avant-propos de Kofi Anan, Secrétaire Général des Nations Unies : *United Nations Convention Against Corruption*, *United Nations Office On Drugs And Crime*, Vienne, p. iv : [https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf).

<sup>272</sup> « *The United Nations Convention against Corruption is the only legally binding universal anti-corruption instrument* », <https://www.unodc.org/unodc/fr/corruption/uncac.html>.

<sup>273</sup> *Ibid.*

Reisman, professeur de Droit à Yale<sup>274</sup>, l'UNCAC apparaît comme un exercice de *lex simulata* : une procédure complexe qui produit un instrument juridique en apparence fonctionnel mais qu'aucune des parties impliquées n'a réellement l'intention ou les moyens d'appliquer<sup>275</sup>.

## **B. Le modèle transatlantique de lutte contre la corruption : le rôle du Conseil de l'Europe et des organismes rattachés**

736. Les efforts américains pour établir un terrain commun équitable (*a level playing field*) qui permette aux entreprises, quelle que soit leur nationalité, de participer de manière légitime à l'économie mondiale se poursuivent sur plusieurs fronts. L'approche globaliste permet d'établir pour l'ONU et les organismes rattachés un cadre plus ou moins cohérent mais sans système de contrôle efficace. Les économies des pays pauvres doivent d'abord faire face à des problèmes existentiels qui affectent leur population : les pénuries, la famine, les maladies, la guerre, les désastres naturels, le réchauffement climatique etc. La lutte contre la corruption n'y est pas nécessairement une priorité. Mais la situation est différente pour les pays à économie développée où les niveaux de vie et d'éducation sont généralement élevés. Ce groupe comprend, outre les États-Unis et le Canada, la plupart des pays européens, y compris le Royaume Uni, et quelques pays d'Asie (Japon, Corée du Sud, Singapour) et d'Océanie (Australie, Nouvelle-Zélande). Leurs entreprises sont à la fois concurrentes des sociétés américaines et désireuses d'être présentes sur le marché américain ou y lever des fonds. Il devient donc de l'intérêt de toutes les parties concernées, États, sociétés et populations, de trouver un terrain d'entente et de veiller à ce que les règles de la concurrence soient respectées et, quand nécessaire, sanctionnées. En somme les pays qui ont le plus d'intérêt à mettre en place un système efficace et équitable de lutte contre la corruption transnationale sont ceux qu'on qualifie d'occidentaux.

Plusieurs organisations regroupent ces pays relativement riches et chaque État du groupe peut appartenir à une ou plusieurs organisations dont les contours ne se superposent pas exactement. Cette configuration se met en place lors des décennies qui suivent la Seconde Guerre mondiale quand les États-Unis sont la puissance mondialement dominante tandis que le bloc

---

<sup>274</sup> Voir Reisman, Michael W., *Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms*, New York Free Press, cité par Webb, Philippa, "The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?", article cité.

<sup>275</sup> Reisman, Michael W., *op. cit.*

soviétique a des ambitions hégémoniques. Certaines de ces organisations, comme l'OTAN et SEATO<sup>276</sup> (l'organisation du Pacte de Manille établie en 1954) sont des alliances militaires. D'autres, celles qui nous intéressent ici, ont des objectifs économiques. Géographiquement cependant ces pays « occidentaux », « développés » ou « riches » sont plutôt centrés sur l'Atlantique Nord. En plus de l'OCDE dont le fonctionnement a été étudié dans le chapitre précédent, trois organisations ont un rôle significatif dans la lutte contre la corruption transnationale : le Conseil de l'Europe, GRECO et MONEYVAL.

### 1. Le Conseil de l'Europe et la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans la lutte contre la corruption

737. Le Conseil de l'Europe est créé le 5 mai 1949 par le traité de Londres signé par dix démocraties parlementaires d'Europe occidentale comme membres fondateurs : Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Royaume Uni et Suède. Les pays européens, qui ne sont pas dotés d'un régime considéré comme démocratique tels l'Espagne, le Portugal, l'Albanie, la Grèce, la Yougoslavie et les pays d'Europe centrale ou orientale sous influence soviétique ainsi que l'Autriche, la Finlande et la Suisse qui ne souhaitent ou ne peuvent pas être rattachés à un des blocs rivaux, ne font pas partie des membres fondateurs. Cependant ils rejoignent l'organisation ultérieurement, notamment après l'effondrement de bloc soviétique. Par ailleurs quatre États non européens reçoivent le statut d'observateur<sup>277</sup> ce qui leur permet de participer à certains travaux et accords : le Canada, les États-Unis, le Japon et le Mexique. À la fin de 2021, le Conseil de l'Europe compte 46 États membres ou observateurs<sup>278</sup>. Pour pouvoir en faire partie, les pays doivent nécessairement accepter les principes de la démocratie, de la prééminence de l'état de droit et permettre à leurs citoyens et habitants de jouir des droits de l'Homme<sup>279</sup>. Ils s'engagent à coopérer de bonne foi avec le Conseil de l'Europe et les États membres. Trois organes principaux permettent le fonctionnement de l'organisation : l'Assemblée

---

<sup>276</sup> *South East Asia Treaty Organization* dont les huit signataires initiaux sont l'Australie, la France, la Nouvelle Zélande, le Pakistan, les Philippines, la Thaïlande, le Royaume Uni et les États-Unis.

<sup>277</sup> Le Saint Siège reçoit également le statut d'observateur en 1970.

<sup>278</sup> Parmi les membres récents, citons les pays issus de l'ancienne Yougoslavie, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Géorgie, la Moldavie et l'Ukraine. Le Comité des Ministres décide le 25 février 2022 de suspendre la Russie ; elle est exclue le 17 mars à la suite d'une réunion extraordinaire du Comité convoquée en application de l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe.

<sup>279</sup> Article 3 des Statuts.

Parlementaire, le Comité des Ministres et le Secrétariat Général ; des comités spécialisés, permanents ou temporaires, sont aussi créés pour suivre des questions spécifiques, par exemple la Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise), la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) ou le Comité européen des droits sociaux. Le premier objectif du Conseil de l'Europe est de promouvoir la démocratie telle qu'elle est conçue dans le système occidental, l'état de droit, la sauvegarde de la paix et le respect des droits humains. Il a donc un mandat très large, sauf pour les questions militaires, et s'attache à promouvoir un système de relations internationales et régionales fondé sur des chartes ou accords de coopération spécifiques.

738. Ainsi le premier traité promu par le Conseil de l'Europe est la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*<sup>280</sup>, signée en 1950 puis complétée par une quinzaine de protocoles. Son texte fait spécifiquement référence à la *Déclaration des Droits de l'Homme* de l'ONU. Le Conseil institue en 1959 la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), juridiction qui siège à Strasbourg et peut être saisie par toute personne physique ou morale s'estimant lésée<sup>281</sup>. La Cour a pour mission de veiller à l'application de la convention ; elle est constituée par des juges dont le nombre correspond à celui des États membres. Les juges sont élus par l'Assemblée Parlementaire sur proposition des États et ont un mandat de neuf ans non renouvelable. La CEDH est particulièrement attentive aux atteintes au droit d'expression<sup>282</sup>. Elle veille à l'application de l'ensemble des traités européens, y compris ceux qui touchent à la corruption, et interprète les principes fondamentaux du droit. De par son vaste mandat, elle connaît de certaines affaires liées à des cas de corruption : par exemple elle protège les droits des lanceurs d'alerte (*Raudevs contre*

---

<sup>280</sup> Son titre officiel est *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*.

<sup>281</sup> « En 2021, la Cour a statué dans plus de 36 000 requêtes, dont 1 037 ont donné à lieu à 428 arrêts de chambre ou de grande chambre, soit une augmentation de 9 % par rapport à l'année 2020 ; à la fin de l'année 2021, on comptait 70 150 requêtes pendantes contre 62 000 un an plus tôt, soit une augmentation de 13 % ; 70 % des requêtes proviennent toujours des quatre mêmes pays, à savoir, dans l'ordre, la Fédération de Russie, la Turquie, l'Ukraine et la Roumanie ». Source : discours annuel prononcé le 25 janvier 2022 par le président de la CEDH, Robert Spano, *Dalloz Actualité* du 9 mars 2022 : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/chronique-cedh-suspension-de-federation-de-russie#.Yi5773rMI6Q>

<sup>282</sup> Voir par exemple l'arrêt *Suat Incedere contre Turquie* 21266/19 et 21744/19 qui condamne la Turquie parce que des détenus ont été punis pour avoir chanté des hymnes et récité des poèmes en prison ou l'arrêt *Freitas Rangel vs Portugal* 78873/13 qui condamne le Portugal pour avoir imposé une amende de 50 000 euros à un journaliste pour avoir pris position contre des associations de juges et procureurs.

Lettonie<sup>283</sup>) et exige des garanties de procédure (*due process*) avant qu'un juge ne puisse être démis pour des soupçons de corruption (*Sheleg contre Russie*<sup>284</sup>).

739. La jurisprudence créée par la CEDH est parfois complexe, en particulier en ce qui concerne l'application du principe *non bis in idem*. Ainsi dans un arrêt de 2014, *Grande Stevens contre Italie*<sup>285</sup>, la Cour décide que les mêmes faits ne peuvent être poursuivis simultanément administrativement et pénalement. Cette décision conduit des juridictions européennes, dont la France, à réviser leurs législations et réglementations concernant les poursuites de délits boursiers. Cependant dans un jugement de 2016, *A et B contre Norvège*<sup>286</sup>, la Cour déclare, qu'au moins en matière fiscale, en fonction de la législation de l'État ou l'impôt est dû, des amendes pénales peuvent être applicables en plus d'un redressement fiscal. Néanmoins, dans un autre arrêt, *Nodet contre France*<sup>287</sup>, la Cour, dans une affaire en matière d'abus de marché, note une répétition apparente des éléments de preuve entre la procédure pénale et celle de nature administrative lancée par l'AMF et qu'en outre la cour d'appel n'a pas expressément tenu compte de la sanction pécuniaire qui avait été prononcée par l'AMF. Dans ce dernier cas, elle donne raison au plaignant en soulignant que, même si des exceptions sont envisageables (mais uniquement lorsqu'elle sont permises par des procédures établies en droit national), le principe de base demeure la non-répétition de procédures fondées sur les mêmes griefs. Cette jurisprudence nuancée contraste avec les pratiques américaines qui permettent le cumul des procédures<sup>288</sup>.

740. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe veille à ce que les arrêts soient exécutés, notamment à ce que les sommes d'argent allouées par la cour aux requérants en réparation du préjudice qu'ils ont subi leur soient effectivement versées. Les décisions de la CEDH ont préséance dans les juridictions des États parties et établissent une jurisprudence. La cour est très largement saisie : « Plus de 50 000 nouvelles requêtes sont introduites chaque année. Le retentissement que

---

<sup>283</sup> Jugement du 17 décembre 2013, 4<sup>e</sup> section. Voir : <https://www.at.gov.lv/files/files/case-of-raudevs-v-latvia.pdf>.

<sup>284</sup> Jugement du 27 juillet 2022. Voir ECHR Caselaw.com : *Dismissal of a judge for corruption. Failure of the national courts to thoroughly examine arguments about the inauthenticity of the evidence. Violation of the due process.* <https://www.echr.caselaw.com/en/echr-decisions/dismissal-of-a-judge-for-corruption-failure-by-the-national-courts-to-thoroughly-examine-arguments-about-the-inauthenticity-of-the-evidence-violation-of-the-due-process/>.

<sup>285</sup> CEDH, 2<sup>e</sup> section, *Grande Stevens et autres contre Italie*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141370>.

<sup>286</sup> CEDH, Grande Chambre, *A et B contre Norvège*, jugement du 15 novembre 2016. <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2011-024130.pdf>.

<sup>287</sup> CEDH, *Nodet contre France*, 6 juin 2019.

<sup>288</sup> Ainsi le DOJ et la SEC peuvent poursuivre un délinquant pour les mêmes griefs pénalement et administrativement. Voir première partie, titre deuxième, chapitre 2, section 1 « Les procédures de poursuites ».



connaissent régulièrement certains arrêts de la cour et la reconnaissance croissante qu'elle rencontre auprès des ressortissants des États contractants ont un impact considérable sur le nombre de saisines annuelles qui lui parviennent. »<sup>289</sup>.

Outre la convention européenne pour les droits de l'homme, le Conseil de l'Europe a ouvert à signature une trentaine d'autres traités. Certains servent de textes de référence, comme la charte sociale européenne (1961, révisée en 1996) ; la convention européenne pour la répression du terrorisme (1977) ; la convention européenne pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (1981) ; la convention de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005) ; la convention pénale sur la corruption et la convention civile sur la corruption (1999) ; la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime ; et la convention sur la cyber-criminalité. Ces instruments reprennent généralement les dispositions d'autres accords internationaux antérieurs, parfois en les précisant ou élargissant certains concepts. Par exemple la convention pénale sur la corruption de 1999<sup>290</sup> reprend pour l'essentiel les dispositions de la convention anticorruption de l'OCDE mais inclut dans ses articles 6 et 7 la corruption active et passive dans le secteur privé.

741. Il est aussi possible à des États extérieurs au Conseil de l'Europe de souscrire à ces conventions et certaines ne sont pas obligatoires pour les membres. La lutte contre la corruption n'est pas une priorité initiale du Conseil de l'Europe mais, au vu de sa très large compétence, il est naturellement conduit à se préoccuper de ce sujet.

## 2. Le GRECO, organisation dédiée à la lutte contre la corruption

742. La création du Groupe d'États contre la Corruption, ou GRECO, est autorisée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en mai 1998. Il commence à opérer avec 17 États membres du Conseil de l'Europe.<sup>291</sup> À la fin de 2021, l'organisation comptait 50 membres : tous les États

---

<sup>289</sup> *La CEDH en 50 questions*, site de la CEDH consulté le 13 mars 2022  
[https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_FRA.pdf).

<sup>290</sup> Voir : <https://rm.coe.int/168007f3f8>. Dans son préambule, la convention se félicite « des développements récents qui contribuent à améliorer la prise de conscience et la coopération au niveau international dans la lutte contre la corruption, y compris des actions menées par les Nations Unies, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation des États américains, l'OCDE et l'Union européenne. »

<sup>291</sup> Belgique, Bulgarie, Chypre, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Islande, Irlande, Lituanie, Luxembourg, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Espagne et Suède.

membres du Conseil de l'Europe, y compris l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Géorgie, la Moldavie et l'Ukraine plus le Belarus, les États-Unis et le Kazakhstan<sup>292</sup>. Selon le Statut adopté en 1999, le GRECO a « pour objet d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en veillant à la mise en œuvre des engagements qu'ils ont pris dans ce domaine, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles<sup>293</sup>. » Afin de réaliser cet objet, il « est chargé de : i. Suivre l'application des Principes Directeurs pour la lutte contre la corruption tels qu'adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 6 novembre 1997 ; et, ii. Suivre la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux qui seront adoptés en application du Programme d'action contre la corruption, conformément aux dispositions contenues dans ces instruments. »<sup>294</sup>.

743. Les textes de référence du GRECO ne sont ainsi pas identiques à ceux utilisés par l'OCDE ou autres organisations internationales impliquées dans la lutte contre la corruption. En particulier le GRECO a des compétences concernant le contrôle du financement de la vie politique que l'OCDE ne traite pas. Cependant on retrouve pour beaucoup les mêmes États parties dans les deux organisations et l'OCDE a statut d'observateur au Conseil de l'Europe<sup>295</sup> ; il s'agit donc davantage de nuances et de priorités (légèrement) différentes que de divergences fondamentales et les deux organisations souscrivent aux règles de la compliance du modèle transatlantique.

744. Les moyens de contrôle employés par le GRECO sont aussi similaires à ceux utilisés par l'OCDE, en l'occurrence un processus dynamique d'évaluation et de pressions mutuelles par les pairs conduisant à une réévaluation permanente des normes préconisées. Les contrôles sont coordonnés par un secrétariat général à Strasbourg dont le directeur exécutif est nommé par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Les évaluations cependant sont conduites par des experts nommés par les États : ce sont souvent des fonctionnaires détachés des ministères des Finances, de la Justice, des banques centrales ou autorités de régulation. Il est donc possible que la même personne participe à des évaluations du GRECO et de l'OCDE. Les deux organisations procèdent par cycles d'évaluation mais ceux du GRECO sont consacrés à des thèmes spécifiques

---

<sup>292</sup> Brochure publiée par le Conseil de l'Europe, *GRECO Groupe d'États contre la Corruption, l'organe anti-corruption du Conseil de l'Europe* consultée le 16 mars 2022.

<sup>293</sup> Article 1 du Statut du GRECO.

<sup>294</sup> Article 2 du Statut.

<sup>295</sup> Le GRECO accorde également le statut d'observateur à l'ONUDC, à l'Académie Internationale de Lutte contre la Corruption (IACA), à l'Organisation des États Américains (OEA), au Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OCDE (ODIHR) et à l'Union Européenne (UE).

selon un calendrier préétabli et les missions sur place sont en principe limitées à trois jours. Depuis le lancement du processus en 2000, cinq cycles d'évaluation ont été organisés<sup>296</sup> :

- 1 (2000 à 2002) : l'indépendance, la spécialisation et les moyens utilisés par les organes nationaux engagés dans la prévention et la lutte contre la corruption.

- 2 (2003 à 2006) : l'identification, la saisie et la confiscation des produits du crime, la prévention et la détection de la corruption dans l'administration publique et la prévention de la pratique consistant à utiliser des personnes morales (sociétés, etc.) pour dissimuler les faits de corruption.

- 3 (lancé en 2007) : les incriminations prévues par la convention pénale sur la corruption et à la transparence du financement des partis politiques.

- 4 (lancé en 2012) : la prévention de la corruption des parlementaires, juges et procureurs.

- 5 (lancé en 2017) : l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs.

Après chaque mission, un pré-rapport écrit est communiqué à la juridiction visitée qui peut y apporter ses commentaires. Un rapport final incluant des recommandations est alors rédigé et discuté en réunion plénière du GRECO. Les autorités de l'État visé sont alors sommées de soumettre un rapport explicatif des mesures prises, qui sont ensuite examinées au cours d'une procédure de conformité durant laquelle la mise en œuvre des recommandations est contrôlée. L'estimation (satisfaisante, partielle ou absence de mise en œuvre) est ensuite basée sur un rapport de situation et de documents explicatifs soumis par le pays évalué. Lorsque toutes les recommandations n'ont pas été mises en œuvre, le GRECO examine à nouveau la situation à intervalles réguliers. Les rapports d'évaluation sont généralement publiés, en tout ou en partie.<sup>297</sup> Ils sont cependant moins détaillés que ceux de l'OCDE<sup>298</sup> et, à leur lecture, il semble que certains États membres ne soient pas particulièrement soucieux de leur mise en œuvre<sup>299</sup>. Les évaluations du GRECO complètent ainsi celles de l'OCDE.

---

<sup>296</sup> GRECO Groupe d'États contre la Corruption, *l'organe anti-corruption du Conseil de l'Europe*, op. cit.

<sup>297</sup> Les États peuvent s'opposer à la publication.

<sup>298</sup> À titre d'exemple le rapport conformité de phase 5 concernant la France publié le 7 janvier 2022 par le GRECO comporte une vingtaine de pages alors que le rapport d'évaluation mutuelle de la France phase 4 de l'OCDE publié en octobre 2021 en a 237.

<sup>299</sup> Voir par exemple le Deuxième Addendum au Deuxième Rapport de Conformité sur la Fédération de Russie publié le 3 septembre 2019, dernier en date concernant ce pays.  
<https://rm.coe.int/troisieme-cycle-d-evaluation-deuxieme-addendum-au-deuxieme-rapport-de-/1680971ac4>.

### 3. MONEYVAL et la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme

745. Créé en 1997 à la suite des accords du GAFI<sup>300</sup>, le Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, connu sous l'acronyme de MONEYVAL, est un organe de suivi permanent du Conseil de l'Europe. Il est chargé d'apprécier la conformité aux principales normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et contre le financement du terrorisme ainsi que d'apprécier l'efficacité de l'application de ces normes. Il peut aussi faire des recommandations aux autorités nationales concernant les améliorations nécessaires à leurs systèmes. À travers un processus dynamique d'évaluation mutuelle semblable à ceux de l'OCDE et du GRECO et un suivi régulier de ses rapports, l'organisation vise à améliorer la capacité des autorités nationales à lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Simple comité d'experts à l'origine, MONEYVAL devient en 2011 un organisme permanent de contrôle dépendant directement du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, doté de son propre secrétariat<sup>301</sup>. Il compte 36 membres à la fin de 2020<sup>302</sup>, des États membres du Conseil de l'Europe plus Israël, le Vatican, et certaines dépendances de la couronne britannique (Guernesey, Jersey, l'île de Man et Gibraltar)<sup>303</sup>. Une vingtaine d'organisations gouvernementales transnationales y ont un statut d'observateur, par exemple la Commission et le Conseil de l'UE, la BERD, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), le GAFI et ses sous-organisations régionales, le GIFCS<sup>304</sup>, le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale, l'ONUUDC et Interpol. Les États ayant statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe ont automatiquement le même statut auprès de MONEYVAL : Canada, Mexique, Japon et États-Unis.

746. Le processus d'autoévaluation par questionnaires et d'évaluations mutuelles a pour objectif principal de contrôler la mise en place des recommandations du GAFI en termes de dispositifs de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (les « Recommandations 409 ») mais prend également en compte les critères émanant de la convention contre la corruption des Nations

---

<sup>300</sup> Voir chapitre précédent, Section 2 B.

<sup>301</sup> L'autonomie de MONEYVAL est renforcée par deux résolutions complémentaires du Conseil des Ministres en 2013 et 2017.

<sup>302</sup> MONEYVAL, rapport annuel pour 2020, p. 7.

<sup>303</sup> D'autres dépendances de la Couronne britannique, notamment dans les Antilles, ne participent pas à MONEYVAL.

<sup>304</sup> *Group of International Finance Centre Supervisors*, anciennement *Offshore Group of Banking Supervisors* (OGBS) qui réunit les autorités de régulation des centres financiers offshore.

Unies (convention de Merida) et des instruments juridiques mis en place par le Conseil de l'Europe. Chaque évaluation sur place est effectuée par une équipe d'experts et un membre du Secrétariat qui se rendent en visite dans le pays concerné durant une semaine. La visite aboutit à la rédaction du rapport d'évaluation, qui fait l'objet de plusieurs séries de consultations entre les évaluateurs et le Secrétariat avant d'être envoyé pour commentaires au pays concerné. Ledit rapport est révisé, à la lumière des commentaires acceptés par les évaluateurs, au cours d'une réunion conjointe avec les délégués du pays concerné, puis il est soumis au Comité pour examen et adoption. Le rapport final résume les mesures LAB FT mises en œuvre dans le pays concerné au moment de la visite sur place ou juste après. Il est rendu public dans le mois qui suit l'adoption. Tous les pays sont tenus de soumettre un rapport de progrès dans les douze mois suivant l'adoption du rapport par le Comité. Ce dernier peut aussi mettre en place une « procédure de conformité renforcée » établissant un calendrier de mesures que l'État visé est tenu de mettre en place. Cinq cycles d'évaluation (1998 à 2000, 2001 à 2004, 2005 à 2009, 2009 à 2015, 2015 à 2021) ont eu lieu. Certaines évaluations (Russie et Israël) sont conduites conjointement par MONEYVAL et le GAFI. Les contrôles de MONEYVAL ont permis de mettre à jour certaines déficiences qui avaient été camouflées auparavant, par exemple l'absence de procédures de contrôle d'identité à l'*Istituto per le Opere di Religione* (IOR)<sup>305</sup>, la « Banque du Vatican. » Cependant ces découvertes ne signifient pas nécessairement que les juridictions visées auront la volonté ou le courage de prendre des mesures de remédiation adéquates.

747. Le dernier rapport d'activité annuel, celui pour 2020 publié en juillet 2021<sup>306</sup>, explique que l'organisation a dû s'adapter à la situation créée par la pandémie de la Covid mais a néanmoins poursuivi ses activités. Il note pour l'année écoulée que la « prévention de l'enrichissement illégal par le biais d'internet, facilité par la situation de pandémie, est devenue l'une des principales tâches de nombreuses juridictions<sup>307</sup>. » Il réitère aussi que le GAFI reste le partenaire externe le plus important et le plus proche mais indique que, pour l'ensemble des membres, un niveau médian de conformité LAB FT inférieur au seuil de satisfaction. Les meilleurs résultats sont constatés dans les domaines de l'évaluation des risques, de la coopération internationale et de l'utilisation du renseignement financier. En revanche, l'efficacité des systèmes en place laisse particulièrement à

---

<sup>305</sup> Institution auprès de laquelle l'auteur a effectué une mission d'audit de plusieurs mois.

<sup>306</sup> Voir <https://rm.coe.int/moneyval-annual-report-2020-eng-final/1680a2b3a4>.

<sup>307</sup> MONEYVAL, rapport annuel pour 2020, avant-propos de la présidente, Elzbieta Frankow-Jaskiewicz, p. 6.

désirer dans les domaines de la surveillance du secteur financier, de la compliance dans le secteur privé, de la transparence des personnes morales et des poursuites effectives des infractions<sup>308</sup>. D'après le rapport, parmi les dix-huit juridictions<sup>309</sup> dont l'évaluation a été complétée par MONEYVAL, seules trois disposent d'un régime de sanctions des banques jugé efficace, aucune ne sanctionne les institutions non financières de manière satisfaisante, il n'y a pas de contrôle réel des bénéficiaires effectifs et quinze juridictions (79 %) sont considérées comme ayant un régime LAB FT inefficace. Le manque de ressources humaines et techniques est un problème général et, malgré des avancées récentes dans quelques juridictions, les cadres réglementaires nationaux ne sont pas harmonisés, ce qui rend difficile la coordination d'enquêtes à l'échelon transnational<sup>310</sup>. En somme, même en considérant que les évaluations de plusieurs pays comme l'Allemagne, la France ou le Royaume Uni ne sont pas terminées et ne sont donc pas incluses dans l'échantillon, il reste beaucoup à faire pour que le niveau médian des systèmes de compliance des membres du groupe se rapproche de celui qui est exigé par les autorités américaines sur leur territoire.

### **C. Le modèle de lutte anticorruption de l'Union Européenne**

748. Alors que la communauté transatlantique, définie en l'occurrence comme les pays du Conseil de l'Europe, proclame dans nombre de déclarations son attachement au combat contre la corruption, mais traîne parfois à mettre en place les dispositifs nécessaires, un groupe plus restreint d'États, ceux de l'Union Européenne, crée progressivement un système juridique transnational au niveau du continent qui augure d'une meilleure efficacité. Ce modèle de lutte contre la corruption a pour ambition d'être aussi efficient que le système américain tout en étant plus transparent et respectueux du rôle du juge. Dans le domaine de la lutte contre la corruption transnationale, l'Union Européenne s'est déjà dotée de plusieurs organismes opérationnels, a développé des procédures transnationales originales et met en place un parquet spécialisé dans la lutte contre la fraude.

749. L'objectif de réduire la corruption à tous les niveaux au sein de l'Union Européenne est ancienne et les instruments juridiques auxquels on pourrait se référer nombreux ; nous ne

---

<sup>308</sup> *Ibid.*, Résumé, p. 7.

<sup>309</sup> Albanie, Andorre, Arménie, Chypre, Géorgie, Gibraltar, Hongrie, île de Man, Israël, Lettonie, Lituanie, Malte, Moldovie, République Tchèque, Russie, Serbie, Slovaquie, Ukraine.

<sup>310</sup> MONEYVAL, rapport annuel pour 2020, pages 9 à 15.

prétendons pas ici en présenter une liste exhaustive. Dans plusieurs communications, la Commission fait référence aux conventions anticorruption de l'ONU, du Conseil de l'Europe (GRECO) et de l'OCDE auxquelles elle conseille l'adhésion.

La note de synthèse de la *Communication de la Commission du 28 mai 2003 sur une politique globale de l'UE contre la corruption*<sup>311</sup> repose sur plusieurs documents, notamment :

- « l'article 29 du traité sur l'UE [qui] mentionne la prévention de la corruption et la lutte contre ce phénomène comme un des objectifs permettant la création et la préservation d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice<sup>312</sup> ;
- le programme d'action relatif à la criminalité organisé de 1997 [qui] plaide en faveur d'une politique anticorruption globale, basée sur les mesures préventives ;
- la première communication sur une politique anticorruption de l'Union [qui] suggère l'interdiction de la déductibilité fiscale des pots-de-vin, des règles pour la passation des marchés publics, l'introduction des normes comptables et de contrôle de comptes, ainsi que des mesures en relation avec l'aide et l'assistance extérieures ;
- le plan d'action du Conseil de Vienne de 1998 et le Conseil européen de Tampere en 1999 [qui] mettent également l'accent sur la corruption comme un secteur d'importance particulière où des actions sont requises ;
- la stratégie du millénaire sur la prévention et le contrôle de la criminalité<sup>313</sup> de 2000 [qui] réitère la nécessité d'un rapprochement des législations nationales et le développement d'une politique communautaire multidisciplinaire en même temps qu'elle incite à la ratification des instruments juridiques anticorruption de l'UE et du Conseil de l'Europe.<sup>314</sup> »

750. L'Union Européenne a souhaité publiquement développer une politique ambitieuse en matière de lutte contre la corruption mais ses actions n'ont pas toujours abouti. Ainsi en 2011, la

---

<sup>311</sup> Voir EUR-Lex, « Synthèse de la législation de l'UE. Une politique globale de l'UE contre la corruption » : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:l33301>.

<sup>312</sup> Texte de l'article 29 : « Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes. Cet objectif est atteint par la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre des enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude. », *Journal officiel des communautés européennes* 97/C 340/02).

<sup>313</sup> « Acte sur la Prévention et contrôle de la criminalité organisée : une stratégie pour le prochain millénaire », *Journal officiel* C 124, 03.05.2000.

<sup>314</sup> Note de synthèse de la communication de la Commission du 28 mai 2003. Voir ci-dessus.

Commission annonce sa coopération avec le GRECO<sup>315</sup> et son soutien pour les autres instruments internationaux anticorruption existants (conventions UNCAC et OCDE) ainsi que la mise en place d'un nouveau « mécanisme » spécifique à l'Union Européenne. « Le rapport anticorruption de l'Union Européenne, destiné à suivre et à évaluer les efforts des États membres dans la lutte contre la corruption...[D]oté du budget européen requis, le rapport sera dirigé par la Commission et publié tous les deux ans, à partir de 2013. Il rendra compte, en toute impartialité, des réalisations, des points faibles et des engagements de tous les États membres<sup>316</sup>. » Le mécanisme du rapport est effectivement lancé en 2013 mais il ne comporte aucune mesure obligatoire ou coercitive. En fin de compte, seul un rapport est publié, celui pour l'année 2014. Par une lettre datée du 25 janvier 2017<sup>317</sup>, tout en soulignant les progrès réalisés et l'engagement de la Commission dans la lutte contre la corruption, le premier vice-président de la Commission, Frans Timmermans, annonce la fin du « mécanisme ». Il préconise, notamment pour davantage d'efficacité, une coopération plus étroite avec d'autres institutions.

751. Or, malgré l'échec du « mécanisme du rapport », l'Union Européenne s'est dotée de plusieurs organismes opérationnels de lutte contre la corruption et a développé des procédures transnationales originales efficaces, généralement plus transparentes et respectueuses du rôle du juge qu'aux États-Unis. Les principales institutions de l'UE impliqués dans cette lutte sont connues sous leurs acronymes : Europol, Eurojust, OLAF et EPPO.

### 1. Les organismes de l'UE impliqués dans la lutte contre la corruption : Europol, Eurojust, OLAF et EPPO

752. Europol, créé en 1999<sup>318</sup> et établi à La Haye, Pays-Bas, est principalement un centre de coordination appuyant les activités d'enquêtes policières des membres de l'Union Européenne. Ses missions prioritaires sont la lutte contre la cybercriminalité (qui peut couvrir des affaires de corruption transnationale), les trafics de drogues et d'êtres humains (y compris l'immigration clandestine) et le crime organisé. Europol remplit, au niveau européen, des missions semblables à

---

<sup>315</sup> Le Groupe d'États contre la corruption établi par le Conseil de l'Europe. Voir plus haut.

<sup>316</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, COM (2011)308 final du 6 juin 2011, p.4 : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0308:FIN:FR:PDF>.

<sup>317</sup> La « lettre Timmermans » a été publiée dans son intégralité sur le site de Transparency UE : <http://transparency.eu/wp-content/uploads/2017/02/20170130-Letter-FVP-LIBE-Chair.pdf>.

<sup>318</sup> En application de l'article K3 du traité de Maastricht (<https://www.europol.europa.eu/faq>).



celles d'Interpol au plan global, mais de manière plus granulaire. Les deux organisations coopèrent étroitement sur certains sujets, comme la cybercriminalité, pour lesquels des équipes communes peuvent être formées. Europol dispose d'un budget annuel d'environ 140 millions d'euros, et d'un effectif de plus de mille personnes comprenant plus de deux cents officiers de liaison et une centaine d'analystes qui participent à plus de quarante mille enquêtes internationales par an<sup>319</sup>. Depuis 2001, l'organisation coopère avec des États tiers, dont les États-Unis, sur des projets spécifiques qui font l'objet de conventions ; elle maintient aussi un bureau de représentation à Washington<sup>320</sup>. Europol réalise aussi des études de typologies, gère un centre de communications pour spécialistes et des laboratoires de criminalistique ; elle peut aussi solliciter des États membres l'ouverture d'enquêtes judiciaires<sup>321</sup>. Cependant Europol est un service d'appui qui renforce la coopération entre enquêteurs de différentes juridictions mais ne se substitue pas à eux. L'agence ne peut pas directement procéder à certains actes juridiques comme les arrestations de personnes, les saisies de biens ou l'organisation de comparutions. Ce sont généralement les autorités nationales qui assument le contrôle et la responsabilité juridique pour ces activités, même si des représentants d'Europol peuvent y participer. En ce sens les pouvoirs transnationaux d'Europol sont bien plus limités que ne le sont ceux du FBI au niveau fédéral américain<sup>322</sup>.

753. Eurojust, dont le nom officiel est Unité de Coopération Judiciaire de l'Union Européenne, est aussi établi à La Haye depuis 2002. Sa mission est de promouvoir et faciliter la coopération judiciaire entre les autorités d'enquêtes et de poursuites pénales lorsque des activités criminelles touchent au moins deux États membres. En 2022, le nombre d'enquêtes criminelles transnationales ayant impliqué l'agence a dépassé dix mille<sup>323</sup>. Alors qu'Europol est principalement une agence de liaison entre policiers, Eurojust exerce une fonction similaire entre magistrats enquêteurs ; les axes prioritaires d'action sont semblables pour les deux organisations. Le nombre d'affaires traitées a augmenté à un rythme annuel de 17 % entre 2014 et 2019<sup>324</sup> et une des tâches de l'agence est de structurer, lorsque c'est possible, des équipes d'enquête pluridisciplinaires où sont

---

<sup>319</sup> Site d'Europol consulté le 21 mars 2022 : <https://www.europol.europa.eu/about-europol:fr>.

<sup>320</sup> Europol maintient aussi des bureaux de représentation à Bruxelles, Lyon (siège d'Interpol) et Singapour (<https://www.europol.europa.eu/faq>).

<sup>321</sup> Article 7 du statut d'Europol.

<sup>322</sup> Voir Chapitre 2, Section 1 Les procédures de poursuite.

<sup>323</sup> Communiqué de presse du 7 mars 2022 : *Eurojust supports more than 10 000 cases for first time in history*. <https://www.eurojust.europa.eu/eurojust-supports-over-10000-cases-for-first-time-in-history>.

<sup>324</sup> Eurojust Single Programming Document 2021-2023, p. 12 : [https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/spd\\_2021\\_2023\\_second\\_amendment.pdf](https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/spd_2021_2023_second_amendment.pdf).

représentés des magistrats ou procureurs spécialisés provenant de plusieurs juridictions. L'agence conduit également, en coordination avec les autres organismes de l'UE, des stages de formation et des études sur des sujets considérés comme transversaux, tels la criminalité sur internet, le dépistage du terrorisme ou les fraudes sur produits médicaux et pharmaceutiques.

L'organe principal de gouvernance est un collège qui se réunit hebdomadairement et où chacun des 27 États membres de l'UE désigne un représentant et élit le président. Le collège peut aussi émettre des avis pour indiquer le pays membre le plus apte à mener une investigation en cas de conflit de juridiction<sup>325</sup>. Mais la gestion quotidienne de l'agence revient à un comité exécutif (*Executive Board*) de six membres où siègent le président et les deux vice-présidents d'Eurojust ainsi que trois des délégués nationaux et un représentant de la division Justice de la Commission Européenne (DG JUST).

754. Le fonctionnement de l'institution a été critiqué, en particulier en 2009 lorsque le président en place, José da Mota, dont la candidature avait été soutenue par le Portugal, est conduit à démissionner après avoir été accusé d'avoir exercé des pressions sur des procureurs dans son pays d'origine pour classer sans suite une affaire impliquant l'ancien ministre de l'Environnement, devenu premier ministre portugais<sup>326</sup>. Plus récemment cependant, l'efficacité de l'organisation s'est nettement améliorée avec la mise en place d'objectifs pluri-annuels à partir de 2013. En 2021 l'agence a participé à plus de 1 400 opérations de grande envergure en coordination avec une soixantaine d'autorités de poursuite locales ; elle a coordonné la création de 254 équipes d'enquêtes pluri-juridictionnelles et a permis la saisie de 2,8 milliards d'euros d'actifs d'origine criminelle<sup>327</sup>.

Le budget annuel est d'une cinquantaine de millions d'euros et l'effectif approuvé pour la période 2021-2023<sup>328</sup> de 207 personnes : magistrats, juristes, spécialistes des criminologies prioritaires (cybercriminalité et terrorisme par exemple) et personnel administratif. Eurojust a des

---

<sup>325</sup> Par exemple en 2006, le collège d'Eurojust estime que l'Espagne est mieux qualifiée que la France pour mener une investigation criminelle sur le naufrage du pétrolier Prestige.

<sup>326</sup> Mr da Mota avait été avant sa nomination à Eurojust procureur général et ministre adjoint de la Justice du Portugal. Après avoir enquêté sur le cas en 2009, le Bureau des Procureurs (*Ministerio Publico*) portugais décide sa suspension ; sa démission d'Eurojust, le 7 décembre, intervient quelques jours après l'annonce de la suspension (voir : Euractiv du 18 décembre 2009 : <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/eurojust-chief-steps-down-amid-accusations/>).

<sup>327</sup> Eurojust Annual Report 2021: <https://www.eurojust.europa.eu/annual-report-2021>.

<sup>328</sup> Eurojust Single Programming Document 2021-2023, p. 13.

accords de coopération en place avec une douzaine de pays non-membres de l'UE et héberge également dix procureurs de liaison, en particulier ceux détachés par la Suisse, le Royaume Uni et les États-Unis<sup>329</sup> qui sont ainsi directement en contact avec leurs collègues des 27 pays de l'UE et ont accès aux mêmes informations. En 2021, le procureur américain de liaison a participé à 47 nouvelles enquêtes et 34 réunions de coordination<sup>330</sup>.

755. L'Office européen de lutte antifraude, connu sous son acronyme français OLAF, est créé en 1999 et a pour mission de « détecter les cas de fraude relatifs à des fonds de l'UE, mener des enquêtes à ce sujet et faire cesser ce type d'infractions. [Son mandat est donc] de mener des enquêtes indépendantes sur la fraude et la corruption... ; d'enquêter sur les fautes graves commises par le personnel de l'Union Européenne et les membres de ses institutions [et] d'élaborer les politiques antifraude de l'Union. »<sup>331</sup> Les compétences de l'agence incluent la surveillance de toutes les dépenses de l'Union, y compris les fonds spécialisés. Elle contrôle également certaines recettes comme les droits de douane et le produit de la TVA. Elle fournit une aide spécialisée et un appui technique aux États membres s'ils le demandent. Enfin elle peut mener des enquêtes en cas de soupçons de fautes graves, comme des situations de conflit d'intérêts, d'abus de pouvoir ou de détournement de fonds, commises par le personnel de l'Union et les membres de ses institutions.

L'office est établi à Bruxelles et est rattaché à la Commission Européenne qui nomme le Directeur Général ; il est placé sous la responsabilité du commissaire chargé du budget et de l'administration. OLAF participe à l'élaboration de la politique antifraude de l'UE mais fonctionne de manière autonome. La principale activité consiste donc à ouvrir, sur la base d'informations reçues de sources publiques ou privées, des enquêtes administratives et à les mener à bien. À la clôture de ses investigations, l'OLAF communique ses conclusions et recommandations aux États membres concernés ainsi qu'aux organes de l'Union compétents en la matière mais ne dispose d'aucun pouvoir judiciaire. À la fin de 2020, OLAF avait un effectif de 379 personnes et un budget administratif de 60 millions d'euros<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> Les autres procureurs de liaison à La Haye viennent d'Albanie, Macédoine du Nord, Monténégro, Norvège, Serbie et Ukraine.

<sup>330</sup> Eurojust website consulté le 22 mars 2022.

<sup>331</sup> Rapport de l'OLAF 2020, p. 9.

<sup>332</sup> Rapport de l'OLAF 2020, p. 63 : [https://ec.europa.eu/anti-fraud/system/files/2021-12/olaf\\_report\\_2020\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/system/files/2021-12/olaf_report_2020_fr.pdf).

Depuis sa création, l'OLAF a développé une expertise particulière dans des infractions complexes comme les trucages de marchés publics, les fraudes douanières, les demandes infondées de subventions (en matière agricole notamment), la contrefaçon ou la fraude à la TVA. En 2020 l'OLAF a conduit des enquêtes sur 47 membres du personnel de l'UE ou de ses institutions dont 37 ont abouti à des recommandations de poursuites disciplinaires ou pénales<sup>333</sup>. Des équipes communes d'enquêtes (« ECE ») constituent le moyen le plus courant et le plus efficace de gérer les investigations transfrontières. Ainsi dans l'affaire Palinka<sup>334</sup> une ECE composée d'experts d'OLAF et des représentants des parquets roumain, belge, italien et espagnol a mis à jour un mécanisme frauduleux qui avait permis à des criminels de détourner plus de 33 millions d'euros de subventions du Fonds Européen de Développement Régional (FEDR) destinées à financer l'infrastructure routière en Roumanie. Cette même affaire a conduit à la destitution de plusieurs hauts fonctionnaires roumains. En matière douanière, l'OLAF a repris à son compte ou mis en place des accords d'entraide mutuelle avec une soixantaine de juridictions extérieures à l'UE, y compris l'accord de coopération douanière signé avec les États-Unis le 21 mai 1997. Ces mécanismes ont permis la saisie de nombreux produits de contrebande ou contrefaçon entrés illégalement sur le marché européen.

756. Le Parquet Européen, connu sous l'acronyme anglais EPPO (*European Public Prosecutor's Office*), est le dernier né des organismes de l'UE à jouer un rôle actif dans la lutte contre la corruption transnationale. Il commence à fonctionner en juin 2021 et possède un statut particulier car il regroupe les représentants de 22 des 27 parquets européens<sup>335</sup> et opère à plusieurs niveaux. Il applique non seulement le droit européen mais aussi celui des États membres. Sa mission est limitée à la poursuite d'infractions pénales aux intérêts financiers de l'UE<sup>336</sup>. C'est donc aux enquêteurs d'EPPO qu'il revient d'instruire les affaires et de déterminer, s'il y a lieu, la juridiction compétente pour le jugement et la condamnation des actes délictuels et de leurs auteurs. La structure d'EPPO est originale car elle comprend plusieurs niveaux. Au siège central à

---

<sup>333</sup> Rapport de l'OLAF 2020, p. 36.

<sup>334</sup> Rapport de l'OLAF 2020, p. 20.

<sup>335</sup> La Pologne, la Hongrie, la Suède, le Danemark et l'Irlande ont choisi de ne pas participer comme États membres.

<sup>336</sup> La mission est définie par l'article 4 du règlement de l'institution : « Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qui sont prévues par la directive (UE) 2017/1371 et déterminées par le présent règlement. À cet égard, le Parquet européen diligente des enquêtes, effectue des actes de poursuite et exerce l'action publique devant les juridictions compétentes des États membres jusqu'à ce que l'affaire ait été définitivement jugée ».

Luxembourg se trouvent le Procureur général européen et les 22 procureurs désignés par les juridictions membres pour former le Collège des Procureurs, ainsi que 15 chambres permanentes spécialisées qui peuvent lancer des enquêtes, alors que seules les autorités locales peuvent procéder à des arrestations. Cependant les poursuites sont essentiellement menées au niveau local par des procureurs délégués européens désignés pour exercer leurs fonctions auprès et en accord avec les procureurs locaux. L'objectif principal du Parquet Européen est donc d'aider à la découverte de crimes financiers et de coordonner et accélérer les poursuites pénales. Il peut être saisi non seulement par les instances européennes mais par toute personne, physique ou morale, résidente ou non de l'UE. En 2021 plus de plus de 2 800 plaintes ou demandes d'intervention ont été reçues par le Parquet. Dans la typologie des crimes poursuivis figurent notamment les fraudes sur marchés publics, la facturation frauduleuse, les détournements de fonds publics, la corruption, le blanchiment, la contrebande, la fraude à la TVA<sup>337</sup> ou la participation à des crimes en bande organisée<sup>338</sup>.

À la fin de 2021 le Parquet européen avait un budget annuel de 35 millions d'euros, une équipe de 122 collaborateurs basés à Luxembourg et 95 procureurs délégués européens répartis dans les 22 pays membres. Plus de cinq cents enquêtes ont été ouvertes ; en moins de six mois elles ont déjà permis cinq condamnations dans les juridictions de l'Union et la confiscation ou la saisie de 147 millions d'euros d'actifs<sup>339</sup>. Durant l'année 2021, EPPO a lancé 45 enquêtes en partenariat avec les services judiciaires ou procureurs de 23 juridictions non européennes dont 13 avec la Chine, 7 avec le Royaume Uni et une avec les États-Unis<sup>340</sup>. Des protocoles de coopération sont en discussion avec l'Ukraine et les États-Unis<sup>341</sup>.

757. Ainsi l'OLAF et le Parquet européen, comme Europol et Eurojust contribuent à la lutte contre la corruption transnationale au niveau du continent européen. Cependant, si leurs compétences techniques sont évidentes, leurs rôles restent fractionnés et l'efficacité de la bureaucratie européenne a été à la fois critiquée et diminuée à l'occasion du Brexit. Il n'existe pas

---

<sup>337</sup> Selon une estimation le montant total des fraudes financières au sein de l'UE serait de 4, 5 milliards d'euros dont 2, 5 milliards de fraude à la TVA, *EPPO Annual Report*, 2021, p. 12.

<sup>338</sup> *EPPO Annual Report*, 2021, p. 13.

<sup>339</sup> *Ibid.*

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>341</sup> Toutes les données proviennent du rapport annuel pour 2021.

au niveau de l'UE une agence ayant des missions et pouvoirs comparables à ceux du FBI aux États-Unis. Bien que les rapports entre les différents organismes européens soient définis par des protocoles et que leurs dirigeants louent publiquement leur coopération, on peut se demander si une consolidation, en particulier entre OLAF et EPPO, conduirait à une clarification des missions, une réduction des dépenses et une amélioration de l'efficacité. Il est aussi vrai qu'une consolidation remettrait sur le tapis des questions délicates de répartition des tâches et des postes entre les représentants des différents pays. On note que les quatre organismes que nous avons décrits, Eurojust en particulier, maintiennent des relations étroites de coopération avec leurs homologues américains. La question de l'amplification de la collaboration transatlantique toutefois devient plus délicate lorsqu'on traite de certaines procédures européennes.

## 2. L'introduction de nouvelles procédures au sein de l'Union Européenne

758. Le développement récent de mécanismes judiciaires intra-européens peut à la fois favoriser la coopération avec les États-Unis mais aussi susciter des conflits de juridictions qui risquent de placer les justiciables dans des situations particulièrement délicates.

La construction du système judiciaire transnational européen a des similitudes avec ce qui s'est produit aux États-Unis deux siècles plus tôt mais avec des complexités accrues. En effet lors de l'établissement de la république fédérale américaine il n'y avait que treize États en présence et tous étaient de langue anglaise et avaient une tradition juridique de *common law*<sup>342</sup>. Dans le cas de l'Europe, dès les années 1950, parmi les fondateurs de ce qu'était alors la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA), on trouvait une multitude de langues, des pays centralisés, d'autres fédéraux, avec des systèmes juridiques et des traditions différentes. L'inclusion de l'Irlande, du Royaume Uni, des pays scandinaves, puis des pays d'Europe centrale et orientale complique encore le paysage juridique européen ce qui explique la lenteur et la difficulté à bâtir un système judiciaire commun. Comme aux États-Unis la Cour Suprême, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) se trouve au sommet de l'organisation judiciaire transeuropéenne et sert de juridiction d'appel. Elle est composée de 27 juges<sup>343</sup> et veille à ce que le droit européen soit appliqué de manière uniforme dans tous les pays qui forment l'UE. Elle

---

<sup>342</sup> La Louisiane, qui a une tradition juridique inspirée du système français, ne devient un territoire de l'Union qu'en 1804.

<sup>343</sup> Chaque État membre nomme un juge.

établit une jurisprudence qui s'impose aux autres tribunaux européens<sup>344</sup> ainsi qu'à ceux de tous les États parties dans les domaines de compétence de l'Union qui sont définis par des traités. Selon Lord Jonathan Mance, un juriste et juge anglais, l'UE a réussi à établir un tribunal ayant des pouvoirs transnationaux sans parallèle<sup>345</sup>. Le droit de l'Union, à ce stade, est surtout établi dans les domaines économique et procédural mais, même en ce qui concerne les droits des personnes privées, les législations des États membres sont tenues de respecter les principes fondamentaux de l'Union et de transposer à l'échelon national les directives européennes.

Nous examinons ici plus particulièrement la procédure de clémence et transaction sous l'égide de la Commission, le développement du mandat d'arrêt européen (MAE) ainsi que le système de blocage européen.

#### a. Les procédures de clémence et le MAE rapprochent les dispositifs européen et américain

759. La politique de clémence instituée par la Commission Européenne à partir de 2008 dans les cas d'infractions à la réglementation sur les ententes et la concurrence applique les mêmes principes que ceux utilisés par le DOJ dans les procédures de justice négociée aux États-Unis<sup>346</sup>. En Europe toutefois les possibilités de résolutions négociées ou de règlement « par transaction », ne couvrent pas l'ensemble des infractions mais uniquement celles visées par un règlement ou un amendement spécifique. La procédure européenne de transaction est donc différente de celle du DPA américain mais l'objectif est le même : encourager les entreprises et leurs employés à s'autodénoncer en échange d'une réduction des sanctions pouvant aller jusqu'à l'exonération. Les sociétés n'ont pas d'obligation d'accepter une éventuelle transaction et peuvent choisir d'aller au procès. La Commission ne négocie pas l'utilisation de preuves ni la sanction appropriée, mais peut récompenser les parties pour leur coopération. Cette « coopération diffère de la fourniture volontaire de preuves visant à déclencher ou faire avancer l'enquête de la Commission, déjà prévue par la communication sur la clémence... Lorsqu'une réduction au titre de la procédure de

---

<sup>344</sup> Le Tribunal de l'Union Européenne, juge de droit commun et de première instance de l'UE et les tribunaux spécialisés.

<sup>345</sup> « *A central achievement of the European Union, a Court with unparalleled transnational power* », cité par Flamini, Roland, "Judicial Reach: The Ever-Expanding European Court of Justice", *World Affairs* 175, no. 4 (2012) : 55–61. <http://www.jstor.org/stable/41639034>.

<sup>346</sup> Voir ci-dessus, chapitre 2 : "Des moyens de poursuite efficaces : la "justice négociée."

transaction et une réduction au titre de la clémence sont toutes deux applicables, elles sont cumulées.<sup>347</sup> »

Les sociétés ou leurs employés souhaitant recevoir un traitement de clémence peuvent approcher les services spécialisés de la Commission à tout moment, y compris à travers un système d'alerte dédié qui conserve leur anonymat. Ils peuvent le faire directement ou par l'intermédiaire d'un conseiller juridique. Lorsqu'une enquête a été ouverte, avant ou après la communication des griefs, les parties impliquées comme les enquêteurs peuvent proposer une transaction. Dans les cas d'ententes, seule une des parties est susceptible de recevoir une exonération totale de clémence, les autres parties pouvant bénéficier d'exonérations partielles et de diminution de peines pour leur coopération avec l'enquête. Ces réductions sont typiquement de 10 à 50 % selon la valeur ajoutée de l'information apportée aux enquêteurs. On note ainsi un dispositif qui n'est pas sans rappeler le *plea bargaining* américain.

760. La supervision judiciaire du processus est cependant plus stricte en Europe : toutes les décisions de clémence doivent être approuvées par les tribunaux compétents et... la Cour de Justice a « pleine juridiction en ce qui concerne les décisions par lesquelles la Commission inflige des amendes ou des astreintes<sup>348</sup>. » Comme aux États-Unis, les procédures de clémence et de transaction européennes sont principalement utilisées dans les affaires complexes lorsque la coopération des sociétés ou individus visés permet d'accélérer le processus d'enquête et de résolution tout en maintenant un effet dissuasif. Un exemple récent est l'annonce, le 21 décembre 2021, des amendes pour un total de 344 millions d'euros infligées à UBS, Barclays, RBBS, HSBC et Crédit Suisse pour leur participation à une entente contraire à la réglementation du marché des devises qui a permis à des opérateurs employés par ces banques de truquer les taux de change au détriment des clients.

---

<sup>347</sup> Communiqué européen IP/08/1056 du 30 juin 2008 : « Antitrust: la Commission instaure une procédure de transaction dans le domaine des ententes. »

<sup>348</sup> *Journal officiel des communautés européennes*, règlement 4.1.2003, article 33 : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=FR>.



Figure 39 - Amendes imposées en décembre 2021 par l'UE aux banques pour entente contraire à la réglementation des marchés devises<sup>349</sup>

| Tableau des amendes Forex ( <i>Sterling Lads</i> ) |                   |                                                                     |                                                                                            |                 |
|----------------------------------------------------|-------------------|---------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| <u>Décision</u>                                    | <u>Entreprise</u> | <u>Réduction en application de la communication sur la clémence</u> | <u>Réduction en application de la communication relative aux procédures de transaction</u> | <u>Amende</u>   |
| <b>Transaction</b>                                 | UBS               | 100 %                                                               | 10 %                                                                                       | 0 EUR           |
|                                                    | Barclays          | 30 %                                                                | 10 %                                                                                       | 54 348 000 EUR  |
|                                                    | RBS               | 50 %                                                                | 10 %                                                                                       | 32 472 000 EUR  |
|                                                    | HSBC              | 15 %                                                                | 10 %                                                                                       | 174 281 000 EUR |
| <b>Procédure ordinaire</b>                         | Crédit Suisse     | 0 %                                                                 | 0 %                                                                                        | 83 294 000 EUR  |

On note que le montant des amendes, bien que considéré comme très substantiel en Europe, reste néanmoins inférieur aux pénalités qui avaient été imposées aux États-Unis en 2012 dans le cadre du scandale LIBOR : UBS avait alors été contraint de payer 1,2 milliard de dollars et Barclays 360 millions de dollars. Dans le cas de la Commission européenne en 2021, la pénalité pour chaque banque est calculée au prorata de ses activités mais UBS, qui a dénoncé les trucages aux autorités, a bénéficié d'une exonération totale alors que Crédit Suisse qui n'a pas coopéré avec l'enquête ne reçoit aucune réduction<sup>350</sup>.

L'Union Européenne montre ainsi sa détermination à éradiquer la corruption, particulièrement en matière financière et boursière mais, comme aux États-Unis, l'objectif principal est la dissuasion et le maintien d'un marché efficace et transparent.

761. Le développement du mandat d'arrêt européen, MAE, répond à un souci d'efficacité et de rapidité semblable à celui qui a conduit au siècle dernier à la fédéralisation des procédures judiciaires aux États-Unis et à la création du FBI<sup>351</sup>. En effet le MAE est une « procédure judiciaire transfrontière simplifiée de remise aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté. Un mandat émis par une autorité judiciaire d'un pays de l'Union européenne est valable sur l'ensemble du territoire de l'Union. Le

<sup>349</sup> Tableau réalisé à partir du communiqué de la Commission du 2 décembre 2021 : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_6548](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6548)

<sup>350</sup> Voir l'article d'actualité publié le 2 décembre 2021 par la représentation en France de la Commission européenne : « La Commission inflige une amende de 344 millions d'euros à UBS, Barclays, RBS, HSBC et Crédit Suisse pour leur participation à une entente », [https://france.representation.ec.europa.eu/informations/la-commission-inflige-une-amende-de-344-millions-d-euros-ubs-barclays-rbs-hsbc-et-credit-suisse-pour-2021-12-02\\_fr](https://france.representation.ec.europa.eu/informations/la-commission-inflige-une-amende-de-344-millions-d-euros-ubs-barclays-rbs-hsbc-et-credit-suisse-pour-2021-12-02_fr).

<sup>351</sup> *Federal Bureau of Investigation*, voir *supra*.

mécanisme du mandat d'arrêt européen fonctionne depuis le 1er janvier 2004. Il a remplacé les longues procédures d'extradition qui existaient entre les pays de l'UE. »<sup>352</sup> Il « fait figure de proue dans la coopération judiciaire pénale mise en œuvre par les États membres de l'Union européenne. Du fait de son succès, le mandat d'arrêt européen apparaît aujourd'hui comme la forme d'extradition la plus aboutie et constitue, à ce titre, un modèle d'intégration juridique mise en œuvre par les États membres de l'Union Européenne. »<sup>353</sup>.

Le MAE toutefois n'est pas universellement applicable car son utilisation est limitée à 32 infractions, les plus graves il est vrai, reconnues dans toutes les juridictions de l'Union. Par ailleurs, sa mise en œuvre demande quelques précautions de forme, en particulier en ce qui concerne la règle dite de « spécialité » selon laquelle le pays d'émission du mandat ne peut pas poursuivre le justiciable pour des faits distincts et antérieurs à ceux visés par le mandat. Des questions de garantie de protection des mis en cause ainsi que de cohérence et de proportionnalité des peines ont aussi été soulevées, les diverses juridictions européennes continuant à définir les faits constituant infraction ainsi qu'à prononcer et appliquer les peines de manières différentes. La plupart de ces points sont éclaircis dans un manuel détaillé publié le 28 septembre 2017<sup>354</sup>. Selon la Commission, plus de 20 000 mandats ont été émis en 2019 entre les 27 États membres. Dans un rapport publié le 8 décembre 2020, le Parlement européen indique que « depuis 2004 un grand nombre d'arrêts nationaux et d'arrêts de la Cour de justice clarifient certains points [même s'ils] montrent la nécessité d'éventuelles améliorations ou consolidations... Sur la base des données recueillies, on peut établir que, en règle générale, le mandat d'arrêt européen fonctionne de manière satisfaisante. »<sup>355</sup>. Les enseignements tirés de la mise en œuvre du MAE font régulièrement l'objet de discussions, notamment parmi les experts d'Eurojust. La création à terme d'un mandat d'arrêt transatlantique qui s'appliquerait à l'Union Européenne, au Royaume Uni, au Canada et aux États-Unis nous paraît donc envisageable.

---

<sup>352</sup> Voir le site de l'UE European Justice, mandat d'arrêt européen : [https://ejustice.europa.eu/90/FR/european\\_arrest\\_warrant](https://ejustice.europa.eu/90/FR/european_arrest_warrant).

<sup>353</sup> Dominati, Margaux, « Mandat d'arrêt européen : absence de décision de remise aux autorités judiciaires françaises », *Dalloz Actualité* du 18 octobre 2021.

<sup>354</sup> Communication de la Commission, *Manuel concernant l'émission de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen* (2017/C 335/01)

<sup>355</sup> Rapport A9-00248/2020, sur la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des procédures de remise entre États membres. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0248\\_FR.html#title1](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0248_FR.html#title1).

## b. Mais les mécanismes de blocage institués en Europe sont contre-productifs

762. Alors que le développement de la procédure de clémence et celui du MAE dénotent un rapprochement des systèmes judiciaires européen et américain et laissent présager d'une collaboration plus étroite, l'introduction en Europe de systèmes de blocage est clairement présentée comme une mesure destinée à contrecarrer ce que le rapport Lellouche Berger de 2016 nomme « l'extraterritorialité de la législation américaine. »

763. La première loi de blocage française est celle du 26 juillet 1968 « relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime<sup>356</sup>. » À l'origine, le domaine d'application de la loi est limité au commerce international maritime mais il est étendu par un amendement de 1980. Désormais l'interdiction concerne tous « les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin<sup>357</sup> ».

En fait un article 1bis dans la nouvelle version « bloque » explicitement toute demande étrangère qui serait faite dans le cadre d'une procédure de *discovery* : « Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci<sup>358</sup> ». Le principe de la loi française de blocage est repris en 1996 au niveau européen. Le règlement CE 2271/96, connu comme Règlement de Blocage, précise dans son article premier : « Le présent règlement a pour but d'assurer une protection contre l'application extraterritoriale des lois citées en annexe, y compris les règlements et autres instruments législatifs, et contre les actions fondées sur elles ou en découlant, ainsi que d'en contrecarrer les effets, lorsque cette application porte atteinte aux intérêts des personnes visées à l'article 11<sup>359</sup> qui effectuent des

---

<sup>356</sup> Légifrance. *Journal Officiel de la République française*. Lois et décrets (version papier numérisée) n° 0176 du 27/07/1968.

<sup>357</sup> Légifrance. Article 1 tel que modifié par la loi 80-538 1980-07.

<sup>358</sup> Légifrance. Article 1bis de la loi 80-538 1980-07.

<sup>359</sup> L'article 11 précise le champ d'application : « Le présent règlement s'applique à :  
1) toute personne physique qui réside dans la Communauté et qui est un ressortissant d'un État membre ;

opérations de commerce international et/ou des mouvements de capitaux et des activités commerciales connexes entre la Communauté et des pays tiers. » Le règlement européen cependant permet à une entreprise qui serait visée par des sanctions américaines d'appliquer celles-ci dans deux cas : une autorisation préalable des autorités européennes ou un risque existentiel à la survie de l'entreprise.

764. En janvier 2019, l'Allemagne, la France et le Royaume Uni créent INSTEX, un organisme qui gère une sorte de système de troc avec l'Iran pour contourner les mesures de sanctions secondaires américaines décidées par l'administration Trump. Quelques mois plus tard la Finlande, la Belgique, le Danemark, les Pays-Bas, la Norvège et la Suède se joignent au mécanisme. Cependant les opérations sont compliquées à structurer. Il semble que seule une transaction concernant des produits pharmaceutiques ait été réalisée en mars 2020 ; son montant n'est pas diffusé. Les Iraniens font preuve de peu d'enthousiasme, préférant insister sur un retour des États-Unis dans l'accord JCPOA<sup>360</sup> et le commerce entre l'UE et l'Iran chute de 75 % en 2019<sup>361</sup>. Mais la véritable raison de l'échec du mécanisme nous semble être que les entreprises européennes ne sont pas prêtes à risquer des mesures de représailles qui leur fermeraient l'accès au marché américain.

765. Au final, l'objectif de la loi française et du règlement européen de blocage est de rendre inopérantes les sanctions secondaires américaines et de contraindre les autorités étrangères, principalement américaines, chargées d'une enquête criminelle à utiliser exclusivement la procédure prévue par la convention de La Haye du 18 mars 1970. Son texte dispose notamment que l'autorité judiciaire d'un État contractant peut demander, par commission rogatoire, à l'autorité compétente d'un autre État contractant de faire tout acte d'instruction. La convention

---

2) toute personne morale constituée en société dans la Communauté ;

3) toute personne physique ou morale visée à l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2 du règlement (CEE) n° 4055/86 (5) ;

4) toute autre personne physique qui réside dans la Communauté, à moins que cette personne ne se trouve dans le pays dont elle est un ressortissant ;

5) toute autre personne physique se trouvant dans la Communauté, y compris dans ses eaux territoriales et son espace aérien ou à bord de tout aéronef ou de tout navire relevant de la juridiction ou du contrôle d'un État membre, et agissant à titre professionnel. »

<sup>360</sup> Joint Comprehensive Plan of Action ou Accord de Vienne signé en 2015 entre l'Iran, les États-Unis, l'Union Européenne, l'Allemagne, la Chine, la France, le Royaume Uni et la Russie selon lequel l'Iran renonçait à se doter d'une arme nucléaire en échange du rétablissement de relations commerciales normales. Sous l'impulsion du président Trump les États-Unis se retirent de l'accord en 2018.

<sup>361</sup> Voir l'article de Brzowski, Alexandra dans *Euractiv* du 14 janvier 2020 : "*INSTEX fails to support EU-Iran trade as nuclear accord falters*".

exige également un lien précis et direct avec un litige engagé ou futur et pose certaines exigences de fond comme de forme. En cas de non-respect de ces exigences, les autorités locales peuvent refuser de faire droit à la demande de preuves.

766.Or, que ce soit aux niveaux français ou européen, les lois de blocage sont rarement appliquées. Le seul cas connu en France est l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 12 décembre 2007<sup>362</sup> à l'encontre d'un avocat français qui, dans le cadre de l'affaire Executive Life<sup>363</sup>, avait, à la demande du conseil américain du commissaire aux assurances de Californie, usé d'une ruse pour obtenir des informations confidentielles sur le rôle joué par un consortium d'assureurs français<sup>364</sup>. La pénalité finale dans ce cas n'a été qu'une amende de dix mille euros infligée à l'avocat dont le nom ne figure pas dans l'arrêt.

767. Au plan européen, au terme d'une procédure qui a duré plus de trois ans, la Cour de Justice de l'Union Européenne dans un arrêt du 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran contre Telekom Deutschland*<sup>365</sup>, s'efforce de clarifier les circonstances dans lesquelles une entité de l'UE est tenue de ne pas se soumettre ou au contraire peut appliquer des sanctions secondaires édictées par les États-Unis. L'avis de la Cour de justice avait été sollicité par la juridiction allemande auprès de laquelle la banque iranienne avait déposé une plainte après avoir été avisée par Telekom Deutschland de sa décision de rompre leur contrat de prestation de services. Dans son jugement, la Cour confirme que la réglementation américaine des sanctions « porte atteinte à l'ordre juridique établi et lèse les intérêts de l'Union ainsi que ceux des parties [...] » (point 37). Afin d'assurer le plein effet du règlement de l'UE, la Cour invite donc le juge allemand à laisser inappliquées les

---

<sup>362</sup> Voir Temple Boyer Legal, « Première application de la loi de blocage française ou quand la Cour de cassation consacre l'application exclusive de la Convention de La Haye contre les règles procédurales américaines », *Discovery*, juillet 2008. Mis à jour le 20 août 2015 : <http://www.templeboyer-legal.fr/publication-25769-premiere-application-de-la-loi-de-blocage-francaise-ou-quand-la-cour-de-cassation-consacre-lapplication-exclusive-de-la-convention-de-la-haye-contre-les-regles-procedurales-americaines-discovery-juillet-2008.html>.

<sup>363</sup> Voir ci-dessus.

<sup>364</sup> L'article de Temple Boyer Legal précise que « le conseil américain du commissaire aux assurances de Californie a choisi en France un correspondant chargé de mener des investigations pour son compte et de collecter des preuves de la participation active du conseil d'administration de la MAAF à la prétendue acquisition frauduleuse. L'avocat correspondant français s'est notamment rapproché à cet égard d'un ancien membre du conseil d'administration pour tenter d'obtenir, grâce à une ruse, l'information recherchée. La MAAF a alors porté plainte à l'encontre de l'avocat français pour violation de la loi de blocage de 1980, ce qui lui a valu une condamnation de la cour d'appel de Paris à une amende de 10 000 euros ; arrêt confirmé ensuite par la Cour de cassation. »

<sup>365</sup> InfoCuria jurisprudence, Affaire C-124/20. Arrêt de la Cour (Grande Chambre) du 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran contre Telekom Deutschland GmbH*, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C3709420E06DFCE7AA002FDFEBAE2F8B?text=&docid=251507&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5130650>

règles de droit allemand selon lesquelles, dans le cadre d'un procès civil, la charge de démontrer la preuve pèse en intégralité sur la personne qui invoque la violation. Dans ce cas, déclare la Cour, il incombe à la juridiction de renvoi « de mettre en balance la poursuite des objectifs du règlement n° 2271/96 [...] et la probabilité que Telekom soit exposée à des pertes économiques ainsi que l'ampleur de celles-ci au cas où cette entreprise ne pourrait mettre fin à ses relations commerciales avec une personne visée par le régime de sanctions institué par les États-Unis d'Amérique » (point 92). Selon la juriste du Centre d'Études Juridiques Européennes, « cet arrêt constitue une application concrète du triptyque "*Autonomie, Spécificité, Effectivité*" sur lequel se fonde l'ordre juridique de l'Union Européenne et est par conséquent d'une importance majeure ».<sup>366</sup> À notre sens cependant, même si au final la banque iranienne obtient gain de cause (ce qui n'est pas certain) auprès du juge allemand au fond, et que celui-ci ordonne le versement d'une indemnité, il restera à voir comment celle-ci sera calculée puis réglée. Plus de trois ans après la résiliation du contrat avec Bank Melli et l'arrivée au pouvoir d'une nouvelle administration aux États-Unis, Telekom, dans le cas peu probable de poursuites américaines, pourra se prévaloir d'avoir fait tout ce qui était juridiquement possible pour se conformer aux injonctions de l'OFAC.

768. En pratique la doctrine américaine a considérablement évolué, en particulier depuis l'annonce de la politique de *non piling on* par le DOJ. Ainsi dans l'affaire Société Générale en 2018, la question de la loi de blocage ne s'est pas posée dans la mesure où au tout début de l'enquête diligentée par le DOJ, le PNF s'était aussi saisi de l'affaire. Des enquêtes parallèles se sont déroulées, en accord avec la Société Générale qui a d'elle-même fourni les éléments de preuves. On a ainsi pu faire avancer une enquête coordonnée entre procureurs français et américain et aboutir à un accord souhaité de justice négociée. De même dans le cas d'Airbus, entreprise pourtant soupçonnée d'avoir exporté des matériels militaires en violation de la réglementation américaine ITAR<sup>367</sup>, c'est le PNF en liaison avec les services britanniques et américains qui a joué le rôle de coordinateur de l'enquête.

769. Dans le climat actuel de coopération judiciaire transatlantique, s'il arrivait que des enquêteurs américains zélés veuillent privilégier la procédure de *discovery* plutôt que de recourir

---

<sup>366</sup> Voir Fiorentino, Alexandra, Centre d'études juridiques européennes, « Affaire Bank Melli: l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne réaffirmée », publié le 17 janvier 2022. <https://www.ceje.ch/fr/actualites/action-exterieure/2022/01/affaire-bank-melli-lautonomie-de-lordre-juridique-de-lunion-europeenne-reaffirmee/>.

<sup>367</sup> Voir ci-dessus.

au mécanisme de la convention de La Haye, ils seraient rappelés à l'ordre. Les cas spécifiques en France doivent désormais être signalés à un service spécialisé du ministre de l'Économie, le SISSE,<sup>368</sup> qui est chargé de guider les entreprises et, si nécessaire, alerter les autorités compétentes. Il nous semble que si des contentieux apparaissent, ceux-ci devraient pouvoir être résolus au niveau des magistrats de liaison. Ainsi la question du blocage, encore sensible dans les relations transatlantiques et parfois évoquée par quelques parlementaires ou fonctionnaires nostalgiques, se règle en fait, discrètement mais efficacement, par le recours à des accords de coopération judiciaires et le travail des parquets, en particulier la Division Criminelle du DOJ et le PNF, qui échangent des informations directement d'homologue à homologue.

La problématique du blocage nous semble ainsi être devenue sans objet grâce au développement de l'entraide judiciaire et de nouvelles institutions européennes. Il reste toutefois des questions délicates à traiter pour établir une coopération effective et harmonieuse dans la lutte contre la corruption transnationale.

#### **D. Les chantiers en cours**

770. L'Europe comme les États-Unis ont été confrontés ces dernières années à de nouvelles formes de criminalités souvent assimilables à des faits de corruption. Nous distinguerons ici les problèmes liés à des évolutions technologiques, sanitaires ou politiques qui affectent l'ensemble des activités économiques du cas, particulièrement complexe car il présente plusieurs facettes, de l'évasion fiscale.

##### **1. Les problématiques liées à des évolutions récentes : pandémie et cybercriminalité**

Les bouleversements sociétaux favorisent l'essor de la corruption en créant pour les criminels, ou du moins les personnes dépourvues d'éthique, des opportunités de s'enrichir au détriment des autres.

---

<sup>368</sup> Service de l'information stratégique et de la sécurité économique. Voir l'arrêté du 7 mars 2022 relatif à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045358485>.

771. La pandémie de la Covid a donné lieu à des transactions douteuses avec des intermédiaires, chinois ou autres, et des trafics frauduleux. Comme le rappelle la section française de Transparency : « Les mesures d'exception se multiplient pour lutter contre les terribles conséquences de la pandémie de Covid-19... La commande publique constitue le premier outil utilisé par l'État et les collectivités territoriales durant cette crise, via l'achat de produits de première nécessité. Or il s'agit déjà d'un des domaines les plus concernés par le risque de corruption en temps normal, mais également un des plus encadrés juridiquement... Le contexte de pénurie sur certains marchés comme celui des masques chirurgicaux suscite néanmoins une concurrence éthiquement contestable, voire des comportements de recel illégal, qui multiplient le risque de corruption. Face à cette situation, la tentation de profiter des assouplissements nécessaires du cadre juridique pour renforcer l'opacité de la commande publique est réelle. Cette tentation est dangereuse et contre-productive. Loin de sécuriser un approvisionnement vital, elle n'aurait pour effet que de renforcer les détournements ou “dessous de table” en tous genres et de raviver la défiance entre les acteurs publics à l'heure même où la coordination nationale et européenne, voire mondiale se révèle indispensable. Pour pallier ces risques, la transparence est plus que jamais nécessaire. »<sup>369</sup>. L'ONU et ses affiliés ainsi que la plupart des organisations internationales reconnaissent les risques accrus de corruption causés par la pandémie et recommandent davantage de transparence et de coordination internationale. L'OCDE a ainsi publié une étude de synthèse<sup>370</sup> incluant une douzaine de recommandations

Les premières réactions après l'apparition de la Covid 19 en Chine en décembre 2019 sont confuses aux États-Unis comme en Europe. Elles vont du déni de la pandémie à une politique du chacun pour soi, initialement encouragée par la doctrine de l'« Amérique d'abord (*America First*) » de l'administration Trump. Le 13 avril 2020, le président annonce le retrait américain de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) mais aussi l'aide au développement de la production de matériel hygiénique et la recherche de nouveaux vaccins<sup>371</sup>. Vers la fin de l'année, alors que le virus s'est propagé à l'ensemble du monde, les mesures de soutien économique et les campagnes de vaccination se développent aux États-Unis comme en Europe. En janvier 2021, le nombre

<sup>369</sup> Transparency France, *Marchés publics et plans de relances en temps de crise : la transparence au défi de l'urgence sanitaire*. Communiqué publié le 20 avril 2020.

<sup>370</sup> OECD, *First lessons from government evaluations of COVID-19 responses: A synthesis*, publié le 21 janvier 2022.

<sup>371</sup> Le président Trump annonce le 30 avril le programme *Warp Speed* (Transformation Fulgurante) dont le but est la mise au point et la distribution aussi rapidement que possible de nouveaux vaccins.



mondial de cas dépasse cent millions ; l'administration de Donald Trump est remplacée par celle de Joe Biden qui annonce le retour des États-Unis à l'OMS et une nouvelle politique de concertations avec les pays alliés. Sous l'égide de l'OMS est créé COVAX, un dispositif d'achat et mutualisation des vaccins, au bénéfice principalement des pays pauvres. Sa gouvernance et son fonctionnement répondent à des normes anticorruption et à des obligations de transparence approuvées par les participants. Dès janvier 2022 plus d'un milliard de doses ont été distribuées<sup>372</sup>. COVAX est conçu comme un partenariat public/privé regroupant des États, des organisations multilatérales ou régionales et des entités privées. Les promesses de financement reçues dépassent 11 milliards de dollars pour la période de 2021 à 2030<sup>373</sup>. Parmi les principaux donateurs, on trouve les États-Unis (\$ 4 milliards), l'Allemagne (\$ 1,222 milliard), le Japon (\$ 1 milliard), le Royaume Uni (\$ 731 millions), la Suède (\$ 539 millions), la Commission Européenne (\$ 489 millions), la France (\$ 240 millions) ainsi que la fondation privée américaine Bill et Melinda Gates (\$ 236 millions). La Chine, qui a son propre programme de distribution internationale de vaccins, ne contribue qu'à hauteur de \$ 100 millions à COVAX alors que ni la Russie, ni Cuba ne figurent parmi les participants. Selon certains experts, les montants engagés, bien qu'importants, restent insuffisants<sup>374</sup>. L'effort international sans précédent pour traiter de manière transparente et équitable un fléau global mérite cependant d'être relevé.

Ainsi, après une période de confusion initiale, la plupart des pays occidentaux ont non seulement pris conscience des risques accrus de corruption liés à la crise de la Covid mais ont pu établir des mécanismes de coopération visant à instituer des circuits de distribution et contrôle des produits sanitaires raisonnablement transparents et efficaces. La corruption liée à la pandémie n'a pas disparu mais elle a été mitigée.

772. La cybercriminalité est un autre fléau global. C'est un phénomène dû aux transformations technologiques et à la globalisation. Il peut être défini comme l'ensemble des actes criminels commis à l'aide de systèmes informatiques ou d'ordinateurs ou ayant pour objet de rendre ceux-

---

<sup>372</sup> Voir *Le Figaro* : « Covid-19 : le système équitable Covax livre un premier milliard de doses de vaccin », publié le 15 janvier 2022.

<sup>373</sup> Voir le tableau WHO/GAVI : *Key Outcomes One World Protected - COVAX AMC Summit Assured resources for the Gavi COVAX AMC*, <https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/covax/COVAX-AMC-Donors-Table.pdf>.

<sup>374</sup> Voir par exemple l'article de Sara Jerving paru le 11 janvier 2022 dans *Inside Development*, "We right now are basically out of money' for COVAX, says Gavi", <https://www.devex.com/news/we-right-now-are-basically-out-of-money-for-covax-says-gavi-102485>.

ci inopérants<sup>375</sup>. On peut distinguer trois types d'infractions : (a) celles spécifiques aux technologies de l'information et de la communication qui comprennent les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données, les vols d'informations, les traitements non autorisés de données personnelles (comme la cession illicite d'informations personnelles), les infractions aux cartes bancaires, les chiffréments non autorisés ou non déclarés ou encore les interceptions ; (b) les infractions liées aux messages et à la diffusion d'informations ; cette catégorie inclut notamment la diffusion de pornographie, l'incitation au terrorisme et à la haine raciale sur internet, les atteintes aux personnes privées et aux biens ; et (c) les infractions facilitées par les technologies de l'information et de la communication comme les escroqueries en ligne (cyber-arnaques), le chantage et demande de rançon (rançongiciel ou *ransomware*<sup>376</sup>), le blanchiment, la contrefaçon ou toute autre violation de propriété intellectuelle. Certaines techniques frauduleuses comme l'hameçonnage (*phishing*) peuvent s'apparenter à plusieurs catégories. Alors que les risques liés à l'utilisation illicite de l'informatique apparaissent dès la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la cybercriminalité devient une menace de plus en plus pressante depuis environ une décennie avec l'essor de l'intelligence artificielle (*Artificial Intelligence, AI*) et le nombre croissant d'intervenants mal intentionnés (*rogue actors*) parfois soutenus par des États voyous. Il s'agit donc d'un vaste domaine et de très nombreux articles ont été écrits sur le sujet. Notre propos ici n'est pas d'étudier les nombreux aspects de la cybercriminalité mais d'examiner dans le cadre de la lutte contre la corruption transnationale les différentes approches et les mesures imposées par les régulateurs des deux côtés de l'Atlantique.

Alors que les États-Unis, pays de la libre entreprise et patrie des GAFAM<sup>377</sup>, ont longtemps eu une attitude de non-intervention, la France a joué un rôle précurseur dans ce domaine avec la

---

<sup>375</sup> Voir la définition du Conseil de l'Europe : « La cybercriminalité - c'est-à-dire les infractions commises contre et au moyen de systèmes informatiques - est devenue une menace importante pour les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit, ainsi que pour la paix et la stabilité internationales, et elle a un impact social et économique majeur. En outre, toute infraction peut impliquer des preuves sur un système informatique, nécessaires dans le cadre d'enquêtes et de procédures pénales. », *Pourquoi et comment le Conseil de l'Europe travaille-t-il contre la cybercriminalité ?* <https://www.coe.int/fr/web/cybercrime>.

<sup>376</sup> En 2020 la CNIL a reçu plus de cinq cents notifications de tentatives d'extorsions par rançongiciel, soit 20% du total des notifications reçues en France (Source : CNIL, plaquette Cybersécurité, [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cybersecurite\\_-\\_chiffres\\_2020\\_et\\_informations.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cybersecurite_-_chiffres_2020_et_informations.pdf)).

<sup>377</sup> Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft.

promulgation de la loi *Informatique et libertés*<sup>378</sup> et la création de la CNIL<sup>379</sup> en 1978<sup>380</sup>. Lors de son vote, la loi a pour principal objectif de protéger les citoyens contre les intrusions informatiques. Toutefois, sa portée s'élargit au fil des ans à l'ensemble des questions de cybersécurité grâce notamment à la jurisprudence établie par la CNIL et à la suite de la promulgation de lois et décrets complémentaires en 2004 et 2018 qui transposent en droit français des dispositions européennes. Ainsi l'adoption en 2016 au niveau européen du *Règlement général sur la protection des données* (RGPD) reprend en grande partie les dispositifs déjà mis en place en France et s'impose à tous les États de l'Union. En fait la question de la réglementation de l'informatique, qui a clairement des aspects transnationaux, est mise à l'ordre du jour à l'instigation de la France tant au Conseil de l'Europe qu'à l'OCDE et auprès des instances de l'Union Européenne.

773. La *Convention sur la cybercriminalité* du Conseil de l'Europe de 2001, ou convention de Budapest, signée par 67 pays, est le premier traité international dédié aux « infractions pénales commises via l'Internet et d'autres réseaux informatiques, traitant en particulier des infractions portant atteinte aux droits d'auteur, de la fraude liée à l'informatique, de la pornographie infantile, ainsi que des infractions liées à la sécurité des réseaux »<sup>381</sup>. Il sera complété par deux protocoles et prévoit également une série de procédures, telles que la perquisition de réseaux informatiques et l'interception. Son objectif est de promouvoir une politique pénale commune destinée à protéger la société contre le cybercrime, notamment par l'adoption de législations nationales appropriées et la stimulation de la coopération internationale. Il contient donc des dispositions dans trois domaines : l'harmonisation des législations des États signataires ; la modernisation de ces législations par un travail de commission, notamment en matière procédurale ; l'amélioration de la coopération internationale en matière d'extradition et d'entraide répressive. Il préconise notamment le partage de preuves électroniques entre les États parties.

Bien qu'ayant ratifié le traité en 2006, les États-Unis sont freinés dans son application par une décision de la Cour Suprême, *Ashcroft vs Free Speech Coalition*<sup>382</sup> qui considère que la

---

<sup>378</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Voir Legifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000886460/>.

<sup>379</sup> Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

<sup>380</sup> En Europe seuls le Land de Hesse en Allemagne en 1971 et la Suède en 1973 avaient alors légiféré en ce domaine.

<sup>381</sup> Site du Conseil de l'Europe, Détails du traité numéro 185, résumé, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=185>.

<sup>382</sup> Voir Justia US Supreme Court : *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/234/>.

diffusion de pornographie infantine ne peut être interdite en application du principe de liberté de la presse découlant du 1<sup>er</sup> amendement de la constitution. Les communications par internet restent donc très peu régulées en Amérique.

774. L'OCDE s'intéresse également, dans le cadre du développement de l'économie mondiale à la « sécurité numérique »<sup>383</sup>. Ses études portent principalement sur les technologies émergentes et son action est davantage axée sur la sécurité numérique des produits et le traitement des vulnérabilités, le deuxième type d'infractions dans notre typologie initiale. L'essentiel des travaux est piloté par un Comité de la Politique de l'Économie Numérique, CPEN, crée en 1982 et dont le mandat va jusqu'en 2023. Il prépare des lignes directrices (*guidelines*) qui sont ensuite approuvées par le Conseil de l'organisation. Tous les États membres peuvent participer aux travaux du Comité ; son président est japonais et un des neuf vice-présidents est américain<sup>384</sup>. Les lignes directrices ont été actualisées en 2013 et ont fait l'objet en 2021 d'un rapport de suivi qui énonce six principes<sup>385</sup> :

- Accroître la transparence et le partage de l'information, pour lutter contre les asymétries d'information. L'objectif est d'augmenter la transparence pour permettre aux consommateurs de prendre des décisions plus éclairées et d'évaluer les risques de manière plus effective.
- Sensibiliser les parties prenantes, à commencer par les utilisateurs et les chercheurs en sécurité, à leur rôle et responsabilités dans la gestion du risque de sécurité numérique.
- Faire respecter les devoirs de responsabilité et de diligence des acteurs pour assurer la sécurité des systèmes.
- Renforcer la coopération entre les parties prenantes, les organisations publiques ainsi qu'au niveau international dans une optique d'amélioration de la sécurité numérique des produits.
- Promouvoir l'innovation et la concurrence.

---

<sup>383</sup> D'après le site de l'OCDE : « la sécurité numérique fait référence aux aspects économiques et sociaux de la cybersécurité, par opposition aux aspects purement techniques et à ceux liés à l'application du droit pénal ou à la sécurité nationale et internationale. Le terme "numérique" est cohérent avec des expressions telles que l'économie numérique, la transformation numérique et les technologies numériques. Il constitue une base pour un dialogue international constructif entre les parties prenantes. »

<https://www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/securite-numerique/>.

<sup>384</sup> Pour la composition et le mandat du Comité voir :

<https://oecdgroups.oecd.org/Bodies/ShowBodyView.aspx?BodyID=1837&Lang=fr>.

<sup>385</sup> Voir <https://www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/securite-numerique/>.

- Traiter la sécurité numérique de manière proportionnée, selon une approche fondée sur les risques en tenant compte de la complexité des systèmes. Ainsi les exigences de sécurité indiquées ou utiles sur un marché donné ou pour une catégorie de produits donnée ne conviendront pas nécessairement ailleurs.

Des explications et exemples de bonnes pratiques sont cités pour illustrer les principes et leurs applications. L'OCDE est donc à la fois un forum d'études et de discussions sur la cybercriminalité et dégage des principes directeurs qui forment un cadre de droit souple mais laisse à d'autres la mise en place de mécanismes coercitifs.

775. L'Union Européenne, par contraste, s'est efforcée de mettre en place un cadre juridique contraignant. Avant la mise en place du règlement européen, un même comportement, par exemple la promotion par internet de la vente de cannabis en France et à l'étranger, n'est pas pareillement considéré. Il peut constituer une infraction dans un pays et pas dans l'autre. Or la dématérialisation qui accompagne l'essor du numérique bouleverse le principe classique de la territorialité de la loi pénale et il importe de supprimer des « cyber-paradis » où certains acteurs pourraient se considérer intouchables. Le Règlement général sur la protection des données, entre en vigueur le 25 mai 2018 et a un caractère obligatoire dans tous les pays membres de l'UE. Le règlement ainsi que ses applications font l'objet de nombreux commentaires de juristes américains car il a une portée extraterritoriale et affecte directement le commerce et les relations internationales.

Notre propos ici n'est pas de présenter une nouvelle analyse du RGDP mais d'essayer d'appréhender son impact et les réactions suscitées du point de vue américain. La nécessité de créer un cadre européen harmonisé concernant les activités informatiques est bien comprise. Les multinationales y sont favorables car cela leur évite d'avoir à traiter avec une multitude de juridictions lorsqu'elles ont des activités en Europe. Mais elles, et leurs avocats, notent, parfois avec appréhension, plusieurs principes et dispositions jusqu'alors peu ou pas appliqués et étrangers au droit américain, en particulier :

- La nécessité même d'établir un règlement pour la protection des données personnelles surprend certains. Aux États-Unis les libertés individuelles sont garanties par le *Bill of Rights*, ratifié en 1791, qui est le corpus des dix premiers amendements à la constitution. Il est à la source d'une large jurisprudence qui consacre le droit d'entreprendre, la liberté d'expression ainsi que le

rôle et la liberté d'expression de la presse. Il demeure la base de la réglementation des médias, y compris numériques. En ce sens les approches américaine et européenne sont antinomiques.

- L'application extraterritoriale du droit européen est une nouveauté. Le Règlement s'applique aux entreprises établies hors de l'Union, notamment en Amérique, qui traitent les données relatives aux activités des entités et organisations de l'UE. Les sociétés non européennes sont ainsi soumises au règlement dès qu'elles ciblent les résidents de l'UE par le profilage ou leur proposent des biens et services.

- La nécessité d'un consentement explicite et positif des internautes. Les entreprises et organismes démarchant des résidents européens sont désormais tenus de donner aux utilisateurs davantage de contrôle sur leurs données privées, notamment via l'acceptation des cookies sur les sites internet et sur le contrôle de l'utilisation qui est faite des données fournies par les internautes. Il n'est plus possible d'assumer que l'utilisateur d'un site a automatiquement consenti par son simple accès à une page.

- Le droit à l'oubli, c'est-à-dire la possibilité pour l'utilisateur d'exiger l'accès, l'effacement ou la correction des données qui le concernent.

- Les principes de protection des données dès la conception d'un système, de sécurité par défaut et les exigences de notification aux usagers (par exemple en cas de fuite ou *hacking*) ainsi que l'obligation de désigner un délégué informatique ayant un accès immédiat à l'ensemble des données stockées créent des exigences accrues, et donc des coûts additionnels, par rapport à la réglementation américaine.

- La nécessité d'étude d'impact préalable à toute décision concernant les systèmes informatiques et la responsabilisation des entreprises en cas de manquement aux dispositions du Règlement suscitent également des craintes, d'autant plus que les pénalités prévues en cas de manquement (amende de 2 millions d'euros ou de 20 % du chiffre d'affaires) sont, à l'aune des autres peines imposables en Europe, relativement sévères.

776. Les autorités européennes s'attachent à établir une jurisprudence créant un effet de dissuasion. Dans le système créé par le RGDP, ce sont les organismes compétents de chaque État membre qui sont chargés de l'enforcement. Par exemple, la CNIL a imposé en janvier 2022 des

amendes de respectivement 150 et 60 millions d'euros à Google et Facebook pour non-conformité des systèmes de cookies sur leurs sites<sup>386</sup>.

Cinq ans après l'entrée en vigueur du dispositif, l'impact négatif que certains craignaient ne s'est pas produit : les autorités américaines se sont habituées aux nouvelles réglementations et des sociétés ont été sanctionnées. Selon le blog GDPR<sup>387</sup>, de mai 2018 à décembre 2021, des centaines d'amendes ont été imposées en Europe. Parmi les entreprises les plus touchées par les pénalités pour infraction au RGDP, outre Google et ses filiales et Facebook, figurent Amazon (€746 millions au Luxembourg), WhatsApp (€ 225 millions en Irlande), H&M (€ 35 millions en Allemagne), TIM/Telecom Italia (€ 28 millions en Italie) et plusieurs filiales de Vodafone. Mais la très grande majorité des sociétés américaines se sont conformées aux nouvelles exigences. Dans certains États, comme en Californie, le RGDP sert même de modèle à une législation d'État destinée à limiter les prérogatives des sociétés utilisant l'internet, dans l'attente d'une législation fédérale.

L'administration Biden a plusieurs fois indiqué sa préoccupation concernant la cybersécurité. En mai 2021, un décret présidentiel, publié à la suite d'incidents de rançonnage chez SolarWinds, Microsoft Exchange et Colonial Pipeline mettant en cause des cybercriminels probablement manipulés de l'étranger, s'efforce de renforcer la coopération entre les agences du gouvernement et les acteurs privés et établit un groupe de travail spécialisé. En octobre 2021 une vidéo conférence regroupant dirigeants politiques et experts d'une trentaine de pays amis est organisée pour notamment réduire les risques de rançongiciel<sup>388</sup>. Un mémorandum présidentiel en janvier 2022 établit de nouvelles mesures de cybersécurité au sein des principales agences gouvernementales<sup>389</sup> et en février le DOJ annonce un renforcement des obligations de vigilance et d'enregistrement des bénéficiaires effectifs pour certains actifs ou activités (cryptomonnaies,

---

<sup>386</sup> Voir *Le Monde* du 6 janvier 2022, « La CNIL inflige de lourdes amendes à Google et Facebook pour leurs cookies ».

<sup>387</sup> Voir <https://dataprivacymanager.net/5-biggest-gdpr-fines-so-far-2020/>.

<sup>388</sup> Voir *Fortune* du 1<sup>er</sup> octobre 2021, « Biden calls on 30 countries to take on fight against ransomware attacks », <https://fortune.com/2021/10/01/biden-administration-wants-30-countries-fight-ransomware-attacks-cybersecurity/>.

<sup>389</sup> The White House, « *President Biden Signs National Security Memorandum to Improve the Cybersecurity of National Security, Department of Defense, and Intelligence Community Systems* » <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/01/19/fact-sheet-president-biden-signs-national-security-memorandum-to-improve-the-cybersecurity-of-national-security-department-of-defense-and-intelligence-community-systems/>.

achats immobiliers, négoce de biens ou produits habituellement anonymes) ainsi que la création d'une unité spéciale, le *National Cryptocurrency Enforcement Team*, NCET<sup>390</sup>. Il est aussi question d'une nouvelle loi globale sur les droits et obligations des sociétés et des personnes physiques utilisatrices d'internet mais le projet ne progresse guère face à un Congrès très partagé, qui a d'autres urgences politiques.

777. Ainsi, même si les approches diffèrent, le Vieux comme le Nouveau continent sont conscients des risques de corruption nouveaux posés par la pandémie et la numérisation ; ils s'efforcent de développer des stratégies et des moyens communs pour les mitiger. On a cependant l'impression que se vérifie une boutade selon laquelle l'Amérique innove, la Chine copie et l'Europe réglemente.

## 2. La question de l'évasion fiscale : réforme globale de l'impôt et besoin de transparence

778. L'évasion fiscale transnationale est un problème ancien mais qui a pris de nouvelles formes avec la numérisation et la globalisation de l'économie mondiale. Les approches pour le résoudre ont pu varier de part et d'autre de l'Atlantique et l'OCDE s'efforce de mettre en place des solutions de compromis. De manière générale, alors que les États-Unis n'ont pas d'objection philosophique à l'« optimisation » fiscale, parfois organisée par des cabinets spécialisés d'origine américaine, pour les firmes aux activités multinationales et les personnes fortunées, les Européens insistent sur le principe, parfois flou, de justice fiscale. Celle-ci impliquerait que les sociétés soient taxées à minima et en tenant compte des intérêts de la juridiction où leurs produits sont utilisés ou vendus et non en fonction du lieu d'enregistrement de l'entreprise ou de montages financiers plus ou moins opaques. Il convient donc d'analyser les deux aspects, liés mais distincts, de l'évasion fiscale : celui de l'imposition des activités transnationales et celui de l'identification des détenteurs d'avoirs.

779. Les controverses sur la manière de taxer les activités transnationales suscitent de nombreux débats au sein des organisations internationales. Comme on l'a vu, le système d'échanges mutuels d'informations institué à partir de 2010 par le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA)<sup>391</sup>

---

<sup>390</sup> Voir le communiqué de presse du DOJ du 6 octobre 2021 : « *Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Announces New Civil Cyber-Fraud Initiative* », <https://www.justice.gov/opa/pr/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-announces-new-civil-cyber-fraud-initiative>.

<sup>391</sup> Voir ci-dessus, chapitre 2.



est largement inopérant lorsque les services fiscaux non américains s'efforcent d'établir une assiette pour l'imposition de firmes multinationales. De plus le problème est devenu particulièrement pressant avec le développement du commerce par internet qui s'est accéléré avec la pandémie et profite largement à quelques très grandes sociétés, pour la plupart américaines, y compris les GAFAM, dont les produits sont largement vendus dans le monde. Ces firmes établissent des structures de fabrication et de distribution qui leur permettent de minimiser leurs impôts en domiciliant leurs opérations dans des paradis fiscaux et manipulent les prix de transfert entre les différentes entités d'un même groupe. Selon une estimation<sup>392</sup>, en 2018 les profits des multinationales américaines comptabilisés dans des paradis fiscaux représentaient 68 % de leurs profits bruts mondiaux. En revanche moins de 5 % de leurs employés étaient résidents dans ces juridictions. Davantage de profits étaient enregistrés aux Bermudes qu'en Chine alors qu'en Europe les revenus étaient comptabilisés en Irlande plutôt qu'en Allemagne ou en France.

780. Les régimes fiscaux en vigueur applicables au commerce international ont été mis en place pour la plupart au siècle dernier par des accords bilatéraux. Ils encouragent les grandes firmes à tirer avantage des failles entre les mécanismes d'imposition de différentes juridictions. S'il est relativement aisé de pointer les dysfonctionnements du système actuellement en vigueur, il est beaucoup plus délicat de proposer et mettre en œuvre des réformes qui devront être adoptées par consensus pour éviter une course par le bas qui ne ferait qu'aggraver les disparités.

781. L'idée d'une réforme fiscale internationale n'est pas nouvelle. Les organismes internationaux tels le FMI et la Banque Mondiale se penchent régulièrement sur le sujet. En 1973 l'économiste James Tobin avait proposé une taxe universelle sur les transactions financières et des organisations non gouvernementales comme Transparency International ou le Tax Justice Network depuis 2003 publient régulièrement des études sur la fiscalité mondiale. Un rôle pionnier est exercé par l'OCDE, principalement à travers son Centre de politique et d'administration fiscale qui a développé une expertise mondialement reconnue et bénéficie de l'appui d'experts fiscaux et économistes de tous horizons. L'OCDE réunit régulièrement des forums, groupes de réflexion et conférences. Elle prépare ses propositions en collaboration et à la demande du G20. Après l'annonce au G20 de 2009 de « la fin du secret bancaire », le Forum mondial sur la transparence

---

<sup>392</sup> Voir *The Economist* du 15 mai 2021, « *Time to fix the way governments tax multinational companies* ».

et l'échange de renseignements à des fins fiscales crée des normes de transparence qui sont acceptées par plus de 160 juridictions<sup>393</sup>.

782. Le partenariat OCDE/G20 sur les règles fiscales internationales est lancé en 2013, il est initialement axé sur l'étude de l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices des entreprises, ou « projet BEPS (pour *Base Erosion and Profit Shifting*) ». Un modèle de déclaration pour l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers est approuvé par le G20 de 2014 et devrait devenir effectif dans plus de 115 juridictions en 2023<sup>394</sup>. À partir de 2016, un « Cadre inclusif » regroupant plus de 135 pays et juridictions est formé et propose une réforme en profondeur de la fiscalité fondée sur deux piliers : (a) la répartition des droits d'imposition entre pays (Pilier Un), et (b) la garantie qu'un niveau minimum d'imposition soit payé par les multinationales (Pilier Deux). Le plan d'actions en quinze points interdit notamment le chalandage fiscal et autres pratiques dommageables et préconise l'échange d'informations entre les juridictions signataires de façon à accroître la transparence et la sécurité juridique en matière fiscale<sup>395</sup>. Un autre instrument, les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* fournit des lignes directrices sur la valorisation des transactions internationales au sein d'un groupe multinational. Les Principes sont fondés sur la notion de pleine concurrence ; ils permettent aux États signataires de s'appuyer sur des règles solides d'établissement des prix de transfert pour faire en sorte que les bénéfices et les revenus associés ne soient pas artificiellement transférés hors de la juridiction où a lieu la création de valeur vers des juridictions à fiscalité plus avantageuse<sup>396</sup>. Enfin, concernant la fiscalité indirecte, l'OCDE élabore des normes et des instructions applicables à la collecte efficace de la TVA sur les ventes en ligne de biens, de services et de produits numériques, pour faire en sorte que la TVA soit acquittée par les vendeurs en ligne non dans la juridiction de leur siège d'enregistrement mais dans les pays où se trouvent leurs clients<sup>397</sup>. De très nombreux guides pratiques, conférences, tables rondes régionales et séminaires de formation sont organisés par ou sous l'égide de l'OCDE afin que les réformes proposées se mettent

---

<sup>393</sup> D'après la brochure de l'OCDE, *Les travaux de l'OCDE en matière de fiscalité, l'OCDE et le G20*, p. 10.

<sup>394</sup> *Ibid.*

<sup>395</sup> *Ibid.*, p.12 et suivantes.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>397</sup> *Ibid.*, p. 21.

progressivement en place. Les études et efforts se sont intensifiés et l'organisation a ainsi présenté un projet global de réformes fiscales lors du G20 de 2021.

783. De nombreux experts, universitaires et fonctionnaires américains participent aux travaux de l'OCDE. Alors qu'au plan politique l'administration Trump avait une attitude réservée sur les réformes fiscales qui lui semblaient cibler les sociétés américaines, la donne change avec l'arrivée au pouvoir de l'administration Biden. En octobre 2021, tandis que le projet BEPS est officiellement approuvé par tous les chefs d'État ou de gouvernements réunis à Rome pour le G20, la Secrétaire au Trésor, Janet Yellen, déclare que l'accord fiscal est historique et signale le début d'une nouvelle ère de coopération multilatérale<sup>398</sup>. Son enthousiasme est repris par le ministre français Bruno Le Maire : « Enfin ! C'est une véritable révolution fiscale au service de la justice et de l'efficacité économique<sup>399</sup>. » Le texte final est approuvé par 139 pays, qui représentent plus de 90 % du PIB mondial. Il devrait, à partir de 2023, permettre de dégager 150 milliards de dollars de recettes fiscales supplémentaires par an.

784. L'accord déterritorialise le paiement de l'impôt sur les sociétés et instaure un taux effectif minimum de taxation de 15 %. Les entreprises visées sont les multinationales qui réalisent un chiffre d'affaires annuel de plus de 20 milliards de dollars et leur impôt ne sera plus dû uniquement au pays d'enregistrement de l'entreprise redevable. Ainsi un État pourra taxer les profits étrangers d'une de ses entreprises nationales qui aurait été imposée à l'étranger à un taux inférieur à 15 % et un système de compensation est prévu afin que les pays où est localisée l'activité économique de l'entreprise reçoivent une partie des impôts collectés. Certains secteurs comme les industries d'extraction, les services financiers et le commerce maritime sont exclus. Le calendrier de mise en application est ambitieux : une convention multilatérale devrait être ouverte à signatures en 2022 et le nouveau mécanisme devrait commencer à fonctionner dès 2023. Comme toujours dans ce type d'accord « le diable est dans les détails » mais sa mise en place démontre l'ampleur de l'engagement américain et atteste des progrès récents réalisés en matière de multilatéralisme et coopération internationale.

785. Une meilleure transparence et vigilance dans l'identification des détenteurs d'avoirs est également un des buts des réformes prônées par l'OCDE. L'objectif est officiellement soutenu par

---

<sup>398</sup> US Department of the Treasury, *Remarks by Secretary of the Treasury Janet L. Yellen at the B20 Summit* <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0393>

<sup>399</sup> Voir *Les Echos* du 30 octobre 2021 : « Taxation internationale : les dirigeants du G20 approuvent la réforme. »

les États-Unis mais les progrès dans ce domaine semblent se heurter à une série de difficultés. Plusieurs problèmes sont cités par Transparency International<sup>400</sup> :

- Les programmes de « visa doré (*golden visa*) » qui permettent, avec peu de vérifications préalables, à des personnes étrangères disposées à investir dans des zones et secteurs considérés prioritaires d'obtenir des visas de type EB5 qui peuvent aboutir à un statut de résident permanent. Le montant à investir est de l'ordre d'un million de dollars et le mécanisme paraît être utilisé à des fins de blanchiment pour des fonds en provenance de Chine et Russie, voire pour infiltrer des espions.

- De 2000 à 2017, selon les *FinCEN Files*<sup>401</sup>, plus de 2000 milliards de dollars de fonds suspects auraient transité par le système financier américain pour le compte de trafiquants et terroristes dont certains manipulés par les Taliban ou la Corée du Nord. Des banques telles que HSBC, Barclays, JP Morgan, Deutsche Bank et Standard Chartered ont été impliquées dans ces transactions<sup>402</sup>.

- La loi américaine, principalement le FCPA, ne s'intéresse qu'à l'aspect offre de la corruption alors que celui de la demande, c'est-à-dire l'extorsion, devrait également être criminalisé. Un projet de loi, le *Foreign Extortion Prevention Act* de 2019 a été élaboré en ce sens mais n'a pas encore été débattu au Congrès.

- Depuis 2016, le DOT a mis en place un programme temporaire *Geographic Targeting Orders* ou GTO instituant une obligation de déclaration de la part d'agents immobiliers des transactions effectuées en numéraire ou en crypto-monnaie identifiant le bénéficiaire effectif de l'achat d'une propriété résidentielle, particulièrement si l'acheteur est une LLC. Le programme GTO, d'abord limité aux marchés considérés à haut risque comme Miami et Manhattan, a par la suite été étendu à 12 zones géographiques. Transparency recommande d'étendre le programme GTO à l'immobilier commercial et d'y ajouter un volet qui permettrait la saisie des biens si leur origine illicite est établie.

---

<sup>400</sup> Transparency International.US Office. *Combating Global Corruption: A Bipartisan Plan, 21 Commitments for 2021*. <https://us.transparency.org/resource/combating-global-corruption/>.

<sup>401</sup> Un ensemble de 2 657 documents internes au DOT examinés par le Consortium international des journalistes d'investigations.

<sup>402</sup> Voir BBC News, *FinCEN Files : « All you need to know about the documents leak »*, publié le 20 septembre 2020, <https://www.bbc.com/news/uk-54226107>.

786. Un point particulièrement délicat est le rôle que peuvent jouer des sociétés écran américaines, notamment les LLC, dans la commission de crimes financiers. Leur participation au blanchiment est documentée au niveau des autorités fédérales<sup>403</sup>. Le problème essentiel est que l'enregistrement des sociétés relève des États fédérés et non d'un organisme fédéral. Il est possible, en utilisant les services d'un agent local d'enregistrement, de créer une entité juridique dans un État particulier, même si on n'y exerce aucune activité. Les procédures d'enregistrement sont souvent standardisées, avec des contrôles limités (l'enregistreur déclarant simplement par écrit que l'entité n'exercera aucune activité illicite), et peu onéreuses : beaucoup d'avocats spécialisés dans ce domaine peuvent en quelques jours et pour moins de \$500 enregistrer une LLC et fournir aux actionnaires de la nouvelle entité les documents officiels habituels ainsi qu'un numéro fiscal fédéral reconnu par l'IRS. Les législations de quelques États sont connues pour offrir certains avantages<sup>404</sup> : plus de la moitié des entreprises américaines cotées au NYSE sont enregistrées dans l'État de Delaware où les exigences administratives (envoi d'informations aux actionnaires et tenues d'assemblées générales par exemple) sont simplifiées et les droits d'enregistrement moins élevés que dans la plupart des autres États. Les États du Nevada et du Wyoming ne participent pas aux échanges d'informations automatiques avec l'IRS et ont des lois qui évitent aux actionnaires d'être indiqués nominativement dans les certificats ce qui leur permet de conserver l'anonymat (sauf en cas de *subpoena*) vis-à-vis du public et des autorités fédérales. Aucun changement des prérogatives des États fédérés dans le domaine de l'enregistrement des sociétés ne semble possible dans le cadre constitutionnel et politique actuel.

787. L'intention du gouvernement fédéral d'établir le combat contre la corruption comme une priorité fondamentale pour la sécurité nationale des États-Unis est affirmée par l'administration Biden le 3 juin 2021<sup>405</sup>. Des mesures contre les paradis fiscaux, les sociétés écran et les transactions financières illégales sont annoncées, ainsi que l'établissement d'un registre national de bénéficiaires effectifs et une coopération accrue avec les partenaires étrangers, notamment dans le

---

<sup>403</sup> Voir par exemple l'étude réalisée par le DOT : "*Fincen : The Role of Domestic Shell Companies in Financial Crime and Money Laundering: Limited Liability Companies*", novembre 2006, [https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/LLCAssessment\\_FINAL.pdf](https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/LLCAssessment_FINAL.pdf).

<sup>404</sup> Voir par exemple le site du cabinet comptable Patriot : « *Starting up a Business? Here's the Best State to Start an LLC* », <https://www.patriotsoftware.com/blog/accounting/best-state-to-start-llc/?msclkid=7e5109acb38311eca768e400e42f4477>.

<sup>405</sup> Voir le communiqué de la Maison Blanche: *Establishing the Fight Against Corruption as a Core U.S. National Security Interest*, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/03/fact-sheet-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-u-s-national-security-interest/>.

cadre des Nations Unies, du G7, du GAFI et de l'OCDE. Bien d'autres déclarations présidentielles ou ministérielles vont dans le même sens. Le principe d'un registre des bénéficiaires effectifs existe déjà en droit européen grâce à une directive de 2018, transposée en droit français en 2020. Mais le périmètre exact du registre américain fait l'objet de tractations et le calendrier de mise en œuvre n'est pas encore défini<sup>406</sup>. Ces attermoissements sont préoccupants d'autant plus qu'au dernier classement (2020) de Tax Justice Network<sup>407</sup> des juridictions facilitant le secret financier les États-Unis sont considérés, après les îles Caïman mais devant la Suisse, comme le deuxième pays du monde<sup>408</sup> pour leur manque de soutien à la transparence fiscale internationale. Ainsi les déclarations officielles de l'administration Biden sont encourageantes mais les chantiers de la réforme de l'imposition des multinationales et de la transparence fiscale internationale sont à peine entamés.

788. Beaucoup a été fait au cours des deux dernières décennies pour établir les fondements d'un système global de lutte contre la corruption transnationale mais davantage reste encore à faire. L'Europe, et la France en particulier jouent un rôle pionnier en adoptant et adaptant quelques grands principes déjà appliqués en Amérique, notamment la responsabilité des personnes morales, la compliance, la gestion par les risques et la justice négociée. Cette tendance fait l'objet d'accords internationaux, en particulier les conventions des Nations Unies et de l'OCDE contre la corruption, et semble irréversible. Leur mise en place progresse surtout lorsqu'il existe des mécanismes effectifs d'évaluation mutuelle entre participants engagés. Mais les chantiers de réforme sont loin d'être clos. Deux obstacles récurrents nous semblent particulièrement préoccupants : le manque de volonté politique et l'absence de moyens adéquats.

Ces obstacles se retrouvent au niveau international comme national. Les déclarations de lutte contre la corruption et la signature de conventions peuvent avoir un effet d'entraînement.

---

<sup>406</sup> Au 15 mai 2022.

<sup>407</sup> Voir Tax Justice Network: *US overtakes Switzerland in global ranking of financial secrecy hotbeds, Cayman leaps over both to top of the index*, publié le 18 février 2020, <https://taxjustice.net/press/financial-secrecy-index-2020-reports-progress-on-global-transparency-but-backsliding-from-us-cayman-and-uk-prompts-call-for-sanctions/#:~:text=The%20Tax%20Justice%20Network's%20Financial,secrecy%20by%207%20per%20cent>.

<sup>408</sup> L'index du secret financier de TJN est déterminé en fonction du montant d'impôts qui auraient dû être collectés, ce qui défavorise les pays à PNB élevé. TJN publie également un index des paradis fiscaux calculé principalement en fonction de critères juridiques ; les États-Unis y sont classés 25<sup>e</sup> sur 70 juridictions étudiées. Selon cet index les trois premiers paradis fiscaux pour les entreprises sont trois dépendances britanniques : les Îles Vierges (BVI), les îles Caïman et la Bermude : *Corporate Tax Haven Index, 2021* : <https://cthi.taxjustice.net/en/>. Voir la fiche concernant les États-Unis : <https://taxjustice.net/country-profiles/united-states/>.

Cependant, si on en croit l'index mondial élaboré par Transparency International<sup>409</sup>, au cours des dernières trois années il y a plutôt eu régression que progrès dans beaucoup de régions : Amérique latine, Moyen Orient et Afrique avec des résultats variables en Asie. Même en Amérique du Nord (Canada, États-Unis) et en Europe, qui sont des régions supposées être relativement immunes à la corruption, la gestion de la pandémie et des dérives autoritaires dans certains cas (Europe de l'Est et États-Unis sous Trump), créent de nouveaux défis. Les pays de l'Europe du Nord (Danemark, Finlande, Suède et Norvège) ainsi que la Nouvelle-Zélande sont considérés comme des modèles pour les autres juridictions.

789. Aux États-Unis, on note avec espoir le changement d'approche annoncé par l'administration Biden et la volonté d'assumer à nouveau les responsabilités de première puissance du monde. La poursuite de la coopération pénale, la coordination de la lutte contre la cybercriminalité et la mise en œuvre des réformes fiscales approuvées par le G20 pour augmenter la transparence montreront si cette volonté proclamée se traduit dans les faits.

En France, le cadre de la lutte contre la corruption a complètement changé en quelques années, avec la création du PNF, la loi *Sapin 2* et la procédure de la CJIP. Le pays est maintenant considéré comme un participant sérieusement engagé dans la lutte anticorruption. Mais certaines entreprises, considérées comme « stratégiques », semblent continuer à bénéficier de traitements de faveur alors que des institutions comme le PNF et l'AFA ne reçoivent pas la totalité des moyens dont, selon la loi, ils devraient bénéficier.

790. On se trouve donc à la croisée des chemins et il faudra certainement plusieurs années, voire des décennies, pour évaluer les résultats des réformes en cours. La coopération entre l'Europe et les États-Unis, guidée par les recommandations de l'OCDE, ainsi que l'« atténuation des souverainetés<sup>410</sup> » apparaît comme le seul cadre viable pour une lutte anticorruption efficace. Néanmoins ce qui est établi est que, face à un fléau de portée mondiale, les stratégies de cavalier seul sont vouées à l'échec et que seule une approche globale coordonnée pourrait, sinon éliminer, du moins fortement réduire la corruption transnationale.

---

<sup>409</sup> Voir *Transparency International, Corruption Perceptions Index 2021*, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021?msclkid=f4b42419b42d11ec8de63bfc026a2ef9>.

<sup>410</sup> L'expression est attribuée à Mireille Delmas-Marty. Voir eulogie dans *Le Monde* du 13 février 2022.

# CONCLUSION GÉNÉRALE

## A. L'AMÉRIQUE : UN HÉGÉMON EN QUÊTE DE LÉGITIMITÉ

791. Critiquer de supposées atteintes à la souveraineté est contre-productif alors qu'on peut engager un débat sur l'iniquité de certaines dispositions en se fondant sur les principes directeurs de l'OCDE.

L'hégémonie américaine est souvent critiquée, tant en France, au moins depuis les discours du général de Gaulle<sup>1</sup>, qu'aux États-Unis par politologues<sup>2</sup> et historiens<sup>3</sup>. Mais la signification du terme varie selon les auteurs et l'hégémonie peut être encadrée.

### **1. Définition de l'hégémon**

792. Comme le rappelle Bertrand Badie, « l'Hégémonie a son histoire, longue et complexe jusqu'à l'ambiguïté. [Depuis l'Antiquité] le concept a gardé cette élasticité et cette polysémie qui font tant souffrir les étudiants en relations internationales. »<sup>4</sup>. La notion d'hégémonie remonte à l'historien grec Thucydide qui l'utilise pour analyser la position prépondérante d'Athènes lors de la guerre du Péloponnèse, en 460 avant notre ère. Selon cette analyse, la position privilégiée de la ville-cité, considérée comme le berceau de la démocratie, provient seulement pour partie de sa puissance militaire (Athènes seule possédait alors une flotte capable de s'opposer aux Perses),

---

<sup>1</sup> Voir par exemple le discours du 27 avril 1965 : « Aucune hégémonie ne saurait être justifiée. » Archives INA : <https://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaule00241/allocution-du-27-avril-1965.html>

<sup>2</sup> Voir Ferguson, Niall, "Hegemony or Empire?" *Foreign Affairs*, septembre/octobre 2003.

<sup>3</sup> Voir Immerwahr, Daniel, "How to Hide an Empire", *op. cit.*

<sup>4</sup> Badie, Bertrand, *L'Hégémonie contestée, les nouvelles formes de domination internationale*, Odile Jacob, Paris, 2019, p. 10.



mais surtout de ce que la direction<sup>5</sup> de la confédération des cités grecques lui a été confiée librement par les autres villes, les États d'alors, sans doute méfiantes à l'égard d'autres prétendants comme Sparte. Pour prendre une image plus contemporaine, l'hégémon est comme un premier de cordée : il est le premier à arriver au sommet mais il assume la responsabilité de faire en sorte que les autres membres du groupe puissent le rejoindre et arrivent à bon port. Ces derniers peuvent se détacher de la cordée, mais c'est à leurs risques et périls.

Trois éléments définissent l'hégémon : sa capacité effective à assumer une position de commandement d'une part, puis, d'autre part, une adhésion librement consentie des autres participants à un même système de relations, et, enfin, l'acceptation de principes de gouvernance communs, par exemple la démocratie et la reconnaissance de l'état de droit. La position d'hégémon confère à la fois des privilèges et des obligations. Dans la Grèce antique, les autres cités, sans renoncer à leur souveraineté, sont tenues de payer un tribut et d'accepter la monnaie d'Athènes qui, elle, a l'obligation de les défendre contre les non-Grecs, les Barbares. De plus, l'hégémon assume naturellement un rôle d'arbitre et de ce qu'on qualifierait aujourd'hui de « leader bienveillant » au sein de la confédération. Il est à la fois garant d'un ordre interne et protecteur contre toute menace provenant de l'extérieur. Historiquement, il est difficile pour un État de conserver ses attributs d'hégémon : il risque de perdre sa puissance, militaire ou économique, ce qui le disqualifie, ou, au contraire, son rôle passe de prépondérant à dominateur, ce qui en fait un empire<sup>6</sup>.

793. Selon cette définition, à notre époque, seuls les États-Unis peuvent être un hégémon. La Russie et la Chine ont des ambitions impériales, mais leurs valeurs ne sont pas largement acceptées et on peut se poser des questions sur leurs capacités à moyen et long terme. L'Europe, y compris la France, a sans doute le potentiel nécessaire mais, pour le moment, n'est pas en mesure d'assumer le rôle de garant contre les menaces extérieures. Les États-Unis, fondés sur une conception de la vertu et une idéologie et des principes républicains<sup>7</sup>, sont une puissance qui ne peut se résoudre à l'empire<sup>8</sup> car cela serait en contradiction avec ses marques de naissance, telles que nous les avons

---

<sup>5</sup> Selon Badie : « L'hégémonie décrit l'acte de conduire. » *Ibid.*

<sup>6</sup> La France aurait pu être un hégémon à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle mais a choisi de devenir un empire. L'Angleterre à l'époque coloniale s'est toujours considérée comme un empire (comme l'exprimait Rudyard Kipling).

<sup>7</sup> Voir le premier chapitre de cette thèse : « Vertu et nationalisme aux origines ».

<sup>8</sup> L'expression est de Bernard Henri Levy dans *L'Empire et les cinq rois*, Bernard Grasset, 2019, p. 33. Voir aussi par exemple, Immerwahr, Daniel, *How to build an Empire*, *op. cit.*

définies au début de cette thèse<sup>9</sup>. Selon l'expression d'André Malraux, ils sont « le premier pays à être devenu le plus puissant du monde sans l'avoir cherché. »<sup>10</sup>. Il leur faut donc en permanence justifier la légitimité de leur système.

## **2. Le système mis en place par l'OCDE encadre l'hégémonie et permet la coopération active.**

794. Dans le contexte actuel de relations globales, la *convention de l'OCDE contre la corruption* sert de garant de la légitimité du système en place. Or celle-ci, et les protocoles et lignes directrices qui l'accompagnent, ne sont pas immuables. Études détaillées et recommandations sont régulièrement élaborées et diffusées par le groupe de travail sur la corruption. Les experts américains y exercent une influence mais celle-ci n'est pas exclusive. Historiquement les présidents du groupe ont été suisse, puis slovène. La présidente désignée qui entrera en fonction en 2023 est néerlandaise<sup>11</sup>. Mieux, les rapports d'évaluation mutuelle constituent un moyen d'appréciation aussi objectif que possible et permettent à chaque pays participant d'élaborer sa propre feuille de route qui donnera lieu, après quelques années, à une nouvelle évaluation.

Ainsi, au moins tacitement, les Américains acceptent un droit de regard de la communauté internationale sur leurs actions en termes de lutte contre la corruption transnationale. Dans certaines phases, lorsque les États-Unis sont ouverts aux influences extérieures, comme c'est le cas depuis l'annonce de la *non piling-on policy* en 2018<sup>12</sup> puis avec l'administration Biden, ils prônent même une coopération mutuellement bénéfique. Ainsi le 31 janvier 2020, le communiqué de presse du DOJ<sup>13</sup> à la suite des résolutions coordonnées de l'affaire Airbus reconnaît les « intérêts primordiaux (*compelling equities*) » d'autres États, et se félicite de la coopération tripartite<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Voir première partie, titre premier « Les principes fondateurs ».

<sup>10</sup> D'après Levy, Bernard-Henri, *L'Empire et les cinq rois*, op. cit., p. 32.

<sup>11</sup> Mark Pieth de 1990 à 2013 ; Drago Kos de 2014 à 2022 et Danielle Goudrian à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2023. Voir <https://www.oecd.org/newsroom/statement-of-oecd-working-group-on-bribery-electing-new-chair.htm>.

<sup>12</sup> Voir ci-dessus « la politique de non-cumul des poursuites ».

<sup>13</sup> DOJ, communiqué de presse du 31 janvier 2020, « *Airbus Agrees to Pay over \$3.9 Billion in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery and ITAR Case* ». Voir <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case>.

<sup>14</sup> Ainsi le communiqué déclare : « *the U.S. resolution recognizes the strength of France's and the United Kingdom's interests over the Company's corruption-related conduct, as well as the compelling equities of France and the United Kingdom to vindicate their respective interests as those countries deem appropriate, and the department has taken into account these countries' determination of the appropriate resolution into all aspects of the U.S. resolution.* »

### **3. Jus commune : à fléau transnational, paradigme transnational.**

795. Il pourrait ainsi se construire ce que Mireille Delmas-Marty appelait un nouveau *jus commune*<sup>15</sup> servant, au moins parmi les pays qui adhèrent effectivement aux normes de l'OCDE, de fondement à une lutte plus efficace contre la corruption. Le but de cette approche n'est donc pas de créer un système universel uniforme mais plutôt de déterminer des seuils de compatibilité qui permettent de « concilier les inconciliables »<sup>16</sup>, par exemple les procédures de *discovery* et d'instruction. L'objectif est donc d'établir un « pluralisme ordonné, c'est-à-dire un pluralisme qui rapproche les différences sans les supprimer, harmonise la diversité sans la détruire et pluralise l'universel sans le remplacer par le relatif : pour qu'il y ait du commun, il faut qu'il reste des différences mais qu'elles soient compatibles. »<sup>17</sup>.

Pour prendre un exemple cité par M<sup>me</sup> Delmas-Marty, la diversité culturelle est un principe reconnu dans divers textes solennels de portée transnationale, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 à celle de l'UNESCO sur la diversité culturelle adoptée en 2001. Plusieurs conceptions de la démocratie et même de l'état de droit peuvent coexister. Il est commun en droit constitutionnel de distinguer les régimes parlementaires (Royaume-Uni, Italie) de ceux présidentiels (États-Unis, France). Laurent Cohen-Tanugi dans *Le Droit sans l'État*<sup>18</sup>, différencie le légalisme, propre au droit anglo-saxon et omniprésent dans le système américain, de l'étatisme, issu des traditions colbertiste et jacobine, qui caractérise le système français mais il montre que la coopération est possible et mutuellement bénéfique. Selon M<sup>me</sup> Delmas-Marty « le droit international ne donne pas un mode d'emploi mais le juriste trouve néanmoins des applications pratiques et lignes directrices dans la jurisprudence de la CEDH qui reconnaît aux États en certains domaines, comme la vie privée ou la liberté d'expression, une “marge nationale d'appréciation” »<sup>19</sup>. Les juges peuvent alors déterminer des « critères d'évaluation d'un seuil de compatibilité »<sup>20</sup> et leur jurisprudence peut évoluer selon les transformations sociétales. Il se crée ainsi un droit en devenir mais largement reconnu et appliqué.

---

<sup>15</sup> Voir Delmas-Marty, Mireille, *Une boussole des possibles, Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, série « Leçons de clôture, numéro 18, éditions du Collège de France, 2020.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>18</sup> Cohen-Tanugi, Laurent, *Le Droit sans l'État, Sur la démocratie en France et en Amérique* ». Préface de Stanley Hoffmann. Postface inédite de l'auteur, collection Quadrige, PUF, 2016.

<sup>19</sup> Delmas-Marty, Mireille, *ibid.*, p. 20.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 21.

796. Plus spécifiquement, en ce qui concerne la lutte contre la corruption transnationale, les textes de référence, que nous avons analysés<sup>21</sup>, sont la convention de l'OCDE de 1977, *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* et ses documents connexes : les commentaires adoptés par la conférence de négociation du 21 novembre 1977 ; la recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption adoptée le 26 novembre 2009 ; les guides de bonnes pratiques qui y sont attachés ; la recommandation du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption adoptée le 25 mai 2009 ; la recommandation du Conseil sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public adoptée le 13 mars 2019 ; la recommandation du Conseil à l'intention des acteurs de la coopération pour le développement sur la gestion du risque de corruption du 16 novembre 2016 ; les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, ainsi que la recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales transnationales telle qu'amendée le 25 novembre 2021<sup>22</sup>. Ce dernier amendement, accompagné de guides de bonnes pratiques, préconise en particulier l'interdiction des sollicitations ; des mesures de sanctions et confiscation et la résolution des contentieux par des accords hors procès (du type résolution coordonnée entre juridictions avec DPA et/ou CJIP) ; un renforcement de l'entraide judiciaire internationale notamment dans les cas d'affaires multijuridictionnelles ; l'élimination et la répression de la déductibilité fiscale de dépenses liées à des actes de corruption ; la protection des lanceurs d'alerte ainsi qu'un renforcement des règles et contrôles comptables, de la déontologie et de la conformité. Même si toutes ces dispositions n'ont pas encore été entièrement transposées dans les droits nationaux des États, elles constituent néanmoins un fondement de droit souple détaillé et pratique dont peuvent déjà s'inspirer non seulement les législateurs, enquêteurs, régulateurs, procureurs et juges mais aussi tous les agents qui jouent un rôle actif dans la mise en œuvre de mesures de compliance et de lutte contre la corruption.

797. Ainsi une régulation transnationale de lutte contre la corruption est déjà au moins partiellement en place ; elle est même obligatoire pour les signataires de la convention de l'OCDE.

---

<sup>21</sup> Voir sur le site de l'OCDE l'ensemble de ces documents dans le texte officiel en français : <https://www.oecd.org/fr/daf/anticorruption/conventionsurlaluttecontrelacorruptiondagentspublicsetrangersdanslesttransactionscommercialesinternationales.htm>.

<sup>22</sup> Voir la page Instruments juridiques de l'OCDE, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0378>.

Cette réglementation, sans doute inspirée au départ par le système américain, est dorénavant élaborée au niveau transnational. Suivre ses prescriptions n'est pas un abandon de souveraineté mais au contraire une manifestation d'adhésion à des principes universels de solidarité internationale, *d'international comity*, diraient les juristes américains. Face au fléau transnational qu'est la corruption, il faut une réponse également transnationale.

798. Mais la mise en œuvre de ce système qui se substitue, au moins partiellement, aux droits nationaux traditionnels, doit surmonter des habitudes et des obstacles. Aux États-Unis, enquêteurs et procureurs peuvent trouver plus simple et efficace de mener leurs investigations dans le cadre de la procédure de *discovery*, en « oubliant » parfois de recourir au mécanisme de la *convention de La Haye pour la recherche internationale d'éléments de preuve*. Plus grave sans doute, le DOJ, s'appuyant sur la doctrine et la pratique de la déférence judiciaire à son égard, semble parfois, comme dans l'affaire *Hoskins*, s'attacher à une interprétation extraterritoriale du rôle que lui confère ce qui reste la principale loi américaine de lutte contre la corruption, le *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977. Pourtant la jurisprudence, au moins depuis l'arrêt *Morrison* de 2010 de la Cour suprême, adopte une position plus respectueuse des prérogatives et intérêts des juridictions non américaines.

799. Particulièrement préoccupante est l'atténuation du rôle du juge par rapport à ceux de l'enquêteur et du procureur. Comme nous l'avons souligné, la plupart des contentieux, que ce soit avec des sociétés, banques ou personnes physiques, sont résolus hors procès ; même si un accord du type DPA prévoit une homologation par un juge, celle-ci ne porte en pratique que sur la forme de l'accord négocié et non sur ses termes. Le juge, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence aux États-Unis, n'est pas appelé à se prononcer sur l'équité ou l'intérêt pour le bien commun du compromis négocié directement, habituellement entre les avocats du DOJ (ou de la SEC ou autre agence compétente) et ceux du prévenu. Avocats et procureurs sont d'ailleurs souvent d'anciens collègues. Comme le disait Jed S. Rakoff, le juge de première instance est parfois amené à entériner une décision qui peut lui paraître inéquitable quant au fond mais ne peut alors qu'avaler des « raisins amers »<sup>23</sup>. Ce danger a été pointé du doigt par bien des universitaires,

---

<sup>23</sup> Dans sa décision du 5 août 2014, *U.S. Securities and Exchange Commission vs. Citigroup Global Markets Inc.*, No. 1:2011cv07387 - Document 59 (S.D.N.Y. 2014), le juge Rakoff déclare notamment : « [...] *this Court fears that, as a result of the Court of Appeal's decision, the settlements reached by governmental regulatory bodies and enforced by the judiciary's contempt powers will in practice be subject to no meaningful oversight whatsoever. But it would be a dereliction of duty for this Court to seek to evade the dictates of the Court of Appeals. That Court*

magistrats et avocats<sup>24</sup>. Il est réel dans le système américain mais semble plus lointain dans le système judiciaire français où le développement de la justice négociée est davantage encadré.

800. Dès lors qu'un paradigme mondial de lutte contre la corruption se développe internationalement, notamment grâce à l'OCDE, pour la France une opposition frontale à des décisions judiciaires américaines est stérile. Comme on l'a constaté en 2013 et 2014 dans les affaires *Alstom* et *BNP Paribas*, les attermolements ou refus de coopérer ne peuvent que conduire à l'échec et à une perte de crédibilité pour les autorités françaises. À l'inverse, des résolutions négociées comme dans les cas *Société Générale* (2018) et *Airbus* (2020), permettent des solutions pratiques mutuellement acceptables.

801. On a vu que les tribunaux internationaux ne sont pas une solution pratique ou efficace pour lutter contre la corruption transnationale. L'approche la plus constructive consiste donc, dans une première étape, à participer activement à l'élaboration d'un paradigme transnational, développé notamment sous l'égide de l'OCDE. La France est membre fondateur de cette organisation dont le siège se trouve à Paris et ses experts y sont écoutés ; certains, comme c'est le cas de Pascal Saint-Amans, directeur du Centre de politique et d'administration fiscale<sup>25</sup>, ont déjà un rôle moteur, notamment dans la conduite de la réforme de l'imposition des sociétés multinationales<sup>26</sup>. Dans une deuxième étape, la phase de discussion étant clôturée, il convient de transposer en droit interne, fidèlement et sans retard, les directives et recommandations adoptées. Puis, dans une troisième étape, il est prudent de s'assurer que les autorités nationales disposent bien des moyens nécessaires et de veiller à l'application effective des réformes. Depuis la mise en place des changements préconisés par la loi *Sapin 2* à partir de 2017, les réalisations françaises sont impressionnantes, comme l'indique le rapport d'évaluation de décembre 2021 de l'OCDE.<sup>27</sup>

---

*has now fixed the menu, leaving this Court with nothing but sour grapes*” (Ce tribunal [que je préside] craint qu’à la suite de la décision de la cour d’appel, les accords négociés par des organes gouvernementaux de régulation et mis en œuvre en ignorant le rôle du judiciaire ne seront en pratique soumis à aucun contrôle significatif. Mais ce serait un manquement au devoir de notre Cour que de se soustraire aux commandement de la cour d’appel qui a décidé du menu. Il ne reste donc à notre Cour que de nous contenter de raisins amers.)

Voir <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2011cv07387/386277/59/>

<sup>24</sup> Nous avons déjà fait référence aux études et déclarations des universitaires Anthony et Rachel Barkow (*Prosecutors in the Boardroom*), Brandon L. Garrett (*Too Big to Jail*), John Coffee et Frederick T. Davis (professeurs de droit à l’université de Columbia) et des juges Richard J. Leon et Jed S Rakoff.

<sup>25</sup> Voir le site de l'OCDE « Pascal Saint-Amans nommé directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE », <https://www.oecd.org/fr/ctp/pascal-saint-amans.htm>.

<sup>26</sup> Voir le dernier chapitre de la thèse, « Les chantiers en cours : la question de l'évasion fiscale ».

<sup>27</sup> Voir ci dessus.

Cependant, ce même rapport exprime des craintes sérieuses quant aux moyens, budgétaires, matériels et humains, dont disposent les administrations compétentes. Enfin, une vigilance constante des magistrats et de la société civile, dont les ONG, est nécessaire pour s'assurer que la volonté politique des conducteurs de réformes ne mollit pas et reste en harmonie avec les transformations sociétales. Comme le rappelle Thierry Bonneau : « Finalement rien n'est technique, tout est politique. Cela est vrai pour la régulation financière comme pour toute régulation. La régulation financière peut donc être modulée en fonction des objectifs poursuivis, et ne doit toutefois pas être conçue et appliquée de façon déconnectée de la société. Certaines valeurs, telles que la liberté ou la démocratie, sont à l'évidence supérieures à celles prônées, y compris la stabilité et la stabilité financière, par la régulation financière. D'autant que le risque zéro n'existe pas : on n'évitera jamais les comportements frauduleux ou avides. Même si l'édifice est construit avec de solides matériaux, il n'est pas garanti que l'édifice résistera à un événement imprévu, ce qui n'est finalement pas étonnant puisque la société, y compris les marchés financiers, est comme les êtres humains en constante évolution. Comme diraient les Anglais, *nothing is won forever*, rien n'est jamais acquis. »<sup>28</sup>.

Peut-on, dans cette évaluation en demi-teinte, entrevoir quelques améliorations possibles ?

---

<sup>28</sup> Bonneau, Thierry, « Qu'est-ce que la régulation financière et quels sont ses objectifs ? », Entretiens de l'AEFR, juin 2022 : <https://www.eifr.eu/event/file/download/782/les-entretiens-de-lae-fr-2-juin-pdf>.

## B. UN OBJECTIF CLAIR, DES PRINCIPES PARTAGÉS ET DES MESURES PRATIQUES POUR CONFORTER LA MONDIALITÉ<sup>29</sup> DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

802. Au terme de notre étude nous pouvons noter, d'après les documents publiés par l'OCDE et autres sources, la formation d'un consensus transnational autour d'un objectif et de quelques principes. Cette dynamique permet d'entrevoir une évolution globalement positive et de présenter une série, non exhaustive ni exclusive, de mesures pratiques qui renforceraient cette tendance.

### **1. L'objectif est la dissuasion**

803. L'objectif de la lutte contre la corruption transnationale est la dissuasion, c'est-à-dire empêcher ou du moins réduire la possibilité d'infractions futures. C'est donc une approche pragmatique qu'il faut encourager. Elle comporte clairement une dimension éthique. Elle peut aussi englober d'autres préoccupations comme la compensation des victimes et la punition « juste » des coupables, dans la mesure où leur culpabilité est établie. Cet objectif est aussi compatible avec l'élaboration progressive au niveau mondial d'une « justice négociée » qui donne aux mis en cause la possibilité de réduire les sanctions qui leur seraient imputables, à condition qu'ils cessent sans délai leurs méfaits (et idéalement s'autodénoncent auprès des autorités compétentes) et prennent les dispositions effectives nécessaires pour empêcher toute récidive. Cela présuppose aussi des possibilités d'accord entre les juridictions qui restent, pour l'essentiel, chargées de légiférer, réglementer, surveiller et, quand nécessaire, sanctionner les infractions. Pour

---

<sup>29</sup> Selon Mireille Delmas-Marty, la mondialité est une forme apaisée, ordonnée de la mondialisation. « La mondialité n'est pas un concept, plutôt un état d'esprit, nouveau récit ou nouveau mythe, qui pourrait aider à recomposer un monde que les "forces imaginantes du droit" (évoquées par Patrick Chamoiseau in *Frères migrants*, Seuil 2017) contribueraient à apaiser. Mais pour imaginer des processus de mondialisation moins guerriers, l'approche géopolitique (puissance dispersée/puissance concentrée et compétition/ coopération) ne dispense pas d'une approche juridique qui d'abord donne à voir, en les rendant "manifestes", les contradictions nées de la mondialisation (I), puis propose "un manifeste", au sens de programme pour intégrer ces contradictions à la mondialité (II)... Un programme pour une mondialité apaisée (et apaisante) peut se résumer en trois propositions : préserver les différences ; reconnaître les interdépendances ; promouvoir des solidarités planétaire. » Delmas-Marty, Mireille, « Manifeste pour une mondialité apaisée », publié le 31 décembre 2017, <https://recit38.wordpress.com/2017/12/31/manifeste-pour-une-mondialite-apaisee/>.



que ces accords puissent être établis équitablement, l'adhésion à certains principes communs est indispensable.

## **2. Des principes communs**

804.Reconnaissant que chaque juridiction conserve son système judiciaire et qu'il est illusoire de vouloir substituer certaines procédures à d'autres, par exemple la *discovery* et l'instruction, il est néanmoins possible de limiter les points de friction en développant les conventions internationales. Par exemple, il serait utile de rendre obligatoire l'utilisation du mécanisme de la *convention de La Haye pour la recherche transnationale de preuves*. La publication de lignes directrices (*guidelines*) par de nombreux régulateurs et organismes supranationaux ainsi que la multiplication des conventions internationales d'entraide judiciaire,<sup>30</sup> et la satisfaction exprimée par les magistrats de différentes juridictions quant à leur utilisation, sont des signes encourageants.

805.De plus, l'ONU et ses organes affiliés, l'OCDE, le GAFI, le Conseil de l'Europe, l'UE et de nombreuses législations nationales criminalisent la corruption et reconnaissent certains principes de base. Ce sont d'abord, dans une large mesure, ceux prônés par Cesare Beccaria dès 1764<sup>31</sup> :

- légalité : on ne peut poursuivre que les infractions déterminées par la loi et les sentences sont-elles mêmes calculées en fonction de la loi et de la jurisprudence ;
- responsabilité pénale des entités (personnes morales) et des individus (personnes physiques) qui ne sont pas mutuellement exclusives. En fait certains recommandent que la mise en accusation de personnes morales s'accompagne pratiquement automatiquement de celle des dirigeants ;
- équité et codification de la procédure, le *due process* en droit américain, qui garantit les droits de la défense et évite les délais non nécessaires ;
- inévitabilité, ou prévisibilité de la peine : toute infraction appelle une sanction, même si celle-ci peut ensuite être négociée avec les autorités de poursuite qui pourront tenir compte de facteurs tels que l'auto-dénonciation, la coopération avec l'enquête et la mise en place spontanée de mesures de remédiation ;

---

<sup>30</sup> MLAT pour *Mutual Legal Assistance Treaty*, dans la terminologie américaine.

<sup>31</sup> Voir l'introduction de cette thèse.

- proportionnalité : les peines sont proportionnelles à la gravité et à la durée de l'infraction ;

- publicité et transparence de la sentence, pour que son effet dissuasif soit assuré ; la conduite de l'enquête toutefois peut rester confidentielle afin que le processus soit efficace.

806. D'autres principes sont venus s'y ajouter :

- respect des valeurs considérées comme universelles : la vie, la liberté et la poursuite du bonheur (*life, liberty and the pursuit of happiness*) selon la Déclaration d'indépendance américaine de 1776, ou les droits « naturels et imprescriptibles » selon la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 : liberté, propriété, sûreté, résistance à l'oppression, et égalité des citoyens devant la loi et la justice ;

- respect des autres juridictions et coopération internationale, *l'international comity* du droit américain, qui reconnaît a priori la compétence d'autres juridictions et sert de socle à l'entraide judiciaire ;

- égalité entre les sexes et non-discrimination contre des personnes ou groupes de personnes ;

- protection de l'environnement, des animaux, des ressources naturelles et de la planète.

807. On pourrait inclure également des principes qui sont apparus à la suite de transformations sociétales ou technologiques, comme le principe du respect de la vie privée ou la protection des données personnelles, bien que ceux-ci soient interprétés de façon différente des deux côtés de l'Atlantique.

Le principe d'équité fiscale internationale, particulièrement pertinent pour notre sujet, est un des plus récents à avoir été reconnu globalement au début des années 2000<sup>32</sup>. Il a pour objectif de faire de la fiscalité un instrument de développement économique. Il va directement à l'encontre du « vieux » principe de souveraineté nationale puisqu'il s'érige contre l'évasion fiscale, recommande la transparence transfrontalière et implique que les juridictions du monde ont l'obligation de communiquer à leurs pairs des renseignements de nature fiscale permettant une répartition plus juste des charges et produits la fiscalité internationale.

---

<sup>32</sup> Voir en particulier le site de l'OCDE « À propos de fiscalité et délinquance », <https://www.oecd.org/fr/ctp/delits/a-propos-de-fiscalite-et-delinquance.htm>.

808. L'ensemble de ces principes sert ainsi de socle à l'établissement d'un système d'atténuation des souverainetés : chaque État conserve sa souveraineté mais limite volontairement celle-ci et permet ainsi de renforcer au niveau global une solidarité mutuelle.

Mais, s'il est relativement facile pour les États et autres juridictions de proclamer leur attachement à des principes ou valeurs phares, comme la lutte contre la corruption, et de signer conventions et accords, la mise en œuvre effective de cet apparent consensus est beaucoup plus délicate.

### **3. Quelques mesures pratiques à plusieurs niveaux : national, bilatéral, européen et mondial**

809. Tout en étant conscient de l'immensité des tâches à entreprendre et des difficultés additionnelles récentes créées par le développement de la cybercriminalité, la gestion de la pandémie et les conséquences de la guerre en Ukraine, certaines mesures, pour beaucoup déjà évoquées dans notre étude et en chantier, nous semblent devoir être encouragées pour renforcer la lutte contre le fléau universel qu'est la corruption transnationale. Une coopération internationale plus intense pourrait ainsi se développer à plusieurs niveaux : national, bilatéral, européen et mondial.

Au niveau national, du côté américain, on peut espérer que la jurisprudence confirme la présomption de non-extraterritorialité du FCPA lancée par l'arrêt *Morrison* de 2010 et confirmée par les affaires *Sidorenko*, *Nabisco* et *Hoskins*. Les récents succès de la *non piling-on policy*, notamment la résolution coordonnée du cas *Airbus*, devraient encourager le DOJ à poursuivre la coopération avec ses homologues étrangers. Le DOJ reconnaît bien désormais les intérêts légitimes des autres juridictions dans la résolution de cas transnationaux<sup>33</sup> et les progrès réalisés en matière de compliance par nombre d'entités étrangères. Alors qu'en 2013 les autorités américaines sanctionnaient sévèrement Alstom en vue d'en faire un exemple, en 2022 le DOJ accorde une *declination* à Safran et décide donc de clore sans suite son enquête judiciaire pour suspicion de

---

<sup>33</sup> Voir par exemple le communiqué de presse du 31 Janvier 2020 du DOJ annonçant la résolution du cas Airbus : “*The US recognizes...the compelling equities of France and the United Kingdom to vindicate their respective interests as those countries deem appropriate and the [DOJ] has taken into account these countries' determination of the appropriate resolution into all aspects of the US resolution.*” <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case>.

corruption<sup>34</sup> en citant les mesures internes prises par la société comme un modèle de coopération<sup>35</sup>. D'énormes progrès ont été accomplis en moins d'une décennie dans la coopération judiciaire pénale franco-américaine. Même si les défis posés par la cybercriminalité souvent tolérée, sinon encouragées, par des « États voyous (*rogue jurisdictions*) » seront difficiles à surmonter, les travaux de coordination entre plusieurs juridictions du groupe d'étude sur la cybercriminalité et les consultations entre Alliés laissent augurer d'une collaboration plus institutionnelle et formalisée dans certains domaines techniques, y compris l'administration des sanctions à l'égard des entités russes<sup>36</sup>. Il faudra cependant en toute probabilité plusieurs années pour s'assurer des bénéfices de cette coopération.

En revanche, nous ne voyons pas à ce stade de signe de résistance au mouvement de *deference* qui atténuerait les privilèges dont bénéficie aux États-Unis le pouvoir exécutif face au judiciaire : il est donc probable que dans les contentieux transnationaux, magistrats, enquêteurs et régulateurs français, ou d'autres nationalités, auront comme principaux interlocuteurs non des juges mais des agents de la SEC, de la CFTC, du Fed ou d'autres agences fédérales (et plus rarement de quelques grands États fédérés).

810. Du côté français, le rapprochement des procédures et du droit est déjà en cours. La réforme du statut d'avocat (notamment dans le cas des enquêtes internes), le recours grandissant aux CJIP et à la « justice négociée », la protection accrue des lanceurs d'alerte démontrent une certaine américanisation, à notre avis justifiée et contrôlée, du droit français, tout en sauvegardant le rôle du juge. Nous comprenons que des mesures plus radicales sont à l'étude concernant l'évolution des procédures françaises, comme la possibilité d'étendre la CJIP aux individus ou du moins à lier avant homologation une CJIP et une CRPC.

Une autre réforme, à l'instar de ce qui s'est déjà produit en Allemagne, en Italie, aux Pays-Bas ou au Portugal, serait la suppression du juge d'instruction (personnage dont les juristes américains peinent à comprendre la fonction) qui serait accompagnée d'une réorganisation du parquet. Ces changements devraient contribuer à faciliter davantage la coopération judiciaire

---

<sup>34</sup> Ces soupçons provenaient d'activités commises par deux sociétés récemment acquises par la société française qui s'était auto-dénoncée et avait mis en place un système de compliance répondant aux normes américaines.

<sup>35</sup> Voir la « *letter of declination* » expliquant les motifs de la décision publiée par le DOJ le 21 décembre 2022 : <https://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/5000/004484.pdf>

<sup>36</sup> Et peut-être chinoises dans une phase ultérieure.

franco-américaine. Cependant, cette dernière risque d'être mise en danger si trois tendances récentes ne sont pas corrigées :

- Le manque persistant de moyens budgétaires et humains, noté à maintes reprises dans cette étude et souligné dans le rapport d'évaluation de l'OCDE de 2021<sup>37</sup>. En particulier les effectifs actuels de l'AFA, du PNF et des services comme l'OLCLIFF qui travaillent avec celui-ci, sont insuffisants en relation aux missions qui leur incombent<sup>38</sup> ce qui risque d'entraîner des retards de traitement qui, à leur tour, conduisent à une perte de crédibilité, tant auprès des justiciables que des magistrats étrangers.

- La relative imperméabilité du secteur public aux réformes fondamentales engagées en application de la loi *Sapin 2*, comme l'expose le rapport parlementaire Gauthier Marleix du 7 juillet 2021 : « Les acteurs privés se sont bien approprié les obligations issues de la loi *Sapin 2* mais la diffusion du dispositif reste très limitée dans le secteur public »<sup>39</sup>. Le concept de responsabilité managériale (sans même parler de RSE) et les obligations de compliance semblent demeurer étrangers aux cadres dirigeants d'une partie du secteur public et de certaines activités considérées comme stratégiques, en particulier les industries liées à la défense ou à l'énergie. Tant que subsisteront des « chasses gardées » ou des « acteurs privilégiés », il ne sera pas possible de développer pleinement en France une culture de probité, indispensable pour lutter efficacement contre la corruption.

- La continuelle politisation des questions liées à la lutte contre la corruption qui s'accompagne de la diffusion de demi-vérités qui trompent l'opinion publique et sont un frein aux réformes. Ériger en martyrs, défenseurs de la souveraineté nationale ou « héros de la guerre économique », des personnages qui ont été régulièrement condamnés pour fraude avérée par les tribunaux américains ne sert pas les intérêts du pays et donne une piètre image de ce que les Français attendent de la justice.

---

<sup>37</sup> Voir *supra*.

<sup>38</sup> Cette situation est d'autant plus préoccupante que, comme nous l'avons indiqué à propos de l'AFA, du PNF et de l'OLCLIFF, le législateur avait prévu des niveaux d'effectif qui n'ont pas été respectés lors du vote des lois de finance.

<sup>39</sup> Rapport de la mission d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 » ; p. 2 : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/l15b4325\\_rapport-information#](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/l15b4325_rapport-information#).

811. Sur le plan bilatéral franco-américain, tout en se félicitant de l'évolution récente depuis 2018, la coopération pourrait être consolidée par de nouvelles initiatives :

- Élargir l'entraide judiciaire, et multiplier les enquêtes communes et les résolutions parallèles suivant les exemples de Société Générale et Airbus, en mettant en avant les considérations, non de souveraineté (concept flou devenant obsolète), mais la légitimité, la réciprocité et l'efficacité des actions coordonnées.

- Promouvoir des groupes de travail mixtes dans le but d'harmoniser davantage les procédures de deux côtés de l'Atlantique, comme la *discovery* et l'instruction mais aussi le traitement des preuves ou une réflexion sur le rôle du juge. Ces groupes de travail pourraient inclure non seulement des magistrats et fonctionnaires en place mais aussi des praticiens du droit et des universitaires. La constitution de ces partenariats, assez fréquents aux États-Unis, permettrait des discussions ouvertes et pourrait apporter les moyens de financement de ces initiatives. Des forums pourraient ainsi se tenir alternativement aux États-Unis et en France/Europe.

812. Avec le rôle grandissant de l'Union Européenne, ses tribunaux, sa jurisprudence et de nouveaux organismes comme le parquet européen (EPPO) et la future agence anti-blanchiment (AMLA), l'Europe peut servir de modèle aux États-Unis dans certains domaines (protections des données personnelles, RSE) mais devient surtout un partenaire indispensable.

Les tâches prioritaires dans ce domaine nous semblent être une harmonisation de la définition des infractions et des sanctions afin d'éviter les risques du *forum shopping*<sup>40</sup> sujet qui a déjà fait l'objet de réflexions au sein de l'OCDE. Cette harmonisation devrait aussi s'étendre à l'interprétation de certains droits fondamentaux, comme la présomption d'innocence et le contrôle des pouvoirs d'arrestation. Elle devrait aussi préciser des conditions compatibles d'application des principes de *double jeopardy* et *ne bis in idem*.

813. Deux autres chantiers liés, délicats mais cruciaux, à traiter prioritairement au niveau européen, concernent la fiscalité internationale.

Le premier est le remplacement du système FATCA<sup>41</sup> par un mécanisme qui, d'une part, allège les obligations administratives des pays où des Américains possèdent des comptes financiers

---

<sup>40</sup> Détermination du tribunal compétent par le prévenu (et non les autorités compétentes). Voir glossaire.

<sup>41</sup> Voir ci dessus, « L'impôt global et la loi FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) ».

et, d'autre part, permette aux pays signataires d'accords avec les États-Unis de recevoir effectivement des informations exploitables qui leur permettraient d'imposer leurs ressortissants. La solution de cette situation impliquerait un changement de la réglementation fiscale américaine concernant les « Américains accidentels » (personnes physiques que l'IRS considère comme américaines mais qui n'ont pas de lien effectif avec les États-Unis).

Le second est la coordination de la mise en place du projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices<sup>42</sup> qui doit se mettre en place par étapes à partir de 2023. Le projet OCDE/G20 comporte un volet sur les échanges automatiques d'informations fiscales et un autre sur la taxation des multinationales qui touchera plus particulièrement les GAFAM, sociétés américaines. Son entrée en vigueur, si elle s'effectue comme prévu, rendrait caduque le système FATCA. Ce sont là des dossiers très techniques et sensibles avec des enjeux considérables : une position commune européenne (si possible avec l'appui du Royaume-Uni) serait un atout majeur en cas de futures négociations.

814. Au plan mondial, la mise en place effective de mécanismes de lutte contre la corruption est rendue difficile par la multiplicité et la diversité des entités et juridictions concernées. Les développements géopolitiques récents (pandémie, guerre en Ukraine, crise alimentaire) aggravent les risques de rivalités (sinon confrontations) entre pays et l'apparition d'États voyous ou profiteurs (*free riders*). S'il reste possible de faire signer des déclarations de principe, la mise en place de contrôles effectifs et de systèmes d'enforcement semble une gageure. Depuis longtemps les Nations Unies et autres organismes supranationaux semblent se préoccuper davantage du nombre de signataires d'un accord global, comme celui de Merida sur la corruption, que veiller à son application effective. Néanmoins certains efforts, comme ceux de l'OCDE et du G20, ont une portée globale et des initiatives constructives semblent être possibles au niveau technique ou régional.

---

<sup>42</sup> Aussi appelé projet BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Le projet prévoit l'échange automatique de renseignements fiscaux et un taux d'imposition sur les bénéfices minimum de 15 %. Au 4 novembre 2021, 137 juridictions avaient signé la Déclaration cadre du projet. Voir

<https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/declaration-sur-une-solution-reposant-sur-deux-piliers-pour-resoudre-les-defis-fiscaux-souleves-par-la-numerisation-de-l-economie-octobre-2021.pdf>.

Voir aussi dans le dernier chapitre de cette thèse « La question de l'évasion fiscale : réforme globale de l'impôt et besoin de transparence ».

815. Clairement la lutte contre certains types de crimes comme la cybercriminalité ne peut être efficace que si elle est internationalement coordonnée. Les États-Unis sont à l'origine de nombreuses initiatives dans ce domaine comme la conférence internationale sur la cybersécurité (ICSS : *International Conference on Cyber Security*) qui s'est tenue à New York en juillet 2022<sup>43</sup>. On peut aussi saluer dans ce domaine le dispositif mis en place sous l'égide du Conseil de l'Europe par la *convention de Budapest sur la cybercriminalité* ouverte à signature depuis 2001. La convention peut être ratifiée par toute juridiction, qu'elle soit ou non membre du Conseil de l'Europe. Un groupe de travail élargi, le GFCE (*Global Forum on Cyber Expertise*), a été établi en 2015 et chapeaute des groupes de travail spécialisés dont les rapports proposent des modèles et des lignes directrices permettant de créer au niveau national une législation et une réglementation complètes sur l'organisation et la supervision des cyberactivités. Cette approche a l'avantage d'inclure de nombreuses parties intéressées, y compris des sociétés privées, des laboratoires de recherche et des universitaires, dans l'élaboration de la régulation. De plus les États qui suivent les modèles proposés sont assurés que leur législation, dans un domaine très technique, sera compatible avec celles de la majorité des pays du monde<sup>44</sup> et intégrera les dernières innovations techniques.

816. Un autre exemple de coopération technique pourrait être la coordination accrue dans l'administration des sanctions économiques dont, comme nous l'avons vu<sup>45</sup>, le poids repose principalement sur les banques. Plutôt que d'avoir des listes de sanctions publiées séparément par les Nations unies, les États-Unis, l'Union européenne et certains États (Royaume-Uni, France par exemple) ne pourrait-on envisager la diffusion de « listes groupées » lorsque les cibles sont les mêmes ?

\*\*\*

---

<sup>43</sup> Le DOJ a publié le discours prononcé à cette occasion par la ministre adjointe de la Justice : *Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Delivers Keynote Address at International Conference on Cyber Security (ICCS) 2022*, <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-delivers-keynote-address-international-conference>.

<sup>44</sup> D'après le site de l'entité, le GFCE compte 98 membres (pays, organisations supranationales, ONG) et 61 partenaires (entités à statut privé). Voir : <https://thegfce.org/member-overview/>.

<sup>45</sup> Voir ci-dessus.



## Vers un monde avec moins de corruption

817. Le combat contre la corruption transnationale est bien engagé mais loin d'être gagné. La France et les États-Unis, armés de leurs génies propres, y jouent un rôle de premier plan. L'Europe, par son poids économique, ses institutions récentes et par le développement de son droit et de sa jurisprudence est également appelée à assumer des responsabilités grandissantes. Mais l'ampleur des réformes nécessaires, on l'a vu, est immense. Le système de lutte contre la corruption qui s'est considérablement développé au cours des deux dernières décennies reste fragile. Les États-Unis ont joué un rôle majeur dans cette évolution mais le principal organisme qui pilote aujourd'hui l'effort pour consolider un paradigme mondial de la lutte contre la corruption transnationale est devenu l'OCDE. C'est donc un effort transnational qu'il faut mettre en œuvre.

Le droit comparé est un moyen de poursuivre cette tâche. Il peut être remarquablement efficace car il permet d'analyser les forces et les faiblesses de différents systèmes et de montrer dans quelles conditions il est possible de développer des synergies entre eux. Comme l'expliquait Jean-Marc Sauvé : « La comparaison des droits tend à offrir une analyse des dispositifs juridiques à l'œuvre dans des territoires différents ainsi que des modalités de leur application. La territorialité du droit renvoie, quant à elle, à l'espace d'application du droit et à des problématiques de souveraineté étatique. L'une comme l'autre ont toutefois en commun de ne pas chercher à unifier à tout prix les analyses, les concepts et les solutions. L'étude des systèmes juridiques étrangers ne suppose pas plus leur unification que l'extraterritorialité du droit n'implique la fusion des ordres juridiques sous un seul pavillon. Si l'une et l'autre de ces thématiques existent et sont étudiées de longue date, elles reviennent en force aujourd'hui avec l'internationalisation des échanges et l'interdépendance croissante des États. Par-delà les frontières étatiques, les problématiques globales se multiplient, sans que les États ne parviennent plus à les réguler seuls. Ils se trouvent en outre confrontés à un enchevêtrement normatif et à une multiplication des ordres juridiques qui mettent en cause et, a minima, brouillent leur place dans le système mondial. À ces nouveaux défis, le droit comparé et la réflexion sur l'ancrage territorial du droit offrent des perspectives de dépassement et de conciliation que nous ne pouvons ignorer. »<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Sauvé, Jean-Marc : « Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la Chimère ? » Discours prononcé le 20 mai 2015 au Conseil d'État pour la conférence inaugurale du cycle de conférences « Droit comparé et territorialité du droit », organisé par le Conseil d'État en association avec la Société de législation comparée

818. L'Amérique, la France et l'Europe ont chacune leur place dans le vaste chantier anti-corruption dont le devenir n'est pas assuré. Il suffit d'un petit nombre d'entités récalcitrantes qui, mues par des idéologies que nous considérons comme barbares, refusent de se soumettre aux conventions internationales ou profitent de désaccords sur des normes pratiques, comme les échanges d'informations fiscales ou la recherche de bénéficiaires effectifs, pour créer des « trous dans la cuirasse ». Ceux-ci peuvent sensiblement réduire l'efficacité de dispositifs laborieusement mis en place. Même si les États, seules entités à posséder un véritable pouvoir coercitif dans le système actuel de relations internationales, sont prêts à mettre leur puissance au service de la communauté internationale, il serait illusoire de leur demander de renoncer totalement à leurs propres intérêts. Il devrait toutefois être possible, comme pour l'hégémon dans l'Antiquité, de promouvoir un cadre librement consenti qui garantisse des principes fondamentaux communs et constitue un bouclier contre les tentatives de déstabilisation provenant d'États voyous. Nous aimerions certes contribuer à la création d'un monde *sans* corruption mais, prenant en compte la conjoncture actuelle, nous devrons sans doute, pour au moins plusieurs décennies, nous satisfaire d'un monde avec *moins* de corruption.

---

(SLC) et l'Institut français des sciences administratives (IFSA) : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/comprendre-et-reguler-le-droit-globalise-ou-comment-dompter-la-chimere>.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages en anglais

- Alderman, Ellen and Kennedy, Caroline: *In our Defense, The Bill of Rights in Action*, Harper Perennial, reprinted edition, 2002
- Arlen Jennifer: *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealings*, E. E Edgar, 2018
- Arlen, Jennifer: *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*. *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, 3-2017
- Arlen, Jennifer, and Kahan, Marcel: *Corporate Governance Regulations through Nonprosecution*, *University of Chicago Law Review*, number 323, 2017
- Arlen, Jennifer, and Kraakman, Reiner: *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, *NYU Law Review*, volume 72, number 4, October 1997
- Barkow, Anthony S. and Rachel E.: *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal law to Regulate Corporate Conduct*, NYU Press, 2011
- Bismuth, Regis, Dunin-Wasowicz, Jan and Nichols, Philip M.: *The Transnationalization of Anti-corruption Law*, Routledge, 2021
- Bharara, Preet: *Doing Justice, A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law*, Vintage Books, 2019
- Bradford, Anu: *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020
- Breyer, Stephen: *Making our Democracy Work: A Judge's View*, Vintage Books, 2010
- Breyer, Stephen: *The Court and the World, American Law and the New Global Realities*, Vintage Books, 2016
- Buell, Samuel B.: *Capital Offenses, Business crime and Punishment in America's Corporate Age*, W.W. Norton & Company, 2016
- Chesnoff, Richard Z.: *The Arrogance of the French, Why they Can't Stand Us and Why the Feeling is Mutual*, Sentinel, 2005
- Coffee, John, C : *Corporate Crime and Punishment, The Crisis of Underenforcement*, Berrett-Koheler Publishers, Inc., 2020
- Comey, James : *A Higher Loyalty : Truth, Lies and Leadership*, Flatiron Books, 2018
- Davis, Frederick T. : *Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements, a Comparative Study*, *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, 2-2022
- Davis, Frederick T. : *American Criminal Justice, An Introduction*, Cambridge University Press, 2019
- Davis, Kevin E. : *Between Impunity and Imperialism, The Regulation of Transnational Bribery*, Oxford Press, 2019
- Einbinder, Fred : *Corruption Abroad : From Conflict to Cooperation, a Comparision of French and American Law and Practice*, *Cardozo International & Comparative Law Review*, Volume 3, Issue 3, 2020

Eisinger, Jesse : *The Chickenshit Club, Why the Justice Department Fails to Prosecute Executives*, Simon & Schuster, 2017

Falletti, Francois : *Recent Developments in International Cooperation in Criminal Justice : A Brief Overview*, Revue Trimestrielle de Droit Financier, 2-2018

Friedman, Thomas L. : *Thank You for Being Late*, Picador Paper, 2017

Friedman, Thomas L : *The World is Flat, A Brief History of the Twenty-first Century*, Picador Paper, 2007

Gorsuch, Neil : *A Republic if You Can Keep It*, Crown Forum, 2019

Hunt, Michael H. : *The American Ascendancy : How the United States Gained and Wielded Global Dominance*, The University of North Carolina Press, 2007

Immerwahr, Daniel : *How to Hide an Empire, a History of the Greater United States*, Farrar, Straus and Giroux, 2019

Jouet, Mugambi : *Exceptional America, What Divides Americans from the World and Each Other*, University of California Press, 2017

Kamarck, Elaine Ciulla and Nye, Joseph S. : *Governance.com, Democracy in the Information Age*, Brookings Institution Press, 2002

Meacham, Jon : *The Soul of America, The Battle for our Better Angels*, Random House, 2019

Miller, John J. and Molesky, Mark : *Our Oldest Enemy. A History of America's Disastrous Relationship with France*, Doubleday, 2004

Nations, Scott : *A History of the United States in Five Crashes : Stock Market Meltdowns that Defined a Nation*, William Morrow, 2017

Noonan John T. : *Bribes*, Macmillan Publishing Company, 1984

OECD : *The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery : A Stocktaking Report*, 2016

— *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions, Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, 2019

— *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, Phase 4 Report, France<sup>1</sup>*, 2021

— *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – 8 October 2021 and related documents<sup>2</sup>*

Pereon, Yves-Marie: *Moralizing the Market: How Gaullist France Embraced the Model of Securities Regulation*, Johns Hopkins University Press, 2018

Perez, Michel: *The Rise and Globalization of Negotiated Settlements: How an American Procedure, the Deferred Prosecution Agreement (DPA) Became a Key Tool to Fight Transnational Corporate Crimes*, Rule of Law and Anti-Corruption Center (ROLACC) Journal, July 2020

Perez, Michel: *The Airbus Triple Resolution: A Landmark Case in Europe and America*, Compliance and Enforcement Blog, PCCE, New York University School of Law, 2020

Rakoff, Jed S. : *Why the Innocent Plead Guilty and the Guilty Go Free and Other Paradoxes of our Broken Legal System*, Farrar, Straus and Giroux, 2021

Reilly, Peter : *Sweetheart Deals, Deferred Prosecution, and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected on Many Fronts*, Arizona State Law Journal, Vol. 50 Iss. 4 (2018)

<sup>1</sup> L'OCDE publie les rapports sur la mise en place des mécanismes de lutte contre la corruption de tous les signataires et de toutes les phases du processus, disponibles sur le site de l'organisation <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>

<sup>2</sup> Documents disponibles sur le site de l'OCDE: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm>

Reilly, Peter : *Justice Deferred is Justice Denied, We Must End our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecution*, Brigham Young University Law Review, Vol. 2015 Iss. 2 (2014)

Sheehan, Raymond J. : *The Original Sins, America's Fight Against Corruption in the Era of Manifest Destiny*, Xulon Press, 2016

Teachout, Zephyr : *Corruption in America, from Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United*, Harvard University Press, 2014

United Nations :

- *Independent Inquiry Committee Into the Oil-for-Food Programme, Interim Report*<sup>3</sup>, 2005
- *United Nations Convention against Corruption and related documents published by the United Nations Office on Drugs and Crime.*

US Government Printing Office : *The 9/11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, 2004

Vile, John R : *Essential Supreme Court Decisions, Summaries of Leading Cases in US Constitutional Law, (17th Edition)*, Rowman and Littlefield, 2018

Zinn, Howard : *A People's History of the United States*, Harper Perennial Modern Classics, 2005

## **Ouvrages en français**

Badie, Bertrand : *L'Hégémonie contestée, les nouvelles formes de domination internationale*, Odile Jacob, 2019

Badinter, Robert : *Les Épines et les Roses*, le Livre de Poche, Librairie Générale Française, Paris 2012

Beccaria, Cesare : *Des délits et des peines (Dei delitti e delle pene)*, traduit de l'italien par Chevalier, Maurice avec une préface de Badinter, Robert, G F Flammarion, 2017<sup>4</sup>

Bismuth, Régis : *L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « Américains accidentels »*, Journal du droit international, 2017 (144.4, p. 1197 à 1261)

Bismuth, Régis : *Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain : Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas*, Annuaire français du droit international, 61, 2015

Blevin, Pierre-Alexis : *Les paradis fiscaux*, Que sais-je ? PUF, 2019

Bonneau, Thierry : *Manuel de régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2014 (2<sup>e</sup> édition)

Breen, Emmanuel : *FCPA, La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly éditions, Lextenso, 2017

Breyer, Stephen : *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*<sup>5</sup>, préface de Badinter, Robert, Odile Jacob, 2011

Breyer, Stephen : *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, préface de Canivet, Guy, Odile Jacob, 2015<sup>6</sup>

Carbasse, Jean-Marie : *Histoire du droit*, Que sais-je ? PUF, 2015 (3<sup>e</sup> édition)

<sup>3</sup> Rapport présenté par Paul A. Volcker, président, Richard J. Goldstone, membre et Mark Pieth, membre. Voir: [https://www.files.ethz.ch/isn/10495/doc\\_10525\\_290\\_en.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/10495/doc_10525_290_en.pdf).

<sup>4</sup> Le livre original a été publié en 1764 à Livourne, Italie

<sup>5</sup> Version française du livre paru aux États-Unis en 2010, *Making our Democracy Work, a Judge's View*.

<sup>6</sup> Version française du livre en anglais paru aux États-Unis en 2015, *The Court and the World*.

- Carbonnier, Jean : *Flexible droit : Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001 (10<sup>e</sup> édition)
- Carbonnier, Jean : *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1998
- Chavagneux, Christian et Philipponat, Thierry : *La capture ou l'on verra comment les intérêts financiers ont pris le pas sur l'intérêt général et comment mettre fin à cette situation*, La Découverte, 2014
- Cohen-Tanugi, Laurent : *Le Droit sans l'État, sur la démocratie en France et en Amérique*, Quadrige, réédition de 2007<sup>7</sup> (avec une préface du professeur Stanley Hoffmann)
- Cohen-Tanugi, Laurent : *What's wrong with France ?* Grasset, 2015
- Conseil d'État : *Le droit souple, étude annuelle 2013*, La Documentation française, 2013
- Delalande, Nicolas et Spire, Alexis : *Histoire sociale de l'impôt*, Repères, La Découverte, 2010
- Delmas-Marty, Mireille : *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016
- Delmas-Marty, Mireille : *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Collège de France éditions, 2020
- Fabre-Magnan, Muriel : *Introduction au droit*, Que sais-je ? PUF, 2016 (3<sup>e</sup> édition)
- Falletti, Francois : *Confidences d'un procureur général de Paris*, Michel Lafon, 2016
- Favarel-Garrigues, Gilles, avec Lascoume Pierre et Godefroy, Thierry : *Les Sentinelles de l'argent sale*, La Découverte, 2009
- Garapon, Antoine et Servan-Schreiber : *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013
- Gauvain, Raphael : *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport établi à la demande du Premier Ministre, Assemblée Nationale, 2019
- Gauvain, Raphael et Marleix, Olivier : *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 »*, Assemblée Nationale, 2021
- Garrigues, Jean : *Les scandales de la République, de Panama à l'affaire Elf*, Robert Laffont, 2004
- Goltzberg, Stefan : *Les Sources du droit*, Que sais-je ? PUF, 2016
- Guillot, Jean-Louis ; Bac, Annie ; Jouffin, Emmanuel ; Hotte, David : *Le Soupçon en questions. Pour une lutte efficace contre le blanchiment*, Revue Banque Edition, 2008
- Jestaz, Philippe : *Le Droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2016 (9<sup>e</sup> édition)
- Laidi, Ali : *Le Droit, nouvelle arme de guerre économique. Comment les États Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Actes Sud, 2019
- Lascoumes, Pierre et Nagels, Carla : *Sociologie des élites délinquantes, de la criminalité en col blanc à la corruption politique*, collection U, Armand Colin, 2015
- Lellouche, Pierre, et Berger, Karine : *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, Assemblée Nationale, 2016
- Levasseur, Alain A. : *Le Droit américain*, Dalloz, 2018 (2<sup>e</sup> édition)
- Levy, Bernard-Henri : *L'Empire et les cinq rois*, Bernard Grasset, Le livre de poche, 2018
- Mauduit, Laurent : *La Caste, enquête sur cette haute fonction publique qui a pris le pouvoir*, Pocket, La Découverte, 2018

---

<sup>7</sup> La première version a été publiée en 1985 (PUF).

Mauduit, Laurent : *Prédations, histoire des privatisations de biens publics*, Cahiers libres, La Découverte, 2020

Ottenheimer, Ghislaine : *Les Intouchables : grandeur et décadence d'une caste : l'inspection des Finances*, Albin Michel, 2004

Perez, Michel et Amouzou, Kossi : *Mode d'emploi, le guide FCPA*, Banque et droit, numéro 195, 2021

Perez, Michel et Amouzou, Kossi : *L'introduction de la compliance et de la justice négociée en France*, Banque et droit, numéros 188 et 189, 2019

Peyrelevade, Jean et Pontaut, Jean-Marie : *Seul face à la justice américaine. Toute la vérité sur Executive Life*, Plon, 2006

Pierucci, Frederic avec Aron, Matthieu : *Le Piège américain. L'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, J.-C. Lattes, 2019

Quatrepoint, Jean-Michel : *Alstom, scandale d'État*, Fayard, 2020

Tocqueville, Alexis de : *De la démocratie en Amérique*, choix de textes, introduction, notes bibliographie et glossaire par Philippe Raynaud, GF Flammarion, 2010<sup>8</sup>

Troper, Michel : *La Philosophie du droit*, Que sais-je ? PUF, 2017 (4<sup>e</sup> édition)

Ugeux, Georges : *Wall Street à l'assaut de la démocratie. Comment les marchés financiers accroissent les inégalités*, Odile Jacob, 2021

Van Ruymbeke, Renaud : *Le Juge d'instruction*, Que sais-je ? PUF, 2020 (7<sup>e</sup> édition)

Van Ruymbeke, Renaud avec Pontaut, Jean-Marie : *Mémoires d'un juge trop indépendant*, Tallandier, 2021

## **Vidéographie**

Le cinéma et les émissions télévisées sont un vecteur essentiel du *soft power* américain. De très nombreux films, documentaires ou séries télévisées décrivent, de manière plus ou moins idéalisée ou réaliste, le système judiciaire américain et la lutte contre la corruption. Quelques œuvres cinématographiques<sup>9</sup> reliées aux thèmes évoqués dans notre étude, et bien connues du grand public aux États-Unis, incluent :

- *Abacus Small Enough to Jail* (2016, de Steve James) : documentaire sur les poursuites intentées par le DA de New York, Cyrus Vance, contre les dirigeants d'*Abacus Savings*, une banque dont la clientèle est principalement la communauté chinoise de New York. Les dirigeants sont finalement acquittés par le jury à l'issue du procès.
- *All the President's Men* (« Les hommes du président », 1976, de Alan Pakula) : film réalisé à partir du livre de Carl Bernstein et Bob Woodward, les journalistes du *Washington Post* qui ont exposé le scandale de Watergate et ses ramifications politiques.

<sup>8</sup> Le livre original a été publié en 1835 (tome 1) et 1840 (tome 2). Une édition complète moderne de l'œuvre, tomes 1 et 2, a été republiée en 2020.

<sup>9</sup> Les films suivis d'un astérisque sont officiellement recommandés par l'American Bar Association, l'association des barreaux américains. Voir: <https://www.imdb.com/list/ls026258815/>

- *Amistad*\* (1997, de Steven Spielberg) retrace l'épopée de 1839 à 1841 de mutins révoltés à bord d'un navire espagnol de marchand d'esclaves qui demandent refuge. D'abord incarcérés, les mutins sont finalement libérés à la suite d'une décision de la Cour Suprême.
- *American Hustle* (« Arnaque américaine », 2013, de David Russell) est un film inspiré par l'affaire *Absecon*, un piège monté par le FBI employant d'anciens escrocs pour exposer la corruption d'hommes politiques américains par des commanditaires arabes.
- *Anatomy of a Murder*\* (« Autopsie d'un meurtre », 1959, d'Otto Preminger), *court room drama*, procès contradictoire devant un juge et un jury qui doivent déterminer si un officier dont l'épouse a été violée doit être reconnu coupable. Illustration du moralisme et juridisme américains.
- *The Boiler Room* (2000, de Ben Younger) : un jeune homme, ambitieux et sans scrupule, veut devenir millionnaire et, avec ses complices, utilise des stratagèmes illégaux sur les marchés financiers américains. Il devient finalement un informateur du FBI.
- *The Great Gatsby* (1974, de Jack Clayton), d'après le roman éponyme de F. Scott Fitzgerald<sup>10</sup>. L'Amérique des Années Folles avec ses nouveaux riches, ses mœurs relâchées et d'énormes disparités sociales.
- *Dark Waters*\* (2019 de Tod Haynes) retrace le cas mené par l'avocat militant Robert Billot contre l'entreprise *DuPont* pour déversement de produits toxiques.
- *Enron: the Smartest Guys in the Room* (2005, de Alex Gibney) : documentaire qui retrace l'ascension et la chute spectaculaire en 2001 de la firme éponyme qui a conduit à l'arrestation et à l'emprisonnement de ses dirigeants.
- *Erin Brokovich*\* (« Erin Brokovich, seule contre tous » 2000) : film dédié à l'histoire de l'autodidacte, lanceuse d'alerte et militante qui a fait condamner *Pacific Gas & Electric Company* et autres entreprises dans des affaires de contamination de l'environnement.
- *A Few Good Men*\* (« Des hommes d'honneur », 1992 de Rob Reiner) : tout meurtre ou disparition doit être expliqué et la règle de droit s'impose à tous, même au sein de l'institution militaire qui a ses propres procédures judiciaires.
- *The French Connection* (1971, de William Friedkin) : des policiers new yorkais s'efforcent de démanteler le réseau marseillais de trafiquants de drogues dans les années 1970. Un film français, *La French* (2014, de Cedric Jimenez), retrace le même épisode du point de vue du juge français chargé de l'enquête.
- *The Front* (« Le prête-nom », 1976, de Woody Allen) : durant les années 1950 à Hollywood, les auteurs soupçonnés de communisme doivent avoir recours à un prête-nom.
- *The Insider* (« L'initié », 1999 de Michael Mann) retrace les origines des actions juridiques contre l'industrie du tabac et les péripéties d'un ingénieur chimiste devenu lanceur d'alerte.
- *Judgement at Nuremberg*\* (« Jugement à Nuremberg », 1961 de Stanley Kramer) : après la Seconde Guerre mondiale en Allemagne occupée, un juge américain prend ses fonctions au tribunal chargé de juger les criminels de guerre nazis.

---

<sup>10</sup> Le roman a inspiré au moins deux autres versions cinématographiques.



- *To Kill a Mockingbird*\* (« Du silence et des ombres », 1962, de Robert Mulligan) : Dans le Sud rural des années 1930, un avocat scrupuleux, Atticus Finch, essaye de défendre un simple travailleur africain-américain accusé d'un viol qu'il n'a pas pu commettre.
- *The Laundromat* (« Laundromat : l'affaire des Panama Papers », 2019, de Steven Soderbergh) retrace sous forme de comédie le rôle des avocats Jurgen Mossack et Ramon Fonseca dans divers stratagèmes de blanchiment de capitaux.
- *Marshall* (2017, de Reginald Hudin) : film inspiré par une affaire judiciaire où un chauffeur africain-américain est accusé d'un viol mais est défendu par un avocat local conseillé par Thurgood Marshall, futur juge à la Cour Suprême.
- *Miss Sloane* (2016, de John Madden) montre les activités d'une ambitieuse avocate lobbyiste qui, en s'opposant aux intérêts défendus par le *gun lobby*, franchit les limites de la légalité<sup>11</sup>.
- *Mister Smith Goes to Washington* (« Monsieur Smith au Sénat », 1939, de Frank Capra) retrace les mésaventures à Washington d'un jeune sénateur qui refuse de se laisser embrigader dans des combines politiques véreuses et défend avec courage les principes de la démocratie.
- *My Cousin Vinny*\* (« Mon cousin Vinny », 1992, de Jonathan Lynn) : un jeune avocat de Brooklyn, inexpérimenté et peu familier des procédures judiciaires, doit défendre son cousin accusé de meurtre devant un tribunal en Alabama.
- *On the Basis of Sex* (« Une femme d'exception », 2018, de Mimi Leder), retrace la carrière de Ruth Baader Ginsberg, brillante juriste, mère de famille mais féministe engagée, qui devint en 1993 la deuxième femme nommée et confirmée comme juge à la Cour Suprême.
- *True Colors* (« Le jeu du pouvoir », 1991, de Herbert Ross) : deux « jeunes loups », camarades d'université, sont impliqués dans la course au pouvoir et deviennent rivaux à Washington DC. L'un reste éthique, tandis que l'autre utilise les leviers de la corruption.
- *Twelve Angry Men*\* (« Douze hommes en colère, 1957, de Sidney Lumet) : à la fin d'un procès pour meurtre, un juré intègre, à la suite de discussions passionnées avec les autres jurés, fait pencher le verdict.
- *The Verdict*\* (« Le Verdict », 1982, de Sidney Lumet) : un avocat devenu alcoolique sauve sa carrière et sa réputation en défendant des clients démunis lors d'un procès pour négligence médicale (*malpractice*).
- *The Wolf of Wall Street* (« Le Loup de Wall Street, 2013, de Martin Scorsese) retrace la carrière d'un opérateur sur les marchés financier devenu riche en utilisant la corruption, les délits d'initiés, le blanchiment et autres méthodes illégales qui conduisent à son arrestation.

---

<sup>11</sup> Ce film a fait l'objet d'un commentaire de Marie-Anne Frison Roche le 8 mars 2018 sur son blog, "mafr": "Apprendre le droit américain avec Miss Sloane." Voir: <https://www.mafr.fr/en/article/apprendre-le-droit-americain-avec-miss-sloane/>.

À côté des films proprement dits, plusieurs chaînes de télévision américaines diffusent et reprennent des séries dont les thèmes touchent la lutte contre la corruption et l'administration de la justice, notamment :

- *Boston Legal* montre les différents types de dossiers défendus par un groupe d'avocats de Boston ;

- *LA Law* décrit la vie professionnelle et personnelle des employés d'un grand cabinet juridique de Los Angeles ;

- *Law and Order* retrace les activités d'une unité spéciale de la police new yorkaise.

Les chaînes de télévision, dont la plupart sont privées aux États Unis, peuvent aussi commanditer et produire pour des émissions d'information<sup>12</sup> des reportages sous forme de documentaires sur des sujets juridiques ou touchant à la corruption.

Par comparaison, il semble en France y avoir peu de longs métrages qui abordent directement des sujets liés à des affaires de corruption et d'enforcement. Nous relevons :

- *Le Président*, 1961, d'Henri Verneuil : un ancien président du Conseil évoque l'influence des milieux d'affaires sur la vie politique dans la France de la IV<sup>e</sup> République.

- *Le Capital*, 2012, de Costa Gavras relate les luttes d'influence dans l'univers de la finance peuplé d'individus démesurément ambitieux et sans scrupules.

- *L'Enquête*, 2014, de Vincent Garenq, retrace les étapes de l'affaire Clearstream en 2001 et les rôles du journaliste d'investigation Denis Robert et du juge d'instruction Renaud van Ruymbeke.

- *L'Outsider*, 2016, de Christophe Barratier, basé sur l'autobiographie de Jérôme Kerviel (*L'engrenage : mémoires d'un trader*), retrace la carrière du trader à la Société Générale qui le tient pour unique responsable d'une perte de 4,9 milliards d'euros en 2008.

En revanche, plusieurs documentaires commandités par des ONG, des groupes d'information (Mediapart) ou des chaînes de télévision français offrent une perspective critique sur des affaires qui ont défrayé la chronique. En particulier, à titre d'exemples :

---

<sup>12</sup> Par exemple *Sixty Minutes* de la chaîne CBS ou *POV, Point of View*, du réseau PBS.

- *Affaire des « Rafale Papers »* : tout comprendre en vidéo et en huit minutes et *Rafales Papers* : Comment une affaire d'État a été enterrée », documentaires réalisés par Mediapart, publiés le 8 avril 2021<sup>13</sup>.

- *Alstom, un scandale d'État* : interview de Jean-Michel Quatrepoint pour Xerfi Canal, le 26 octobre 2015<sup>14</sup>.

- *Anne Lauvergeon, l'enfant gâtée de la République* : documentaire réalisé pour Envoyé Spécial, une émission de France 2, publiée le 27 avril 2017<sup>15</sup>.

- *BNP Paribas : Dans les eaux troubles de la plus grande banque européenne*, 2018, de Thomas Lafarge et Xavier Harel, documentaire réalisé pour France Télévisions Little Big Story<sup>16</sup>.

- *De Margerie : l'énigme Total* : documentaire réalisé pour Envoyé Spécial, une émission de France 2, publiée le 27 avril 2017<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Voir: <https://www.youtube.com/watch?v=uvjxZdJBGHc&t=325s>.

<sup>14</sup> Voir : <https://www.youtube.com/watch?v=uAp20cbINZ0>.

<sup>15</sup> Voir : <https://www.youtube.com/watch?v=a4oexmLEznk>.

<sup>16</sup> Voir: <https://www.youtube.com/watch?v=ga87ESujLnU>.

<sup>17</sup> Voir: <https://www.youtube.com/watch?v=MCRqVKpP-BQ&t=166s>

## TABLE DES ILLUSTRATIONS

|                                                                                                                                                                                    |       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Figure 1 - Les dix premiers pays du monde classés par PIB (2019).....                                                                                                              | 26 -  |
| Figure 2 - Composition par devises des réserves de change détenues par les banques centrales .....                                                                                 | 29 -  |
| Figure 3 - Localisation géographique en pourcentage des conférenciers et auteurs dont les articles sont publiés<br>dans les revues scientifiques .....                             | 32 -  |
| Figure 4 - Liste des groupes mondiaux ayant payé les plus fortes pénalités.....                                                                                                    | 63 -  |
| Figure 5 - Principales pénalités levées au titre des sanctions économiques (OFAC) de 2009 au 30 juin 2021 .....                                                                    | 67 -  |
| Figure 6 - Les véritables patrons du Sénat d'après Puck (1899) .....                                                                                                               | 155 - |
| Figure 7 - Inflation, déflation et crises économiques aux États-Unis de 1774 à 2007 .....                                                                                          | 179 - |
| Figure 8 - Évolution de l'indice Dow Jones de 1920 à 1940 .....                                                                                                                    | 181 - |
| Figure 9 - Nombre de poursuites par an engagées au titre du FCPA par le DOJ et la SEC .....                                                                                        | 227   |
| Figure 10 - Total et moyenne des pénalités imposées par groupe en milliards de dollars .....                                                                                       | 228   |
| Figure 11 - Schéma de la structure du système judiciaire américain .....                                                                                                           | 230   |
| Figure 12 - Résolutions de type NPA et DPA conclues avec les sociétés de 2000 à 2021 .....                                                                                         | 257   |
| Figure 13 - Ventilation annuelle par type d'accord (DPA, NPA, déclination) négocié avec les sociétés de 2015 à<br>2021 .....                                                       | 258   |
| Figure 14 - Montant annuel des amendes et autres pénalités perçues par les régulateurs américains en application<br>d'accords de NPA ou DPA avec les sociétés de 2000 à 2021 ..... | 260   |
| Figure 15 - Groupes d'entreprises et personnes physiques poursuivies par le DOJ pour violation au FCPA de<br>1977 à 2022.....                                                      | 263   |
| Figure 16 - Cas de résolutions négociées avec nomination de moniteur par rapport au nombre total de NPA et<br>DPA de 2001 à 2018 .....                                             | 269   |
| Figure 17 - Sanctions pécuniaires imposées aux sociétés pour infractions au FCPA de 1977 à 2022.....                                                                               | 271   |
| Figure 18 - Exemples de résolutions coordonnées avec les États-Unis de cas de violations au FCPA, de 2014 à<br>2020 .....                                                          | 278   |
| Figure 19- Les sanctions économiques mises en place par les Nations Unies, l'Union Européenne et les États-<br>Unis se chevauchent mais ne sont pas identiques. ....               | 287   |
| Figure 20 - Programmes de sanctions économiques de l'OFAC en vigueur le 30 juin 2022 .....                                                                                         | 288   |
| Figure 21 - Nombre d'entités visées (SDN) par les programmes de l'OFAC de 2000 à 2021 .....                                                                                        | 292   |
| Figure 22 - Augmentation nette d'entités classées SDN et comparaison entre les administrations des présidents<br>Bush, Obama et Trump .....                                        | 293   |
| Figure 23 - Augmentation des budgets et des effectifs des bureaux des procureurs fédéraux régionaux (US<br>Attorney's Offices) et de la Division criminelle du DOJ .....           | 295   |
| Figure 24 - Augmentation des coûts de compliance dans l'industrie bancaire aux États-Unis et Canada de 2019 à<br>2021 .....                                                        | 298   |
| Figure 25 - Dessin du caricaturiste Mike Peters publié le 15 février 2003.....                                                                                                     | 340   |
| Figure 26 - Chronologie des actions de corruption reprochées au groupe Alstom .....                                                                                                | 410   |
| Figure 27 - Principales pénalités levées au titre des sanctions économiques (OFAC) de 2009 au 30 juin 2021 .....                                                                   | 436   |
| Figure 28 – Carte de la corruption selon le World Economic Forum .....                                                                                                             | 489   |
| Figure 29 - Cartographie de la perception de la corruption en 2022 selon Transparency International .....                                                                          | 494   |
| Figure 30 - Baromètre mondial de la corruption selon Transparency International .....                                                                                              | 495   |
| Figure 31 - Schéma du processus d'évaluation mutuelle.....                                                                                                                         | 510   |
| Figure 32 - Le recours croissant aux accords hors procès dans les affaires de corruption transnationale .....                                                                      | 511   |
| Figure 33 - Statistiques fournies par le ministère de la Justice le 28 janvier 2022 .....                                                                                          | 534   |
| Figure 34 Tableau synoptique de la régulation du lobbying aux États-Unis et en France selon la HATVP .....                                                                         | 556   |
| Figure 35 Variation du budget et des effectifs de la HATVP de 2014 à 2020.....                                                                                                     | 557   |
| Figure 36 - Évolution du nombre de procédures traitées par le PNF de 2014 à 2021 .....                                                                                             | 562   |
| Figure 37 - Radiographie des affaires du PNF en cours et terminées .....                                                                                                           | 563   |
| Figure 38 - L'AFA participe activement aux travaux des enceintes internationales .....                                                                                             | 574   |
| Figure 39 - Amendes imposées en décembre 2021 par l'UE aux banques pour entente contraire à la<br>réglementation des marchés devises .....                                         | 613   |

## GLOSSAIRE

*Accidental American* : « Américain accidentel ». Terme qui désigne une personne physique considérée par les États Unis comme contribuable américain même si la personne n'a pas de lien effectif avec les États Unis, est résidente et paye des impôts dans un autre pays. Le terme couvre en particulier des personnes nées aux États Unis de parents étrangers et ayant quitté le territoire américain lors de leur enfance ou des personnes nées d'un parent américain qui a déclaré la naissance aux autorités américaines.

*Act* : loi, par exemple le *Foreign Corrupt Practices Act* ou *Sarbanes Oxley Act*.

*Administrative law* : corpus de règlements créés par des agences ou départements ministériels spécialisés ou récipiendaires d'un pouvoir délégué par le Congrès ou une législature d'État fédéré.

*Agent* : agent, représentant, personne agissant au nom d'une autre entité.

*Aiding and abetting* : aider et encourager ; être complice (moins fort que *conspiracy*).

*Alford Guilty Plea* : La reconnaissance de culpabilité au sens d'Alford (*Alford guilty plea*) est une procédure dont l'usage est découragé par le DOJ mais qui peut être employée à titre exceptionnel lorsqu'un inculpé admet que la partie adverse détient des preuves de culpabilité qu'il ne conteste pas afin de bénéficier d'une sentence de peine réduite. L'expression provient d'un cas qui avait été soumis à la Cour Suprême en 1970, *North Carolina vs Alford*, dans lequel l'inculpé, après accord de *plea bargaining* avec le procureur, acceptait sa sentence (et, dans le cas particulier d'Alford, évitait la peine de mort) tout en se disant innocent. La reconnaissance de culpabilité au sens d'Alford a été utilisée en 2006 par Jean Peyrelevade, ancien président du Crédit Lyonnais, et ses avocats, avec l'accord des autorités californiennes, pour régler le contentieux de sa participation à l'affaire *Executive Life* dans laquelle le Crédit Lyonnais était accusé d'avoir fait de fausses déclarations omettant une opération de portage dans la structure du rachat de la société d'assurance *Executive Life*.

*Alien Tort Statute* : procédure au civil (et non au pénal) remontant à une loi de 1789 qui permet à un étranger (*alien*) d'engager la responsabilité civile d'une autre personne, américaine ou non, devant les tribunaux américains pour réclamer un dédommagement à la suite d'un acte identifié comme une violation du droit des gens (*the Law of Nations*) ou un traité auquel les États Unis sont partie.

*American Depositary Receipt, ADR* : certificat librement négociable représentant un titre de propriété d'actions étrangères. L'ADR est émis par une entité (*depository bank*) enregistrée auprès des autorités américaines et est habituellement coté en bourse. Ce mécanisme permet à des investisseurs américains d'acquérir des titres d'entreprises étrangères. En contrepartie, une entreprise utilisant le système ADR est considérée comme un *issuer* (émetteur) au sens du FCPA.

*Amicus Curiae brief* : littéralement « avis d'un ami de la cour » ; avis juridique qui peut être présenté pour référence par une partie intéressée, même indirectement, y compris les entités étrangères, au règlement d'un litige dans le cas où la décision de la cour pourrait affecter ses intérêts.

*Anti Money Laundering & Fighting Terrorism (AML FT)* : Lutte anti-blanchiment et lutte contre le terrorisme (LBC FT).

*Anything of value* (FCPA) : Toute chose de valeur, c'est-à-dire un élément qui crée un avantage indu.

*Appertained* : territoire devenu une dépendance des États Unis (au sens du *Guano Act* de 1856).

*Attorney* : avocat, représentant ou procureur (représentant de la Justice). Le ministre de la Justice a le titre d'*Attorney General*.

*Bashing* : accuser, reprocher sans avoir nécessairement des arguments objectifs :

- *American bashing* : accusations portées en France ou autres pays contre les États Unis ou des Américains

- *French bashing* : accusations portées aux États Unis ou autres pays contre la France ou des Français

*Bill* : Projet ou proposition de loi.

*Bill of Rights* : document qui regroupe les dix premiers amendements à la constitution élaborés en comité en 1787/1788 qui furent l'objet de vifs débats oraux et écrits (les *Federal Papers*) entre fédéralistes et anti-fédéralistes. L'objectif du *Bill of Rights* est de garantir et protéger les libertés individuelles.

*Boss* : patron, se dit aussi de la personne à la tête d'une « machine » politique ou de certaines administrations municipales. Le terme a une connotation péjorative.

*Bounty* : prime payable à un lanceur d'alerte ou auxiliaire de justice pour sa contribution.

*Bribery* : acte d'offrir des pots-de-vin (*bribes*) ; le terme est souvent utilisé comme synonyme de corruption.

*Brussels effect* : « effet Bruxelles », c'est-à-dire la capacité unilatérale de l'Union européenne à réguler les marchés internationaux ; phénomène étudié par l'économiste finlandaise Anu Bradford.

« *Canon* » *Charming Betsy* : dogme remontant à 1804 selon lequel la loi américaine doit être interprétée de manière à éviter les conflits ou différences d'interprétation avec les lois et décisions judiciaires d'autres juridictions.

*Cease and Desist* : injonction, mise en demeure de cesser et de s'abstenir d'une action ou d'une pratique. L'injonction peut être accompagnée d'une amende et/ou une demande de restitution.

« *Chapter 11* » : Chapitre 11 du *Bankruptcy Code* (code de banqueroute) qui précise comment une entreprise en défaut de paiement peut être liquidée sous la supervision d'un juge, notamment en établissant un ordre des priorités et des conditions concernant les créiteurs.

*Checks and balances* : littéralement « contrôles et contrepoids » ; se dit d'un système qui contient des contrôles systémiques et des contrepouvoirs.

*Civil War* : guerre de Sécession (1861- 1865).

*Commodity Futures Trading Commission, CFTC* : agence de supervision des bourses de marchandises (*commodities*) et opérations financières sur celles-ci, créée en 1975. Mais la CFTC a élargi sa compétence à la réglementation des marchés de devises et certains produits complexes et signé en 2018 un accord de coopération avec la SEC pour réguler conjointement certaines activités comme les opérations sur cryptomonnaies.

*Common law* : système juridique dont les règles et les décisions judiciaires proviennent principalement du précédent, c'est-à-dire des décisions antérieures des juges et tribunaux. C'est un système évolutif dont la principale source de droit est la jurisprudence.

De manière schématique, traditionnellement les juridictions anglo-saxonnes sont fondées sur la *Common law* (à l'origine le droit coutumier anglais) alors que les juridictions d'Europe continentale, dites de *civil law*, donnent la priorité aux sources du droit écrit (constitution, lois, décrets).

*Compliance* : « ensemble de techniques juridiques et de gestion dont la mise en œuvre est imposée aux entreprises dans le but de contrôler l'application effective des règles juridiques et éthiques qui leur sont applicables et de diminuer le risque de violation de ces règles » (Prof. Antoine Gaudemet)

*Conspiracy* : conspiration ; participation active à un acte criminel (plus fort que *aiding and abetting*).

*Conviction* : condamnation.

*Congress* (le Congrès) : Le Congrès aux États-Unis est formé du Sénat (100 sénateurs, deux par État fédéré, élus tous les deux ans par tiers pour des mandats de six ans) et de la Chambre des Représentants (435 députés élus ou réélus tous les deux ans). C'est la branche législative de la gouvernance du pays.

*Conspiracy* : complot, collusion, entente dans le but de commettre un crime.

*Corporate Tax Haven Index* : Indice montrant les facilités d'exemptions ou de réductions fiscales pour les entreprises dans diverses juridictions ; l'indice est calculé et publié par l'ONG *Tax Justice Network*.

*Corporation* : société (au sens juridique), entreprise privée.

*Corps of Discovery* : (Corps de la découverte) : Unité militaire créée en 1803 par le président Thomas Jefferson dans le but d'explorer l'intérieur du continent américain. Il ne compte qu'une cinquantaine de soldats commandés par le capitaine Meriweather Lewis et son adjoint William Clark qui traversent le continent pour arriver en Oregon en 1805.

*Court of Appeals*, ou *Appellate Court* : cour d'appel. Au niveau fédéral les cours d'appel sont aussi nommées *Circuit court*, par opposition à *District court* (cour de première instance).

*CTR, Currency Transaction Report* : rapport sur les transactions en numéraire ou en devises.

*Debarment* : exclusion de marchés publics ou de financements publics ; pour un avocat révocation du Barreau.

*Declination* : annonce de cessation de poursuites pénales sans inculpation ni amende. La *declination* cependant peut s'accompagner d'un MOU (*memorandum of understanding*) signé avec le prévenu qui prend des engagements détaillés, concernant la compliance notamment.

*Deferred Prosecution Agreement, DPA* : accord de déferrement des poursuites pénales durant une période probatoire. Il doit être approuvé par un juge et comprend des engagements de compliance souvent très détaillés et des pénalités monétaires. Cette procédure a inspiré la CJIP française.

(*Judicial*) *Deference* : déférence judiciaire : situation dans laquelle le pouvoir judiciaire, les tribunaux, renoncent à exercer leurs pouvoirs par déférence envers un autre pouvoir, généralement exécutif, considéré mieux à même d'exercer un contrôle. Ainsi la doctrine Chevron en 1984

recommande aux tribunaux la déférence judiciaire en faveur des organes et agences de l'exécutif à moins que trois conditions soient remplies : *injury* (le plaignant doit établir qu'il a subi un préjudice) ; *causation* (le plaignant doit prouver que le préjudice a été causé par un organe ou une agence de l'exécutif) et *redressability* (le préjudice peut être réparé par une action de l'organe ou agence de l'exécutif).

*Derivatives* : produits financiers dérivés complexes comme les *futures*, *options* ou *swaps*.

*Deveaux (US vs Deveaux, 1809)* : premier arrêt de la Cour Suprême reconnaissant que des *corporations* (personnes morales) peuvent être juridiquement responsables. Cette notion sera renforcée par l'arrêt *New York Central Railroad* en 1909 qui reconnaît la responsabilité pénale des entreprises.

*Disclosure* : divulgation.

*Discovery* : procédure d'enquête criminelle contradictoire (et non inquisitoriale comme en France) dans laquelle il appartient à chaque partie de « découvrir » des éléments de preuve qui devront être présentés sans qu'il puisse y avoir un doute raisonnable (*beyond reasonable doubt*), devant un juge ou un jury.

*Disgorgement* : restitution au sens juridique.

*District Court* : tribunal fédéral de première instance. L'instance supérieure est la *Circuit court* ou *Court of Appeals*.

*Director (of a corporation)* : administrateur (d'une société).

*Due diligence, enhanced due diligence* : vigilance, vigilance renforcée.

*Elkins Act (1903)* : loi interdisant aux entreprises de chemins de fer d'établir des tarifs discriminatoires ; elle crée un organe de surveillance, l'*Interstate Trade Commission*.

*Endowment* : dotation, donation.

*Enforcement* : enforcement ; surveillance, détection et poursuites des infractions.

*Executive order* : décret.

*Facilitation payment* : paiement de facilitation ; gratification à des employés ou fonctionnaires subalternes pour faciliter l'octroi de permis routiniers, sur lesquels le récipiendaire n'a pas de pouvoir discrétionnaire. Les *facilitation payments* constituent une exception aux actes de corruption définis par le FCPA, cependant leur utilisation est très encadrée et déconseillée. Cette exception n'est pas permise dans les législations anti-corruption britannique ou européenne.

*False Claims Act (1863)* : loi promulguée pendant la guerre de Sécession pour lutter contre la fourniture de matériels et services déficients à l'armée de l'Union. Elle établit une procédure *Qui Tam* qui permet aux lanceurs d'alerte de dénoncer les contrats frauduleux et les rend éligibles à une prime qui peut représenter un tiers des sommes épargnées grâce à leur dénonciation. La loi, tombée en désuétude à partir de 1877, est amendée en 1986 et est toujours en vigueur.

*FARA, Foreign Agents Registration Act (1938)* : loi créant une obligation d'enregistrement pour les agents (*lobbyists*) employés par des États ou entités étrangers.

*Federal Corrupt Practice Act or Publicity Act (1910)* : loi instituant un plafond pour les dépenses électorales par candidat et des obligations de publicité. Ne pas confondre avec le FCPA (voir ci-dessous).



*Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC* : agence fédérale de garantie des dépôts bancaires ; elle participe aussi à la supervision des établissements dont elle assure les dépôts.

*Federal Electoral Commission (FEC)* : Commission électorale fédérale, agence indépendante créée en 1974 pour veiller à la régularité du financement des campagnes électorales. Ses pouvoirs sont élargis par une loi de 2002, *Bipartisan Campaign Reform Act*, mais son rôle est considérablement atténué à la suite de l'arrêt de la Cour Suprême *Citizens United* de 2010.

*Federalist papers* : série de 85 essais et dissertations de droit constitutionnel écrits et publiés en 1787/88 par James Madison, Alexander Hamilton et John Jay. Ils sont publiés sous le pseudonyme collectif de *Publius*. L'objectif des auteurs était principalement de convaincre les électeurs, qui constituaient alors un public éduqué, de voter en faveur du nouveau projet de constitution des États Unis.

*Federal Reserve System* : organisation fédérale établie en 1913, composée de treize banques régionales et de comités spécialisés qui font office de banque centrale aux États Unis

*Federal Trade Commission* : agence indépendante établie en 1914 pour veiller à l'application des lois anti-trust. Ses fonctions et fonctionnement sont précisés par la loi *Hart Scott Rodino* de 1976.

*FFI, Foreign Financial Institution* : institution bancaire étrangère (non américaine) telle que définie par la législation, tenue d'assumer certaines fonctions administratives, notamment dans le cadre de la loi FATCA.

*Financial Action Task Force, FATF* : Groupe d'action financière international, GAFI.

*Financial statements* : états financiers.

*Foreign Corrupt Practices Act, FCPA* : principale loi américaine promulguée en 1977 pour lutter contre la corruption transnationale. Elle incrimine les actes de corruption proprement dits (comme la subornation de fonctionnaires) mais aussi la passation d'écritures comptables non véridiques (par exemple pour camoufler le paiement de pots-de-vin). Elle est applicable à des actes commis en dehors des États Unis et a donc un caractère extraterritorial.

*Foreign official* : agent public étranger (au sens du FCPA).

*Forum non competens* : déclaration de non-compétence de la part d'un tribunal.

*Forum non conveniens* : doctrine qui permet à un tribunal, même s'il s'estime compétent, de se récuser afin de permettre qu'un cas soit jugé par un autre tribunal considéré mieux pourvu ou placé pour rendre un jugement équitable.

*Forum shopping* : Pratique, pour une entité mise en cause, qui consiste à choisir la juridiction où elle sera jugée dans l'espoir d'obtenir ainsi la sentence la moins sévère possible

*Founding Fathers* : les « Pères Fondateurs » du système constitutionnel américain. Au sens étroit, les Pères fondateurs sont les 57 représentants des treize colonies anglaises (futurs États formant les États-Unis), signataires de la *Déclaration d'indépendance* du 4 juillet 1776. Les plus connus sont John Hancock, Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, Robert Morris, Samuel Adams et John Adams. L'expression *Founding Fathers* est parfois employée dans un sens plus large en y incluant les *Founding Framers*, signataires de la Constitution ratifiée en 1789. Parmi les *Framers*, citons George Washington, Alexander Hamilton, James Madison, Gouverneur Morris et John Rutledge.

*Fortune 500* : liste des 500 plus grandes entreprises américaines publiée annuellement par le magazine économique *Fortune*.

*Free rider* : parasite, profiteur ; se dit d'une personne ou entité qui cherche à bénéficier d'avantages en refusant d'assumer une partie des coûts. À la suite du retrait français du commandement militaire de l'OTAN en 1966-67, les États-Unis reprochent à la France d'être un *free rider*.

*Gilded Age* : Age doré : titre d'un ouvrage de Mark Twain et période dans l'histoire des États-Unis qui va de la Reconstruction après la guerre de Sécession jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle et correspond à la Belle Époque en France.

*Glass Steagall Act (1932)* : loi instituant un contrôle fédéral sur le système bancaire et créant la distinction entre banques commerciales et banques d'affaires.

*Guidelines* : lignes directrices.

*Guilty plea* : plaider coupable.

*Hedge funds* : fonds d'investissements spéculatifs.

*Impeachment* : procédure de destitution.

*Independant Monitor* (dans le cadre de l'application des lois sur la *compliance*) : expert ou groupe d'experts nommés en application d'un accord de type DPA ou plaider coupable pour veiller à ce que l'entreprise signataire de l'accord remplisse bien tous ses engagements en matière de compliance dans les délais prévus. Le *monitor* et son équipe sont nommés après accord d'un juge mais rémunérés par l'entreprise qui garantit l'accès à toutes les informations dont il aurait besoin dans le cadre de sa mission ; ses rapports sont soumis au conseil d'administration de l'entreprise, au représentant du DOJ et au juge.

*Independant Special Prosecutor (or Counsel)*: Procureur indépendant nommé spécialement par le ministre de la Justice sur recommandation et avis du Congrès pour enquêter sur un scandale ou une affaire spécifique. Le procureur soumet un rapport public devant une commission du Congrès. Archibald Cox a été nommé Procureur indépendant pour enquêter sur le scandale du Watergate ; Lawrence Welsh sur celui de Iran-Contra, Ken Starr sur l'affaire Clinton Whitewater/Levinsky et Robert Mueller sur l'élection de Donald Trump (notamment le rôle de l'influence russe).

*Indian Law* : branche du droit américain spécialisée dans les questions concernant les Amérindiens, qui reconnaît les principes de souveraineté tribale (*tribal sovereignty*) ou souveraineté interne (*internal sovereignty*)

*Insider trading* : délit d'initié.

*INSTEX (Instrument in Support of Trade Exchanges)* : organisme européen établi en 2019 pour faciliter des opérations de troc avec l'Iran en contournant les sanctions secondaires américaines.

*Instrumentality* : autorité ou entité publique ou parapublique ; couverte dans la définition de « *foreign government official* » au sens du FCPA.

*Issuer* (FCPA) : émetteur de titres mobiliers ou de dette sur les marchés régulés américains.

*InterGovernmental Agreement, IGA* : Accord passé entre les États-Unis et une autre juridiction en application de la loi FATCA d'après lequel chaque pays s'engage à communiquer des

renseignements fiscaux sur les comptes bancaires détenus par des ressortissants américains ou du pays signataire.

*Internal Revenue Service (IRS)* : Service de collecte et contrôle des impôts directs établi en 1953 et successeur du *Bureau of Internal Revenue Personal Income Tax Division and Correspondance Unit* créé à la suite de l'institution en 1913 (par amendement à la constitution) du système d'imposition directe moderne.

*International Chamber of Commerce, ICC* : Chambre de commerce internationale

*International Comity* : « courtoisie internationale ». Principe selon lequel chaque juridiction souveraine respecte, sous réserve de réciprocité, certaines règles dans ses rapports avec les autres juridictions. La courtoisie internationale accorde certaines immunités (diplomatique, de passage, etc.) à des ressortissants d'une juridiction lorsqu'ils se trouvent sur le territoire d'une autre.

*International Traffic in Arms Regulation, ITAR* : réglementation détaillée et système de licences concernant les exportations d'armes et produits militaires, ou qui pourraient être considérés comme tels, mise en place par la loi de 1976 *US Arms Export Control Act, AECA*.

*Junk bond* : obligation à haut risque et haut rendement.

*Justice* : juge à la Cour Suprême. Parmi ces neuf juges, le président a le titre de *Chief Justice*, les huit autres celui de *Associate Justice*.

*Kleptocracy* : « *kleptocratie* » ; se dit d'un régime dont les dirigeants siphonnent à leur profit les revenus générés par l'exploitation des ressources d'un pays. L'expression est attribuée à l'économiste d'origine polonaise Stanslav Andreski.

*Know Your Customer, KYC* : « Connaissez votre client », principes de vigilance exigés par les règles de compliance.

*Landmark case* : décision judiciaire qui établit une jurisprudence.

« *Legat* » : forme familière de *legal attaché* ; magistrat de liaison.

*Level playing field (establish a)* : uniformiser les règles du jeu, rendre équitable (la concurrence internationale).

*Libel* : médisance, accusation portée contre les personnes qui lancent de fausses informations.

*Lobbying* : Actions entreprises par des *lobbyists* (agents), en principe dûment enregistrés, pour promouvoir auprès du Congrès ou autres organes gouvernementaux des intérêts privés et ainsi influencer les choix politiques.

*(The) Long Arm of Justice* : Le bras long de la Justice : série de mesures qui permettent que justice puisse être rendue sur l'ensemble du pays, et parfois à l'étranger, quel que soit le lieu où l'infraction a été commise ou la sentence prononcée.

*Louisiana Purchase* : acquisition de la Louisiane (1803).

*Lotus* (arrêt du) : arrêt de 1927 de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) définissant les critères selon lesquels les juridictions peuvent inscrire dans leur droit des dispositions extraterritoriales.

*Mail Fraud Act (1872)* : loi criminalisant l'utilisation de la poste et autres moyens de communication fédéraux dans l'intention de commettre une fraude.

*Manifest Destiny* (Destinée manifeste) : credo lancé en 139 par le journaliste John O'Sullivan, selon lequel les États-Unis ont vocation à devenir la première nation du monde libre. L'« exceptionnalisme américain » est une variance de ce credo.

*Market manipulation* : manipulation de marché.

*Memorandum of Understanding (MOU)* : Accord écrit entre deux ou plusieurs parties impliquant des engagements contraignants. Les régulateurs américains imposent souvent des MOU, parfois très détaillés, à des banques ou sociétés privées.

*Misdemeanor* : Contravention ; catégorie de crime relativement bénin comparé à la *felony*, crime plus grave.

*Money laundering* : blanchiment de capitaux.

*Monitor* : voir ci-dessus « *Independant monitor* »

*Monroe Doctrine (1823)* : doctrine formulée par le président Monroe selon laquelle a) les États-Unis n'entendent pas intervenir dans les affaires européennes, b) ils reconnaissent l'existence de dépendances européennes dans l'hémisphère occidental, mais c) le continent américain ne doit pas être la cible de nouvelles tentatives de colonisation européennes, et d) les pays sur le continent dont l'indépendance a été reconnue doivent rester indépendants.

*Mutual Legal Assistance Treaty, MLAT* : Traité d'entr'aide judiciaire internationale, à l'instar du traité franco-américain du 10 décembre 1998.

*New Deal* : « Nouvelle Donne » ; vaste programme économique et social lancé par le président Franklin Roosevelt après son élection en 1932 pour combattre les méfaits de la crise mondiale de 1929.

*New York Central Railroad (1909)* : arrêt de la Cour Suprême instituant la responsabilité pénale des entreprises.

*Non Intercourse Act (1800)* : loi interdisant le commerce entre les États-Unis et la France et autorisant la capture de navires français durant la « quasi-guerre ».

*Non piling-on policy* : politique du DOJ annoncée en 2018 selon laquelle les procureurs doivent éviter les procédures multiples pour les mêmes infractions et contrevenants et coordonner les poursuites avec les organes compétents nationalement et internationalement.

*Non Prosecution Agreement (NPA)* : accord de cessation des poursuites pénales mais qui s'accompagne habituellement d'engagements de compliance et de pénalités monétaires.

*OECD Anti Bribery Convention* : *Convention de l'OCDE contre la corruption* signée en 1997.

*Office of Foreign Assets Control, OFAC* : bureau du DOT chargé de l'administration des programmes américains de sanctions économiques.

*PAC (Political Action Committee)* et « *Super PAC* » : type d'entité initialement établie par la *loi Taft Hartley* de 1947, permettant aux candidats à des élections fédérales de lever des fonds dans certaines limites légalement définies.

*Pendleton Act (1883)* : loi sur le recrutement des fonctionnaires, limitant le « système des dépouilles (*spoils system*) ».

*PEP, politically exposed person* : PPE, personne politiquement exposée.

*Plea bargaining* : négociation de la sentence et des peines qui y affèrent.

*Predicated crime* : crime ayant pour origine un crime sous-jacent.

*Presumption of non-extraterritoriality* : présomption de non-extraterritorialité de la loi américaine qui découle logiquement du « canon » *Charming Betsy* et qui se trouve réaffirmée par l'arrêt *Morrison* de 2010 et la jurisprudence qui en découle.

*Princeling* : terme qui désigne les enfants de cadres dirigeants chinois. La jurisprudence a établi que pour une entreprise (ou banque), offrir des emplois à des *princelings* peut créer un avantage indu et constitue donc une infraction au FCPA.

*Prosecution* : poursuite judiciaire.

*Proxy* : procuration.

*Quasi war* (1798-1800) : quasi-guerre : période de guerre larvée, mais non déclarée, entre les États-Unis et la France durant laquelle les capitaines américains sont légalement autorisés à capturer les navires français ou se rendant dans une possession française.

*Revenue Act* : loi de finances.

*Revolving door* : porte à tambour ; se dit d'une situation où les personnes passent librement d'un emploi public à un emploi privé (exemple : *the Department of Defense is a revolving door for high ranking military officers*).

*Robber Barons* : « Barons voleurs » Le terme désigne les grands capitalistes et milliardaires américains qui avaient monté cartels et monopoles pour asseoir leurs fortunes. Les plus connus sont John D. Rockefeller, Andrew Carnegie, Jay Gould, J. P. Morgan ou Cornelius Vanderbilt.

*Roaring Twenties* : Les « Années folles » ; période qui va de l'établissement de la paix après la Première Guerre mondiale à la crise de 1929.

*Rule of Law* : État de droit ; désigne une juridiction dans laquelle la justice est rendue suivant les règles établies par les lois en vigueur, et non les desseins des gouvernants.

*SAR, Suspicious Activity Report* : déclaration de soupçon.

*Savings and Loans Associations (S&L)* : caisses d'épargne, institutions financières locales ou régionales, souvent spécialisées dans les prêts immobiliers ou fonciers.

*Securities Act (1933)* et *Securities Exchange Act (1934)* : lois établissant le système financier, le marché des capitaux américains modernes et la création d'un organe fédéral de surveillance, la *Securities and Exchange Commission*.

*Self Regulating Organization, SRO* : entité professionnelle disposant de l'autorité administrative pour réguler une profession ou une activité. La *National Association of Securities Dealers, NASD*, a été la SRO des courtiers en bourse de 1939 à 2007 puis a été remplacée par la *Financial Industry Regulatory Authority, FINRA*.

*Sherman Act (1890)*: loi interdisant la création de cartels.

*Sleeping dog phase (of the FCPA)* : période concernant l'application de la loi anticorruption américaine FCPA, qui va de 1977 au début des années 2000 : le FCPA fait bien partie de la « boîte à outils » dont disposent les procureurs mais ceux-ci ne l'emploient que rarement.

*Smart sanctions* : sanctions « intelligentes » utilisées par l'OFAC à partir de 2003 pour éviter que les populations ne souffrent des sanctions économiques et concentrer celles-ci sur des personnes et secteurs stratégiques.

*Soft law* : corpus de textes réglementaires ou normatifs, décisions de jurisprudence ou de lignes directrices qui ne sont pas des lois au sens strictement juridique mais néanmoins imposent des normes et comportements et dont les juges doivent tenir compte.

*Soft power* : expression dont le théoricien est Joseph Nye qui désigne l'ensemble des pouvoirs non coercitifs ou économiques qui peuvent être utilisés par un pays pour influencer comportements ou politiques d'autres juridictions. Dans cette conception, le but ultime du *soft power* est de convaincre les autres juridictions que leurs intérêts profonds sont liés à ceux des États Unis.

*Special Designated Nationals and Blocked Persons List (SDN List)* : liste des personnes et entités avec lesquelles il est interdit de commercer, administrée par l'OFAC.

*Standing (legal)* : fondement juridique. *Without standing* : sans mérite, fondement juridique.

*Stare decisis* : doctrine selon laquelle les tribunaux sont tenus d'adhérer aux précédents décidés par les cours supérieures dans le même ressort judiciaire ou par la Cour Suprême.

*Subcommittee on Multinational Corporations of the Senate Foreign Relations Committee (aka Frank Church Subcommittee)* : Sous-Comité du Congrès américain créé à la suite du scandale du Watergate, présidé par le sénateur Frank Church et chargé d'enquêter sur l'influence des grandes entreprises sur la vie politique américaine.

*Subprime* : Titre fiduciaire qui a perdu sa valeur. La crise des *subprimes* en 2008 entraînée par la perte de valeur soudaine de titres de créances, souvent nantis sur des portefeuilles de prêts immobiliers consentis sans garanties effectives.

*Successor liability* : doctrine de la responsabilité en succession selon laquelle une entreprise qui en acquiert une autre assume automatiquement toutes ses obligations (*liabilities*).

*Taft Hartley Act (1947)* : loi encadrant le financement et les activités des syndicats.

*Tillman Act (1907)* : loi sur le financement des campagnes électorales.

*Trial* : procès.

*Troubled Asset Relief Program (TARP)*. Fonds spécial de \$700 milliards établi en octobre 2008 pour stabiliser les marchés à la suite de la crise des *subprimes*.

*Trust* : Terme employé communément avec une connotation péjorative à partir de début du XX<sup>e</sup> siècle aux États Unis pour désigner des entreprises ou groupes d'entreprises qui constituent des cartels ou monopoles. En 1912 le président Wilson déclarait : « *I am for big business but I am against the trusts.* » En termes strictement juridiques, un *trust* est une fiducie (par exemple en droit successoral).

*US Sentencing Guidelines* : Lignes directrice, revues périodiquement par le Congrès, pour le calcul des peines en fonction de la sentence.

« *Vesting Clause* » doctrine : doctrine selon laquelle la constitution américaine impartit tacitement des pouvoirs exclusifs au président pour traiter avec les puissances étrangères et que le président peut à son tour déléguer au ministre des Affaires étrangères (*Secretary of State*) sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'autorisation du Congrès.

*Vicarious liability* : responsabilité du fait d'autrui.

*Welfare clause* : « clause du bien commun » ; clause de la Constitution (article 1, paragraphe 8) qui donne le pouvoir au Congrès de prendre des mesures pour le bien commun, notamment d'établir embargos et restrictions au commerce international.

*Whistleblower* : lanceur d'alerte.

*White collar crime* : criminalité en col blanc ; acte criminel ou frauduleux commis par un employé, fonctionnaire ou cadre (par opposition aux criminels en « col bleu »). L'expression provient d'une étude, *White Collar Crime*, publiée en 1949 par le sociologue Edwin Sutherland.

*Willful blindness* : aveuglement délibéré ; action d'ignorer des faits qui semblent évidents. Équivalent de « fermer les yeux » en français.

*Witness Security Program, WITSEC* : programme fédéral créé en 1970 et administré par le FBI pour la protection des témoins à charge et autres lanceurs d'alerte.

*Wolfsberg Principles* : « principes de Wolfsberg » ; principes développés depuis 2000 pour lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme dans les opérations de banque commerciale ou privée par le groupe de Wolfsberg (association privée de treize banques commerciales internationales).

# INDEX

## Acts

- Anti Money Laundering Act* (2020), 170, 196, 258, 503
- Bank Secrecy Act* (1970), 174, 190, 191, 193, 195, 205, 258, 286
- Civil Service Reform Act* (1978), 142
- Elkins Act* (1903), 151
- False Claims Act* (1863) et procédure *Qui Tam*, 112, 113, 114, 244, 246
- Federal Corrupt Practice Act, Publicity Act* (1910), 144
- Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act*, FDICIA (1991), 189
- Foreign Account Tax Compliance Act*, FATCA (2010), 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 632, 655
- Foreign Agent Registration Act*, FARA (1938), 144, 145, 146, 559
- Foreign Corrupt Practices Act*, FCPA (1977), 3, 4, 5, 25, 43, 58, 61, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 71, 85, 93, 96, 132, 135, 144, 188, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 236, 237, 250, 251, 252, 255, 258, 263, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 281, 282, 285, 286, 300, 302, 308, 309, 310, 319, 375, 377, 379, 380, 381, 386, 396, 397, 398, 399, 401, 402, 407, 409, 410, 413, 414, 415, 417, 418, 421, 438, 440, 441, 442, 443, 495, 509, 521, 541, 542, 544, 545, 566, 569, 582, 585, 590, 593, 594, 636, 645, 651
- Glass Steagall Act* (1932), 184
- Guano Islands Act* (1856), 130
- Indian Reorganization Act* (1934), 318
- International Emergency Economic Powers Act*, IEEPA (1977), 284, 285, 287, 291
- International Traffic in Arms Regulations*, ITAR, 544, 545, 546, 584, 585, 622, 642
- Mail Fraud Act* (1872), 136, 137, 138, 140, 202
- Money Laundering Suppression Act* (1994), 196
- Pendleton Act* (1883), 136, 142
- Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act*, RICO (1970), 140, 169, 242, 377, 378, 470, 472
- Sarbanes Oxley Act*, SOX (2002), 222, 246
- Securities Act* (1933), 187, 216
- Securities and Exchange Act* (1934), 208, 373
- Tillman Act* (1907), 144
- Trading With the Enemy Act* (1917), 284, 286
- US Arms Export Control Act* (1976), 544
- USA PATRIOT Act ou Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (2001), 75, 78, 171, 174, 196, 258, 283, 285, 286, 291
- Whistleblower Protection Act* (1989), 245, 246
- Agence Française Anticorruption, 7, 8, 11, 25, 260, 272, 549, 569, 570, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 584, 587, 588, 639, 653
- Alien Tort Statute*, 347, 355
- Appel de Genève, 520, 521
- Articles de la Confédération (1777), 102, 103, 356
- Beccaria, Cesare (1738-1794), 48, 49, 649
- Board of Brokers of Philadelphia*, 178
- Bodin, Jean (1530-1596), 314
- Bretton Woods (Conférence et accords), 28, 31, 190, 191, 339, 469
- Canal de Panama (1892), 123
- Caractéristiques du système juridique américain : moralisme, juridisme, fédéralisme, pragmatisme, 3, 89, 90, 95, 96, 109, 132, 155, 247, 576
- Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 11, 267, 554, 587, 652
- Compliance, 9, 25, 41, 166, 170, 171, 174, 190, 197, 223, 250, 273, 274, 410, 453, 584, 655
- Constitution américaine, 49, 82, 103, 105, 107, 132, 134, 283, 331, 356, 449, 452, 460, 680
- Convention de La Haye (sur l'entr'aide judiciaire en matière pénale et la recherche internationale de preuves, 348, 382, 527, 530, 531, 532, 533, 620, 623, 645, 649
- Convention judiciaire d'intérêt public, 521, 570, 573, 581
- Cour Internationale de Justice, 47, 322, 447, 449, 452, 454
- Cour Pénale Internationale, 296, 449, 460, 464



## Cour Suprême

- Aérospatiale (1987), 530
- Aramco (*EEOC vs. Arabian American Oil Co* (1991), 372
- Charming Betsy (*Murray vs. The Charming Betsey*) ( 1803), 344, 351, 352, 353, 354, 371
- Chevron (1984), 79, 80, 363, 366, 382, 391, 402, 442
- Deveaux (*US vs. Deveaux*, 1809), 150
- Fletcher vs. Peck* (1810), 104, 105, 110, 111, 117, 128, 135
- Hilton vs. Guyot* (1895), 345
- Idaho vs. Cœur d'Alene Tribe* (1997), 318
- Illinois Central (1893) et doctrine du *Public Trust*, 112, 115, 116, 117
- Kiobel (2013), 349, 355, 358, 359, 360
- Korematsu (1944), 76, 365
- Laird vs. Tatum* (1972), 77
- Marbury vs. Madison* (1803), 22, 75, 90, 91
- McClanahan vs. Arizona* (1973), 318
- Morrison (*Morrison vs. National Australia Bank Ltd* (2010), 22, 349, 372, 373, 374, 376, 377, 378, 380, 381, 645, 651
- Nabisco (*RJR Nabisco vs. Communauté Européenne*) (2016), 372, 377, 378, 379, 381, 651
- New York Central Railroad (1909), 152
- Oscanyan vs. Arms Company* (1880), 90, 128
- Piper Aircraft vs. Reyno* (1981), 361, 362
- Worcester vs. Georgia* (1832), 317
- Courtoisie internationale, 5, 312, 330, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 368, 372, 378, 532, 535, 676
- Declination*, 247, 250, 251, 259, 261, 270, 652
- Deference*, 5, 74, 75, 76, 350, 360, 363, 364, 384, 652
- Deferred Prosecution Agreement*, DPA, 22, 67, 172, 215, 239, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 263, 270, 271, 272, 277, 309, 311, 350, 383, 385, 386, 396, 399, 402, 405, 432, 437, 438, 515, 562, 570, 574, 575, 579, 584, 586, 587, 615, 644, 645
- Discovery*, 5, 71, 92, 236, 246, 256, 259, 280, 310, 347, 348, 349, 382, 388, 390, 531, 533, 535, 537, 619, 621, 622, 643, 645, 649, 654
- Doctrine Monroe, 121, 122, 133, 330
- Émoluments (clause des émoluments dans la constitution américaine), 103, 104
- Équipe commune d'enquête, 12, 583, 584, 612
- Extraterritorialité, 4, 5, 20, 21, 22, 60, 127, 130, 174, 175, 199, 201, 211, 215, 229, 305, 307, 310, 311, 312, 313, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 330, 347, 355, 359, 371, 372, 374, 376, 378, 379, 381, 382, 465, 571, 619, 651, 657, 661, 662, 674, 678
- Facilitation payment*, 223, 673
- Farewell Address* (discours d'adieu de George Washington en 1796), 100, 329, 330, 508
- Federal Deposit Insurance Corporation, 184, 185, 189
- Federalist Papers*, 82, 98, 329
- Financial Crimes Enforcement Network*, 196
- Foreign Financial Institution*, 173
- Forum non conveniens*, 363
- Franklin D. Roosevelt, 76, 77, 94, 125, 144, 145, 151, 152, 159, 160, 184, 187, 365, 448, 454, 455, 677
- Groupe (et principes) de Wolfsberg, 485
- Groupe Egmont, 40, 485
- Guerre de Sécession (1861-1865), 75, 110, 111, 112, 113, 114, 118, 119, 121, 125, 132, 133, 137, 164, 165, 181, 182, 244, 283, 671, 673, 675
- Guilty plea*, 212, 250, 255, 399, 402, 413, 426, 432, 470
- Guiteau, Charles (assassin du président James Garfield en 1881), 142
- Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, 12, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561
- Impeachment*, 99
- INTEX, 620
- InterGovernmental Agreement, 174, 176

International Chamber of Commerce, 214, 590

## Juges

Eva Joly, 43, 60, 398, 403, 428  
Henry Friendly, 357, 358  
Jed Rakoff, 60, 140, 246, 258, 259, 268, 269, 383, 384, 646  
John Marshall, 75, 91, 93, 107, 110, 141, 151, 334, 351  
Renaud Van Ruymbeke, 389, 397, 398, 412, 520, 552  
Richard Leon, 383  
William Rehnquist, 110

Lotus (arrêt du), 322, 323, 324

*Manifest Destiny*, 82, 112, 115, 123

Mondialisation, 3, 39, 85, 86, 87, 156, 304, 306, 316, 317, 319, 326, 418, 535, 648, 662

*Mutual Legal Assistance Treaty*, 534, 649

Navasse (mutinerie de l'île en 1889), 112, 127, 130, 131

Négociation des peines (*plea bargaining*), 240, 259, 390, 397, 426, 433, 436, 616

New York Stock & Exchange Board, puis New York Stock Exchange, 29, 85, 179, 187, 276, 397, 407, 414

*Non Prosecution Agreement*, 239, 250

Noonan, John T., 141

Nye, Joseph, 35, 43

OCLCIFI (Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales), 13, 562, 564, 566, 568, 569, 576, 583, 588

Office of Foreign Assets Control, 64, 283, 284

Paine, Thomas, 82, 121

Parquet National Financier, 65, 281, 311, 393, 437, 549, 555, 562, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 574, 576, 580, 581, 583, 585, 586, 588, 589, 622, 623, 639, 653

Pieth, Mark, 215, 508, 517, 642, 661

Présent du congé, 102, 103, 104, 180, 329

Révolution française, 37, 82, 84, 100, 112, 133, 163, 164, 180

*Robber Barons* (Barons voleurs), 5, 119, 120, 133, 142, 152, 156, 162

Roosevelt, Theodore, 125, 144, 145, 151, 159, 160, 448, 459

Sapin, Michel (lois Sapin 1 et 2), 3, 4, 5, 7, 23, 149, 155, 216, 305, 325, 382, 395, 396, 420, 433, 443, 512, 521, 541, 555, 557, 568, 569, 570, 572, 573, 576, 579, 588, 639, 647, 653

## Scandales et affaires judiciaires

Airbus (2020), 47, 64, 66, 67, 74, 272, 281, 304, 311, 350, 382, 515, 518, 538, 546, 577, 579, 580, 582, 583, 584, 585, 622, 642, 643, 646, 651, 654

Alcatel Lucent (2010), 400

Alstom (2014), 65, 66, 67, 71, 73, 228, 229, 281, 303, 306, 309, 310, 379, 387, 391, 392, 394, 396, 400, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 435, 562, 571, 646

Arthur Andersen (2002), 238, 250, 435

BCCI (1991), 189, 195, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472

BNP Paribas (2014), 7, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 94, 234, 256, 258, 270, 272, 282, 286, 294, 296, 303, 387, 391, 392, 396, 403, 420, 421, 422, 423, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 440, 571, 646

Cahuzac, Jérôme (2013), 19, 50, 149, 553, 555, 562

Citigroup (*SEC vs. Citigroup Global Markets Inc.*) (2011), 221, 258, 383, 384, 386, 485, 646

Citoyen Genet (1793), 101, 330, 331, 332, 333, 343

Compagnie perpétuelle des Indes (système de Law) (1720), 150

Credit Mobilier/ Union Pacific Railroad (1867), 83, 115

Dassault (scandale de Rafale) 2021, 393, 549, 550, 557, 567

Enron (2001), 222, 238, 250, 267

Executive Life (2006), 73, 74, 75, 76, 364, 365, 424, 425, 427, 533, 610, 621

Filartiga (2007), 355, 357, 360

Fokker (*US vs. Fokker Services BV*) (2017), 383, 385, 386

Gulf Oil (1975), 203, 204, 205, 206, 361, 362  
 Hoskins (en appel), 229, 372, 379, 380, 381, 407, 414, 645, 651  
 Lehman Brothers (2008), 268  
 LGT Bank Lichtenstein (2010), 172  
 Lockheed (1974), 203, 206, 207, 210, 544, 545  
 Madoff, Bernie (2008), 50, 187, 234, 267, 268  
 Merrill Lynch (2008), 189, 268  
 Milken, Michael (1989), 169, 242, 267, 422  
 Pétrole contre nourriture (*Oil for Food*), 73, 291, 293, 325, 403, 404, 405, 427, 431  
 Peyrelevade, Jean (2006), 73, 74, 425, 426, 427  
 Pierucci, Frederic (2013), 309  
 Riggs Bank (2005), 195  
 Sidorenko (2015), 372, 375, 376, 377, 381, 651  
 Société Générale (2018), 69, 74, 272, 282, 304, 382, 436, 437, 440, 485, 538, 577, 579, 580, 581, 622, 646, 654  
 South Sea Bubble (1720), 150  
 Standard Oil (1911 première poursuite d'un monopole), 159  
 Teapot Dome (1923), 83  
 Technip (2010), 279, 396, 397, 398, 399, 406, 562  
 Thales (Afrique du Sud) (2021), 393, 394, 567  
 Total (1996-2016), 65, 228, 231, 281, 326, 367, 396, 402, 403, 404, 405, 406, 428, 437, 562  
 UBS (2009), 172, 485, 575, 616, 617  
 Washington Mutual (2008), 189, 268  
 Watergate (1974), 3, 4, 142, 193, 199, 201, 202, 203, 207, 394, 555  
 XYZ et quasi-guerre de 1798, 101, 330, 333, 334, 335, 343  
 Yazoo (1810), 50, 83, 102, 105, 106, 116  
 Securities and Exchange Commission, 7, 17, 21, 62, 63, 65, 67, 72, 74, 78, 95, 169, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 201, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 220, 221, 223, 224, 226, 229, 230, 231, 238, 239, 245, 247, 252, 258, 259, 260, 267, 268, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 280, 364, 366, 367, 373, 382, 383, 384, 387, 398, 399, 401, 405, 522, 523, 524, 525, 534, 542, 592, 600, 646, 652  
*Soft law*, 3, 37, 264, 448, 525, 591, 629, 645  
 Souveraineté tribale ou souveraineté interne (*Indian Law*), 317, 675  
 Stiglitz, Joseph, 133, 134  
  
 Tax Justice Network (indice des paradis fiscaux (*Corporate Tax Haven Index*), 14, 490, 499, 503, 633, 638  
 Transparency International, 41, 56, 58, 62, 143, 177, 243, 244, 392, 446, 477, 485, 490, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 503, 504, 546, 549, 558, 594, 596, 608, 624, 633, 636, 639  
 Tribunal international  
     Cambodge, 458, 477  
     International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR, 454, 458, 461, 463  
     Liban, 458, 472  
     Nuremberg, 449, 454, 455, 456, 457, 460, 462, 518  
     Sierra Leone, 356, 458  
     Tokyo, 68, 143, 437, 440, 449, 454, 455, 456  
     Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, TPIY, 454, 459, 460, 463  
  
 United Nations Convention against Corruption, 40, 596, 608  
  
 Washington, George, 17, 30, 71, 80, 81, 100, 101, 102, 104, 112, 121, 141, 143, 175, 189, 203, 243, 256, 329, 331, 332, 333, 355, 370, 381, 385, 420, 434, 467, 528  
 Westphalie, traités (1648), 314, 315, 321, 345  
 White, Mary Jo, 51, 83, 124, 191, 194, 235, 239, 298, 494, 631  
 Wilson, Woodrow, 158, 288, 337  
 Witness Security Program, 14, 242, 680  
 Wolfensohn, James, 18, 53, 214, 445, 495, 518, 521  
 World Economic Forum (Davos Forum), 56, 490, 492, 493, 494, 503  
  
 Yorktown, 329

# Table des matières

|                                                                                                                                              |       |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Résumé .....                                                                                                                                 | 3     |
| Synopsis .....                                                                                                                               | 4     |
| Mots-clés.....                                                                                                                               | 5     |
| Keywords.....                                                                                                                                | 5     |
| Dédicace.....                                                                                                                                | 6     |
| Remerciements.....                                                                                                                           | 7     |
| Liste des abréviations.....                                                                                                                  | 11    |
| Sommaire .....                                                                                                                               | 15    |
| Introduction .....                                                                                                                           | 17 -  |
| A. <i>L'Amérique : laboratoire judiciaire de la lutte contre la corruption</i> .....                                                         | 23 -  |
| 1. Objectifs de la thèse.....                                                                                                                | 23 -  |
| 2. Méthodologie.....                                                                                                                         | 24 -  |
| 3. Périmètre de la thèse et définitions des termes .....                                                                                     | 25 -  |
| a. Définition du terme « influence » et de l'expression « influence américaine » .....                                                       | 25 -  |
| b. Définition du terme « corruption ».....                                                                                                   | 39 -  |
| c. Définition de l'adjectif « transnational ».....                                                                                           | 44 -  |
| 4. Littérature et sources de recherche .....                                                                                                 | 47 -  |
| B. <i>La question originelle : Les entités françaises (ou européennes) sont-elles indûment ciblées par les autorités américaines ?</i> ..... | 62 -  |
| 1. Pénalités au titre du FCPA.....                                                                                                           | 63 -  |
| 2. Pénalités au titre de violation des régimes de sanctions économiques.....                                                                 | 66 -  |
| 3. Les raisons des fortes pénalités infligées aux banques et entreprises françaises .....                                                    | 68 -  |
| a. Méconnaissance des principes et pratiques juridiques et judiciaires américains.....                                                       | 69 -  |
| b. L'hubris française.....                                                                                                                   | 71 -  |
| c. La déférence judiciaire .....                                                                                                             | 73 -  |
| 4. Contexte et plan de la thèse .....                                                                                                        | 80 -  |
| <b>PREMIÈRE PARTIE            LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION AUX ÉTATS-UNIS : CRÉATION D'UN SYSTÈME PERFORMANT</b>                            |       |
| <i>Introduction : Les marques de naissance : : moralisme, juridisme, fédéralisme et pragmatisme</i> -                                        | 88 -  |
| Titre premier : les principes fondateurs .....                                                                                               | 95 -  |
| <i>Chapitre I. Vertu et nationalisme aux origines</i> .....                                                                                  | 96 -  |
| Section 1. Les controverses initiales .....                                                                                                  | 100 - |
| A. Les « présents pour congé » et la clause des émoluments dans la Constitution.....                                                         | 100 - |
| B. L'arrêt <i>Fletcher vs Peck</i> et la non-définition de la corruption.....                                                                | 102 - |
| Section 2. Les débuts timides de la lutte contre la corruption au niveau fédéral.....                                                        | 108 - |
| A. Le <i>False Claim Act</i> et le contrôle des contrats militaires .....                                                                    | 110 - |
| B. Les locomotives de la corruption.....                                                                                                     | 112 - |
| 1. Le scandale du <i>Credit Mobilier</i> .....                                                                                               | 113 - |
| 2. <i>Illinois Central</i> et la doctrine du <i>Public Trust</i> .....                                                                       | 114 - |
| Section 3. Moralisme et expansion internationale de l'Âge Doré ( <i>Golden Age</i> ) .....                                                   | 116 - |
| A. L'essor du capitalisme à l'Âge Doré .....                                                                                                 | 116 - |
| B. L'expansion internationale et l'exceptionnalisme américain .....                                                                          | 118 - |
| 1. La doctrine Monroe.....                                                                                                                   | 119 - |
| 2. La Destinée manifeste et l'Exceptionnalisme américain .....                                                                               | 121 - |
| 3. La guerre contre l'Espagne (1898) marque la naissance d'un nouvel empire .....                                                            | 125 - |
| C. Les débuts de la jurisprudence de l'extraterritorialité.....                                                                              | 125 - |

|                                                                                                                                   |              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 1. Moralisme et hubris américains : le cas <i>Oscanyan vs Arms Company</i> (1880) .....                                           | 125 -        |
| 2. Affirmation de l'extraterritorialité : le <i>Guano Act</i> et l'affaire des mutins de l'île de la Navasse .....                | 128 -        |
| <b>Chapitre II. Le développement de doctrines et de pratiques originales .....</b>                                                | <b>129 -</b> |
| Section 1. Des doctrines qui facilitent les poursuites au niveau fédéral .....                                                    | 132 -        |
| A. Le <i>Mail Fraud Act</i> et la notion de crime sous-jacent ( <i>predicated crime</i> ) .....                                   | 134 -        |
| B. Le statut des fonctionnaires : « système des dépouilles », mais responsabilité .....                                           | 138 -        |
| C. Les mesures de contrôle des campagnes électorales .....                                                                        | 141 -        |
| 1. Le Tillman Act .....                                                                                                           | 142 -        |
| 2. Les lois FARA ( <i>Foreign Agents Registration Act</i> ) et Taft Hartley .....                                                 | 142 -        |
| 3. L'arrêt <i>Citizens United vs Federal Election Commission</i> .....                                                            | 144 -        |
| Section 2. La responsabilité pénale des sociétés personnes morales .....                                                          | 147 -        |
| A. Le concept de <i>corporation</i> .....                                                                                         | 148 -        |
| B. La loi Elkins ( <i>Elkins Act</i> ) de 1903 .....                                                                              | 149 -        |
| C. L'arrêt <i>New York Central Railroad</i> de 1909 .....                                                                         | 150 -        |
| Section 3. La régulation financière moderne et la criminalisation de pratiques connexes de la corruption .....                    | 153 -        |
| A. La lutte contre les monopoles et la réglementation <i>antitrust</i> .....                                                      | 154 -        |
| B. La lutte contre l'évasion fiscale .....                                                                                        | 160 -        |
| 1. Le civisme fiscal aux États-Unis .....                                                                                         | 160 -        |
| 2. L'efficacité de l'IRS ( <i>Internal Revenue Service</i> ) .....                                                                | 163 -        |
| 3. L'impôt global et la loi FATCA ( <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i> ) .....                                             | 168 -        |
| C. La réglementation des marchés financiers .....                                                                                 | 175 -        |
| 1. Les origines et caractéristiques du système financier américain .....                                                          | 176 -        |
| 2. La crise de 1929, le <i>New Deal</i> et la création de nouvelles autorités .....                                               | 180 -        |
| D. La lutte contre le blanchiment : le <i>Bank Secrecy Act</i> et les débuts de la <i>Compliance</i> .....                        | 187 -        |
| 1. Le <i>Bank Secrecy Act</i> de 1970 .....                                                                                       | 189 -        |
| 2. Le concept de blanchiment : définition et histoire .....                                                                       | 189 -        |
| 3. Le BSA, ses dispositions et transformations .....                                                                              | 190 -        |
| <b>Titre second : le paradigme moderne : le FCPA et la mise en place du système actuel de la lutte contre la corruption .....</b> | <b>195</b>   |
| <b>Chapitre I : Les transformations du FCPA .....</b>                                                                             | <b>197</b>   |
| Section 1. Genèse du FCPA .....                                                                                                   | 198          |
| A. Le scandale du Watergate et la mission spéciale d'Archibald Cox .....                                                          | 198          |
| B. L'affaire Gulf Oil .....                                                                                                       | 201          |
| C. L'affaire Lockheed .....                                                                                                       | 203          |
| Section 2. Hésitations et amendements .....                                                                                       | 204          |
| A. Vers la création d'un consensus : le FCPA de 1977 .....                                                                        | 205          |
| B. La période du « chien endormi » ( <i>sleeping dog</i> ) .....                                                                  | 208          |
| C. Les amendements de 1988 et 1998 .....                                                                                          | 211          |
| Section 3. Le FCPA : définitions et mode d'emploi .....                                                                           | 213          |
| A. Différences avec le droit français .....                                                                                       | 214          |
| B. La définition des infractions, les « défenses affirmatives » et les exceptions .....                                           | 216          |
| C. Les auteurs passibles d'infraction au FCPA .....                                                                               | 223          |
| <b>Chapitre II. Des moyens de poursuite efficaces : la « justice NÉGOCIÉE » .....</b>                                             | <b>229</b>   |
| Section 1. Les procédures de poursuite .....                                                                                      | 233          |
| A. <i>Discovery</i> , coopération et autodénonciation .....                                                                       | 233          |
| B. La négociation des chefs d'accusation et le cumul des griefs .....                                                             | 237          |
| C. Témoins à charge et lanceurs d'alerte .....                                                                                    | 239          |
| Section 2 : Les procédures de résolution .....                                                                                    | 243          |
| A. Le développement de la justice négociée .....                                                                                  | 244          |
| B. Les procédures d'adjudication .....                                                                                            | 247          |
| 1. <i>Declination</i> .....                                                                                                       | 247          |
| 2. NPA et DPA .....                                                                                                               | 248          |
| 3. Monitorat .....                                                                                                                | 251          |
| 4. Le plaider coupable et le rôle du juge .....                                                                                   | 252          |
| 5. Procès, le cas <i>Abacus Federal Savings</i> .....                                                                             | 253          |
| C. L'évolution récente des modes de résolution .....                                                                              | 255          |
| 1. <i>Declination</i> , NPA et DPA de 2000 à 2021 .....                                                                           | 256          |

|                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Montant des pénalités.....                                                                                                | 259 |
| Section 3 : Les tendances actuelles.....                                                                                     | 260 |
| A. La poursuite des individus ( <i>Sally Yates memorandum</i> ).....                                                         | 261 |
| B. Le rôle déclinant des moniteurs.....                                                                                      | 266 |
| C. La coopération des entreprises : la circulaire Caldwell.....                                                              | 269 |
| D. La coordination judiciaire nationale et internationale : la circulaire Rosenstein et la <i>non piling-on policy</i> ..... | 272 |
| 1. L'exemple de Statoil en 2004.....                                                                                         | 273 |
| 2. Le cas Siemens en 2008.....                                                                                               | 274 |
| 3. La politique de non-cumul des poursuites.....                                                                             | 276 |
| Section 4 L' amalgame entre lutte contre la corruption et sanctions économiques.....                                         | 279 |
| A. Les origines juridiques des programmes américains de sanctions.....                                                       | 280 |
| B. La pratique des sanctions aux États-Unis : un instrument ancien mais de plus en plus utilisé.....                         | 284 |
| C. Les conséquences de l'application des sanctions intelligentes.....                                                        | 294 |
| Conclusion de la première partie : Un livre et deux rapports parlementaires.....                                             | 300 |
| 1. <i>Deals de Justice</i> : des analyses pertinentes malgré un sous-titre provocateur.....                                  | 300 |
| 2. Le rapport Lellouche-Berger et la question du ciblage et de l'extraterritorialité.....                                    | 302 |
| 3. Le rapport Gauvain : noircir le tableau.....                                                                              | 304 |
| 4. Une évaluation scientifique critique : des erreurs et omissions.....                                                      | 304 |

## SECONDE PARTIE : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION AU PLAN INTERNATIONAL : LES RELATIONS ENTRE LE SYSTÈME AMÉRICAIN ET LES AUTRES SOUVERAINS

|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Introduction : Les ambiguïtés de la souveraineté et de l'extraterritorialité</i> .....                             | 310 |
| A. Les significations de la souveraineté.....                                                                         | 310 |
| 1. Conception westphalienne et conception actuelle.....                                                               | 311 |
| 2. La notion de « souveraineté tribale » en droit américain.....                                                      | 314 |
| B. L'extraterritorialité est un concept reconnu en droit international.....                                           | 317 |
| 1. Éléments de la souveraineté dans la conception westphalienne : territoire, population, pouvoir de coercition.....  | 317 |
| 2. L'absence de consensus en droit international ; l'arrêt du <i>Lotus</i> et ses ambiguïtés.....                     | 319 |
| Titre premier : Des relations bilatérales complexes.....                                                              | 325 |
| <i>Chapitre I. Des contentieux et des différences d'interprétation anciens</i> .....                                  | 326 |
| Section 1. Quatre différends franco-américains jusqu'à la fin du xx <sup>e</sup> siècle.....                          | 327 |
| A. L'activisme du citoyen Genet.....                                                                                  | 328 |
| B. L'affaire XYZ et la « quasi-guerre » de 1798-1800.....                                                             | 330 |
| C. La question des réparations.....                                                                                   | 332 |
| D. Le retrait français de l'OTAN.....                                                                                 | 337 |
| Section 2. Les doctrines américaines sur les conflits de juridictions.....                                            | 340 |
| A. Le principe d' <i>International Comity</i> : la courtoisie internationale.....                                     | 341 |
| B. Le « canon » <i>Charming Betsy</i> : interpréter la loi américaine en évitant les conflits.....                    | 348 |
| C. Les doctrines et mécanismes de résolution de conflits avec les juridictions étrangères.....                        | 352 |
| 1. L' <i>Alien Tort Statute</i> et ses interprétations (Filartiga, Sosa, Kiobel, Arab Bank).....                      | 352 |
| a. Le cas <i>Filartiga</i> et ses suites.....                                                                         | 354 |
| b. Les limitations de l'ATS : les cas Sosa, Kiobel et Arab Bank.....                                                  | 355 |
| 2. La doctrine du <i>forum non conveniens</i> .....                                                                   | 357 |
| 3. La déférence du judiciaire à l'égard de l'exécutif et la doctrine Chevron.....                                     | 360 |
| D. Les accords spéciaux : l'exemple de la SNCF et le fonds Shoah créé en 2014.....                                    | 363 |
| Section 3. La présomption de non-extraterritorialité.....                                                             | 368 |
| A. Le cas <i>Morrison vs National Australia Bank Ltd</i> .....                                                        | 369 |
| B. Le cas <i>United States vs Sidorenko</i> .....                                                                     | 371 |
| C. Le cas <i>RJR Nabisco vs Communauté eEuropéenne</i> .....                                                          | 373 |
| D. L'affaire Hoskins.....                                                                                             | 375 |
| Conclusion du chapitre : Justice négociée, extraterritorialité et contrôle judiciaire : une justice sans juges ?..... | 378 |
| <i>Chapitre II. Les crises récentes : conflits et résolutions</i> .....                                               | 384 |
| Section 1. Les obstacles à la coopération judiciaire franco-américaine.....                                           | 385 |
| A. Des procédures irréconciliables : <i>discovery</i> et instruction.....                                             | 385 |
| B. Les obstacles d'essence culturelle : « champions nationaux » et politisation.....                                  | 388 |
| Section 2 : La poursuite d'entreprises françaises par les autorités américaines.....                                  | 392 |
| A. Les premières entreprises françaises visées par le FCPA : Alcatel-Lucent, Technip, Total.....                      | 393 |

|                                                                                                                                        |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. Technip .....                                                                                                                       | 394        |
| 2. Alcatel-Lucent .....                                                                                                                | 397        |
| 3. Total.....                                                                                                                          | 399        |
| B. Les cas Alstom.....                                                                                                                 | 403        |
| 1. Fleuron de l'industrie française ou canard boiteux ? .....                                                                          | 404        |
| 2. Le système Alstom .....                                                                                                             | 406        |
| 3. Les poursuites des autorités américaines.....                                                                                       | 410        |
| 4. Les leçons d'un fiasco .....                                                                                                        | 413        |
| Section 3 : Les poursuites contre les banques françaises : Crédit Lyonnais, BNP Paribas et les autres .....                            | 417        |
| A. La présence bancaire française aux États-Unis et la difficile adaptation à un cadre différent .....                                 | 417        |
| B. Les déboires du Crédit Lyonnais aux États-Unis.....                                                                                 | 421        |
| C. BNP Paribas : « Pétrole contre Nourriture » et violations des sanctions .....                                                       | 424        |
| 1. Pétrole contre Nourriture .....                                                                                                     | 424        |
| 2. Les violations des sanctions OFAC .....                                                                                             | 425        |
| a) Les reproches des autorités américaines .....                                                                                       | 425        |
| b. Négociations, condamnation et réactions .....                                                                                       | 429        |
| c. Leçons d'une débâcle .....                                                                                                          | 432        |
| D. Le Crédit Agricole et les autres banques poursuivies pour évasion des sanctions OFAC .....                                          | 433        |
| Conclusion du chapitre : FCPA et sanctions économiques : une distinction nécessaire .....                                              | 439        |
| Titre second : Vers la coopération judiciaire transnationale ? .....                                                                   | 441        |
| <i>Chapitre I : Le nouveau cadre international de lutte contre la corruption et les ambiguïtés des politiques américaines.....</i>     | <i>442</i> |
| Section 1 Les tribunaux internationaux ne sont pas adaptés aux poursuites contre la corruption .....                                   | 445        |
| A. La Cour Internationale de Justice .....                                                                                             | 446        |
| B. Les tribunaux de Nuremberg et Tokyo .....                                                                                           | 451        |
| 1. Les tribunaux de Nuremberg et Tokyo .....                                                                                           | 451        |
| 2. Les États-Unis et les autres tribunaux internationaux .....                                                                         | 454        |
| C. La controverse de la CPI.....                                                                                                       | 457        |
| Section 2. Les lacunes et les réformes de la supervision internationale.....                                                           | 462        |
| A. L'affaire BCCI .....                                                                                                                | 463        |
| B. La création du GAFI et la lutte contre le blanchiment .....                                                                         | 469        |
| C. Les organisations internationales dans la lutte contre le blanchiment et la corruption.....                                         | 474        |
| 1. Les organisations supranationales de type public : Interpol et l'ONU.....                                                           | 475        |
| a. Interpol.....                                                                                                                       | 475        |
| b. L'ONU et ses agences spécialisées .....                                                                                             | 476        |
| 2. Les organisations supranationales professionnelles qui contribuent à la lutte contre la corruption .....                            | 481        |
| 3. La montée en puissance des ONG .....                                                                                                | 485        |
| Section 3 : L'OCDE établit l'étalon de la lutte contre la corruption transnationale .....                                              | 502        |
| A. L'OCDE et la convention contre la corruption .....                                                                                  | 503        |
| B. Le système d'évaluation mutuelle .....                                                                                              | 507        |
| C. L'essor de la justice négociée et des résolutions coordonnées .....                                                                 | 511        |
| Conclusion du chapitre .....                                                                                                           | 515        |
| <i>Chapitre II. Développement et incertitudes de la coopération transatlantique.....</i>                                               | <i>517</i> |
| Introduction : L'Appel de Genève, une phase nouvelle de la coopération judiciaire.....                                                 | 517        |
| Section 1 : Nouvelles pratiques, lois et institutions françaises .....                                                                 | 519        |
| A. La collaboration en matière boursière, première étape d'une coopération effective .....                                             | 519        |
| B. L'évolution des pratiques juridiques et le rôle des magistrats de liaison .....                                                     | 522        |
| C. Les traités d'assistance mutuelle : la controverse du cas Aérospatiale et la mise en œuvre de la coopération franco-américaine..... | 526        |
| 1. L'affaire <i>Aérospatiale</i> et ses suites .....                                                                                   | 527        |
| 2. La coopération judiciaire franco-américaine .....                                                                                   | 531        |
| D. Les obstacles à la coopération judiciaire .....                                                                                     | 535        |
| 1. La problématique de la responsabilité pénale des sociétés .....                                                                     | 535        |
| a. Conceptions traditionnelles de la responsabilité pénale aux États-Unis et en France .....                                           | 535        |
| b. Apparition du concept de responsabilité pénale des personnes morales en France .....                                                | 536        |
| c. La responsabilité pénale à la suite d'une fusion .....                                                                              | 538        |
| 2. Les « domaines réservés » comme obstacles à la coopération judiciaire pénale .....                                                  | 540        |
| a. Le secret-défense et le manque de transparence dans l'exportation de matériel militaire .....                                       | 541        |

|                                                                                                                                                      |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| b. Le secret fiscal et la non-transmission d'informations financières .....                                                                          | 547        |
| Section 2. Création d'un nouveau paradigme français .....                                                                                            | 551        |
| A. La création de la HATVP et du PNF vue au prisme américain.....                                                                                    | 552        |
| 1. La HATVP : une institution en quête de fonctions .....                                                                                            | 552        |
| 2. L'OCLCIFI et le PNF : des partenaires compétents mais aux moyens limités .....                                                                    | 559        |
| B. <i>Sapin 2</i> : une mise à jour fondamentale du système français de lutte contre la corruption .....                                             | 566        |
| 1. <i>Sapin 2</i> : un abandon, ou une atténuation, des principes juridiques traditionnels ? .....                                                   | 567        |
| 2. <i>Sapin 2</i> : la compliance et la justice négociée entrent dans le droit français. ....                                                        | 569        |
| C. L'Agence Française Anticorruption (AFA) et le développement des résolutions coordonnées .....                                                     | 573        |
| 1. L'AFA facilite la coopération internationale dans la lutte contre la corruption.....                                                              | 573        |
| 2. L'AFA catalyseur des résolutions coordonnées : les cas Société Générale et Airbus.....                                                            | 575        |
| a. Société Générale .....                                                                                                                            | 576        |
| b. Airbus .....                                                                                                                                      | 578        |
| D. L'« américanisation » du système français : des approches différentes mais compatibles .....                                                      | 581        |
| Section 3. Un cadre international et européen en mutation .....                                                                                      | 585        |
| A. Les insuffisances de l'approche globaliste : critique de l'ICC et des conventions sous l'égide de l'ONU.....                                      | 586        |
| 1. La Chambre de Commerce Internationale : auto-régulation plutôt que législation.....                                                               | 587        |
| 2. Aux Nations Unies : des conventions, une bureaucratie mais un suivi problématique .....                                                           | 589        |
| B. Le modèle transatlantique de lutte contre la corruption : le rôle du Conseil de l'Europe et des organismes<br>rattachés .....                     | 593        |
| 1. Le Conseil de l'Europe et la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans la lutte contre la corruption ....                                        | 594        |
| 2. Le GRECO, organisation dédiée à la lutte contre la corruption .....                                                                               | 597        |
| 3. MONEYVAL et la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.....                                                                   | 600        |
| C. Le modèle de lutte anticorruption de l'Union Européenne .....                                                                                     | 602        |
| 1. Les organismes de l'UE impliqués dans la lutte contre la corruption : Europol, Eurojust, OLAF et EPPO ....                                        | 604        |
| 2. L'introduction de nouvelles procédures au sein de l'Union Européenne .....                                                                        | 610        |
| a. Les procédures de clémence et le MAE rapprochent les dispositifs européen et américain .....                                                      | 611        |
| b. Mais les mécanismes de blocage institués en Europe sont contre-productifs.....                                                                    | 615        |
| D. Les chantiers en cours .....                                                                                                                      | 619        |
| 1. Les problématiques liées à des évolutions récentes : pandémie et cybercriminalité .....                                                           | 619        |
| 2. La question de l'évasion fiscale : réforme globale de l'impôt et besoin de transparence .....                                                     | 628        |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>                                                                                                                     | <b>636</b> |
| A. <i>L'Amérique : un hégémon en quête de légitimité</i> .....                                                                                       | 636        |
| 1. Définition de l'hégémon.....                                                                                                                      | 636        |
| 2. Le système mis en place par l'OCDE encadre l'hégémonie et permet la coopération active. ....                                                      | 638        |
| 3. <i>Jus commune</i> : à fléau transnational, paradigme transnational. ....                                                                         | 639        |
| B. <i>Un objectif clair, des principes partagés et des mesures pratiques pour conforter la mondialité de<br/>la lutte contre la corruption</i> ..... | 644        |
| 1. L'objectif est la dissuasion.....                                                                                                                 | 644        |
| 2. Des principes communs .....                                                                                                                       | 645        |
| 3. Quelques mesures pratiques à plusieurs niveaux : national, bilatéral, européen et mondial .....                                                   | 647        |
| Vers un monde avec moins de corruption .....                                                                                                         | 653        |
| <b>Bibliographie .....</b>                                                                                                                           | <b>655</b> |
| Ouvrages en anglais .....                                                                                                                            | 655        |
| Ouvrages en français.....                                                                                                                            | 657        |
| Vidéographie.....                                                                                                                                    | 659        |
| <b>Table des Illustrations .....</b>                                                                                                                 | <b>664</b> |
| <b>Glossaire.....</b>                                                                                                                                | <b>665</b> |
| <b>Index .....</b>                                                                                                                                   | <b>676</b> |
| <b>Table des matières.....</b>                                                                                                                       | <b>680</b> |