



**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES, FISCALES ET DES ENTREPRISES**

**ETATS-UNIS : PHASE 2**

**RAPPORT DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION SUR LA LUTTE CONTRE LA  
CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS DANS LES TRANSACTIONS  
COMMERCIALES INTERNATIONALES ET DE LA RECOMMANDATION DE 1997  
SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES TRANSACTIONS  
COMMERCIALES INTERNATIONALES**

**OCTOBRE 2002**

## TABLE DES MATIÈRES

A	INTRODUCTION .....	4
	a) Nature de la mission sur place .....	4
	b) Méthodologie et structure du rapport .....	5
	c) Observations générales au cours de la mission sur place .....	6
	d) La maturité de la législation des États-Unis sur la corruption d'agents publics étrangers .....	6
	e) La responsabilité des entreprises au titre du FCPA et du droit américain en général.....	7
B	LES ÉTATS-UNIS DISPOSENT-ILS DE MESURES EFFICACES POUR PRÉVENIR ET DÉTECTER LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ?.....	9
	a) Le rôle de la SEC et du Service des fraudes du DOJ dans la dissuasion et la prévention .....	9
	La procédure d'avis du DOJ et la nécessité de lignes directives supplémentaires.....	10
	b) Détection et enquête .....	12
	Sources des allégations .....	12
	Enquêtes.....	13
	c) Importance des dispositions comptables du FCPA et des obligations de vérification comptable de l'Exchange Act .....	15
	Observations générales .....	15
	Comptabilité.....	16
	Vérification de comptes .....	16
	d) Sanctions et effet de « dissuasion connexe ».....	18
	e) Le rôle et l'utilité des programmes de vigilance des entreprises .....	20
	f) Le FCPA, les petites et moyennes entreprises et les jeunes entreprises .....	22
	g) Le rôle des mesures de prévention et de détection de la déduction fiscale des pots-de-vin .....	24
	Problèmes spécifiques liés aux pots-de-vin détectés lorsqu'un contribuable a demandé un accord de fixation préalable de prix .....	24
	Problèmes spécifiques liés à des pots-de-vin versés par des sociétés étrangères contrôlées par des sociétés américaines.....	25
	h) Le rôle des mesures de prévention du blanchiment de capitaux.....	25
C	LES ÉTATS-UNIS SONT-ILS DOTÉS DE MÉCANISMES APPROPRIÉS POUR ENGAGER DES POURSUITES EFFICACES À L'ENCONTRE DES INFRACTIONS DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ET DES INFRACTIONS CONNEXES EN MATIÈRE DE COMPTABILITÉ ET DE BLANCHIMENT DE CAPITAUX ?.....	28
1.	POURSUITES DES ACTES DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS.....	28
	a) Fonctionnement des principaux organismes en charge de faire appliquer la loi : la SEC et le DOJ .....	28
	L'action de la SEC .....	28
	L'action du DOJ.....	29
	Coopération entre organismes officiels.....	32
	b) Mécanismes de collecte de preuves se trouvant à l'étranger .....	33
	c) Délai de prescription.....	34

d)	Éléments de l’infraction.....	35
	« Obtenir ou conserver un marché » .....	36
	Rattachement au commerce inter-États.....	37
	Paievements à des tiers bénéficiaires.....	38
	Définition de « l’agent public étranger » .....	38
	Compétence fondée sur la nationalité .....	39
	Absence de sanctions .....	39
	Utilisation d’autres textes.....	40
e)	Interprétation des exceptions et moyens de défense .....	40
	L’exception des paievements de facilitation.....	41
	Le moyen de défense affirmative de « la dépense raisonnable et de bonne foi » .....	41
	Le moyen de défense affirmative de la « légalité aux termes du droit écrit du pays étranger » .....	43
2.	POURSUITES À L’ENCONTRE DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX.....	43
D	RECOMMANDATIONS .....	45
a)	Recommandations .....	45
	Recommandations en vue d’assurer l’efficacité des mesures de prévention et de détection de la corruption d’agents publics étrangers.....	45
	Recommandations en vue d’assurer le fonctionnement de mécanismes permettant de poursuivre efficacement les infractions de corruption d’agents publics étrangers ainsi que les infractions connexes relatives à la comptabilité et au blanchiment de capitaux .....	46
b)	Suivi par le Groupe de travail.....	46
ANNEXE :	AFFAIRES RELATIVES À LA CORRUPTION D’AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS AUX TERMES DU FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT DE 1977 (1977-2002).....	48
	Section 1 : Poursuites pénales pour corruption d’agent public étranger en application du FCPA.....	49
	Section 2 : Actions au civil pour corruption d’agent public étranger intentées par le Département de la Justice en application du FCPA .....	59
	Section 3 : Actions de la SEC concernant la corruption d’agent public étranger .....	60

## A INTRODUCTION

### a) *Nature de la mission sur place*

1. En mars 2002, les États-Unis sont devenus le deuxième pays Partie à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales à faire l'objet d'une mission sur place, au titre de la Phase 2 du suivi, de la part d'une équipe du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales.

2. L'équipe du Groupe de travail de l'OCDE se composait d'examineurs principaux de France et du Royaume-Uni ainsi que de représentants du Secrétariat de l'OCDE.<sup>1</sup> Les réunions se sont déroulées durant cinq jours, principalement dans les bureaux du Department of Justice (Département de la Justice) à Washington, et ont permis de rencontrer des représentants des ministères et organismes suivants du gouvernement des États-Unis : Department of Justice Criminal Division Fraud Section (Service des fraudes de la Direction des affaires pénales du Département de la Justice), Department of Justice Criminal Division Asset Forfeiture and Money Laundering Section (Service de la confiscation d'actifs et du blanchiment de capitaux de la Direction des affaires pénales du Département de la Justice), Department of Justice Public Integrity Section and Office of International Affairs (Service de l'intégrité publique et Office des affaires internationales du Département de la Justice), Department of State (Département des affaires étrangères), Department of Commerce (Département du Commerce), Department of Defense (Département de la Défense), Federal Bureau of Investigation (FBI – Bureau fédéral d'enquêtes), US Sentencing Commission (Commission américaine pour la fixation des peines), Securities and Exchange Commission (SEC – Commission des opérations boursières), Internal Revenue Service (IRS – Services fiscaux américains), US Agency for International Development (USAID – Agence américaine pour le développement international), Overseas Private Investment Corporation (Organe en charge de promouvoir l'investissement privé à l'étranger) et Export-Import Bank (Banque Export-Import). Une partie de l'équipe s'est rendue dans les bureaux du Financial Crimes Enforcement Network (FinCen) du Département du Trésor. Des entretiens ont eu lieu avec des hauts représentants de la Commission des affaires étrangères du Sénat ainsi qu'avec des agents de la Commission des relations internationales de la Chambre des Représentants.

3. L'équipe de l'OCDE a aussi rencontré des représentants de l'American Bar Association, de l'American Federation of Labor-Congress of Industrial Organisations (AFL-CIO), de l'American Institute of Certified Public Accountants, de l'Auditing Standards Board, du Compliance Systems Legal Group, du Conference Board, du Financial Executives Institute, de Global Corporate Citizenship, de l'International Forum on Accountancy Development, de l'Institute of Internal Auditors, du Tax Executives Institute et de Transparency International USA. Une partie de l'équipe s'est rendue à la Banque mondiale. L'équipe a également rencontré de hauts responsables des entreprises suivantes : Boeing, DuPont, Lockheed Martin,

---

1. La France était représentée par M. Noël Claudon, Directeur départemental de la Direction générale des impôts, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie ; M. Alexandre Draznieks, Adjoint du Chef de bureau, Système monétaire et finances internationales, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et M. Jean-Claude Marin, Avocat général à la Cour de Cassation, ministère de la Justice. Le Royaume-Uni était représenté par Mme. Claire Entwistle, Investigator, Companies Investigation Branch, Department of Trade and Industry (Inspecteur, Direction des enquêtes sur les sociétés, ministère du Commerce et de l'Industrie) et M. John Ringguth, Head of Prosecution Policy, Crown Prosecution Service (Responsable de la politique en matière de poursuites, Service des poursuites de la Couronne). Le Secrétariat de l'OCDE était représenté par M. Rainer Geiger, Directeur adjoint, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises ; M. Nicola Bonucci, Directeur adjoint, Direction des Affaires juridiques ; M. Frédéric Wehrlé, Administrateur principal, Division de lutte contre la corruption, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises ; Mme Martine Milliet-Einbinder, Chef de l'Unité de la coopération internationale, Division de la coopération internationale et de la concurrence fiscale, Centre de politique et de l'administration fiscale et Mme. Frances Meadows, Consultante, Division de lutte contre la corruption, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises.

Motorola, Raytheon International et Schering-Plough Corporation. L'équipe d'examineurs a eu des entretiens avec des représentants des cabinets juridiques et comptables suivants : Clifford Chance, Covington & Burling, Dechert, Price & Rhoads, Dickinson Landmeier LLP, Foley & Lardner, KPMG, Miller & Chevalier Chartered, Shearman & Sterling, Troutman Sanders, Weil, Gotshal & Manges et Wilmer, Cutler & Pickering.

4. Conformément à la procédure adoptée par le Groupe de travail pour la Phase 2 d'auto-évaluation et d'évaluation mutuelle de l'application de la Convention et de la Recommandation révisée, la mission sur place était destinée à étudier les structures dont sont dotés les États-Unis pour faire appliquer les textes législatifs et réglementaires de transposition de la Convention, à évaluer l'application concrète de ces textes, ainsi qu'à suivre le respect en pratique par les États-Unis de la Recommandation de 1997. Dans le cadre de la préparation de la mission sur place, les États-Unis ont transmis au Groupe de travail leurs réponses au questionnaire pour la Phase 2 ainsi que des annexes documentaires qui ont été examinées et analysées à l'avance par l'équipe de la mission. Aussi bien durant qu'après la mission sur place, les autorités américaines ont fourni des informations supplémentaires à l'équipe.

#### ***b) Méthodologie et structure du rapport***

5. L'examen de la Phase 2 est le reflet d'une évaluation des informations obtenues à partir des réponses des États-Unis au questionnaire pour la Phase 2, des consultations avec le gouvernement américain et la société civile lors de la mission sur place, d'une étude de l'ensemble des textes législatifs pertinents, de la jurisprudence connue, ainsi que d'analyses indépendantes menées par le Secrétariat et les examineurs.

6. L'objet de la Phase 2 du processus de suivi consistant à évaluer l'application concrète de la Convention et de la Recommandation révisée, et l'essentiel de l'évaluation découlant de la mission sur place, le présent rapport repose sur une analyse et évaluation des faits, et met en évidence non seulement les points forts, mais aussi les problèmes susceptibles de porter préjudice à l'efficacité de la prévention, de la détection et de la répression de la corruption d'agents publics étrangers. Le rapport est donc organisé plus en fonction des problèmes identifiés par l'équipe d'examineurs, que sur la base de la structure du questionnaire pour la Phase 2. Le rapport de la Phase 2 doit aussi être lu en relation avec celui de la Phase 1 dans la mesure où, à eux deux, ils offrent une évaluation d'ensemble du cadre juridique et institutionnel américain en place pour combattre la corruption d'agents publics étrangers.

7. La structure du rapport de la Phase 2 est la suivante : l'introduction (Partie A) procède à un rappel et explique le contexte propre aux États-Unis. La Partie B est consacrée aux divers facteurs qui, de l'avis des examineurs, ont une influence sur l'efficacité des mesures de prévention et de détection de la corruption aux États-Unis. La Partie C examine le fonctionnement du système de poursuite des infractions de corruption d'agents publics étrangers et de blanchiment de capitaux, en faisant spécifiquement référence aux caractéristiques qui semblent avoir un impact sensible, positif ou négatif, sur l'efficacité des efforts déployés de façon générale. La Partie D énonce les recommandations spécifiques du Groupe de travail, sur la base des observations du rapport, aussi bien vis-à-vis de la prévention et de la détection que des poursuites. Elle met également en relief les questions qui méritent, selon le Groupe de travail, un suivi dans le cadre du processus de monitoring continu. En outre, des tableaux indiquant les sanctions prononcées dans des affaires pénales et civiles jugées en application du FCPA et en lien avec la corruption d'agents publics étrangers figurent en annexe du rapport à titre d'information.

**c) *Observations générales au cours de la mission sur place***

8. Le déroulement de la mission sur place s'est caractérisé tout particulièrement par l'engagement et la conscience professionnelle des représentants du gouvernement des États-Unis, notamment du Département de la Justice (désigné ci-après par son abréviation DOJ), chargés de faire appliquer le Foreign Corrupt Practices Act (Loi sur les pratiques de corruption à l'étranger, désignée ci-après par son abréviation FCPA). Leur souci d'expliquer les bases juridiques et constitutionnelles sur lesquelles est appliqué le FCPA s'est avéré très utile aux examinateurs. Au cours de la mission, il est apparu clairement qu'une évaluation objective du fonctionnement du FCPA suppose de bien comprendre certains traits inhérents au système juridique américain. Les examinateurs principaux ont cherché à démontrer pourquoi, replacées dans leur contexte, la plupart des dispositions du FCPA semblent fonctionner de façon efficiente et à indiquer les domaines dans lesquels ce fonctionnement peut être amélioré. Ils espèrent que le présent examen permettra de mieux comprendre ce système.

**d) *La maturité de la législation des États-Unis sur la corruption d'agents publics étrangers***

9. La promulgation en 1977 du FCPA a été un jalon important dans les efforts pour lutter contre la corruption et atteste du rôle de pionnier tenu par les États-Unis dans ce domaine. Aujourd'hui, après une histoire marquée par une série substantielle de modifications effectuées en 1988 et 1998 et vingt-cinq ans de pratique, on peut considérer que cette loi est parvenue à maturité. Il existe non seulement un corpus jurisprudentiel (bien qu'il se compose surtout d'affaires dans lesquelles le tribunal a approuvé un accord passé entre l'accusation et la défense) mais aussi tout un fond de pratiques commerciales, un corps de procureurs expérimentés et un Barreau présentant un effectif important d'avocats spécialisés, soit autant d'éléments contribuant à sensibiliser l'opinion à la question.

10. Bien que, comme on le verra, le nombre de poursuites au pénal et au civil pour infractions aux termes du FCPA n'ait pas été très important, l'histoire de la mise en application de ce texte illustre la volonté de poursuivre des entreprises moyennes ou grandes et souvent de hauts responsables de ces sociétés, accusés d'avoir participé à des infractions au FCPA dans le monde entier. Ces affaires résultent d'activités dans plus de vingt pays (Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Brésil, Canada, Colombie, Costa Rica, Égypte, Haïti, Îles Cook, Irak, Israël, Italie, Jamaïque, Mexique, Niger, Nigeria, Panama, République dominicaine, Russie, Trinité et Tobago et Venezuela). Les paiements illicites mis en cause ont oscillé entre 22 000 et 10 millions de dollars EU. Ils représentent des pourcentages correspondant jusqu'à 40 % du marché obtenu. Dans presque tous les cas ayant donné lieu à des poursuites, les paiements ont eu lieu sous forme d'argent, le plus souvent sur des comptes auprès de banques de pays tiers.

11. La plupart des affaires pénales portées devant la justice ont impliqué des paiements directs et de nature ouvertement corruptrice à des agents publics de gouvernements étrangers. Le DOJ a engagé des poursuites à l'encontre de diverses structures, sociétés ou personnes physiques en application du FCPA. Les affaires ont concerné des secteurs industriels aussi divers que l'aéronautique, l'automobile, la construction, l'énergie et l'agro-alimentaire. Par exemple, le DOJ a poursuivi une société et ses hauts responsables pour avoir corrompu des agents de la Pemex, la compagnie pétrolière nationale du Mexique, afin d'obtenir divers contrats avec cette société portant sur plusieurs millions de dollars. Dans une autre affaire, le DOJ a engagé des poursuites contre des salariés d'un constructeur d'autobus pour avoir corrompu des fonctionnaires d'une province canadienne afin d'obtenir un contrat de fourniture d'autobus auprès de la Commission locale des transports. De grandes sociétés comme General Electric, Goodyear, IBM et Lockheed Corporation ainsi que leurs cadres de direction ont été poursuivis en application du FCPA pour divers actes de corruption.

12. Au fil des ans, des progrès ont été réalisés aussi bien dans les mécanismes de corruption, devenus de plus en plus perfectionnés, que dans les techniques de détection. De façon générale, on est passé de la valise remplie de billets à des scénarios plus subtils faisant appel à des intermédiaires, à des opérations complexes avec des entités publiques et des déclarations fausses de frais professionnels ou de dépenses promotionnelles. Cela s'est traduit par une multiplication des indicateurs d'alerte que les sociétés doivent surveiller – en particulier dans le cadre d'entreprises conjointes (joint ventures) ou de fusions-acquisitions à l'étranger – ce qui a conduit à déployer une panoplie de plus en plus large de mesures préventives.

13. Le présent processus de suivi donne l'occasion de faire un bilan du FCPA à la lumière de la Convention de l'OCDE ainsi que des changements intervenus dans le contexte juridique et commercial international. Ce qui ressort tout particulièrement, c'est l'ampleur croissante de l'implication des sociétés américaines et de leurs filiales étrangères dans des situations commerciales sensibles à l'échelle mondiale. Le commerce extérieur des États-Unis avec les pays en développement, tout en étant sensiblement moins important qu'avec les pays industrialisés, continue d'augmenter aussi bien en valeur absolue qu'en proportion du total des échanges des États-Unis avec le reste du monde. Ayant progressé au rythme annuel moyen de 9,1 % durant la période 1988-98, le commerce extérieur des États-Unis avec les pays en développement représentait plus de 30 % du total des échanges des États-Unis en 1998, le commerce avec l'Asie et le Proche Orient ainsi qu'avec l'Amérique latine et les Caraïbes entrant respectivement à hauteur de 70 % et 23 % dans la composition du commerce extérieur américain avec les pays en développement. Les échanges avec les pays de l'OCDE constituaient pour leur part 68 % du commerce extérieur américain total en 1998, contre 71 % en 1988. Ces chiffres ne tiennent pas compte des ventes réalisées par les filiales étrangères des sociétés américaines, qui jouent un rôle déterminant dans les activités commerciales des États-Unis dans le monde. L'investissement direct étranger (IDE) fait désormais partie intégrante de la stratégie des grandes sociétés américaines, ce qui fait des États-Unis le plus important pays d'origine de l'investissement international. La tendance récente doit beaucoup aux grandes opérations de fusion-acquisition, dont on estime qu'elles représentaient 80 % de l'IDE des États-Unis à la fin des années 90.

14. Dans une ère de mondialisation croissante des échanges, il est attendu que les enquêtes et poursuites de la Securities and Exchange Commission (SEC) et du DOJ pour des infractions au FCPA devraient s'accroître. Pour l'avenir, les examinateurs principaux veulent encourager les États-Unis à continuer de s'appuyer sur les indubitables points forts du FCPA qui ressortent du présent rapport. Dans le même temps, des efforts supplémentaires pourraient être réalisés pour faire du FCPA un instrument plus affûté et plus ciblé, mieux adapté pour mener la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers sur des fronts de plus en plus divers.

*e) La responsabilité des entreprises au titre du FCPA et du droit américain en général*

15. Il convient de rappeler qu'un facteur important pour évaluer l'efficacité du FCPA réside dans la nature de la responsabilité des entreprises en droit américain. Selon la doctrine applicable, une société est responsable des actes de ses administrateurs, de ses dirigeants et de ses salariés lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs tâches et pour le compte de la société. Il n'existe pas de condition supplémentaire exigeant l'existence d'un élément intentionnel comme l'implication ou l'aval de responsables d'un certain niveau. La norme qui en résulte, comme l'ont admis des participants aux réunions lors de la mission sur place, revient en fait à une stricte responsabilité des sociétés. Ce trait du droit américain est général et non pas propre au FCPA. Il a pour effet non seulement de renforcer l'efficacité du FCPA mais aussi – sans distinction entre les « émetteurs » et « non-émetteurs » tels qu'ils sont définis par cette loi – d'encourager les sociétés à mettre en œuvre des mesures de dissuasion au sein de l'ensemble de leurs structures.

16. Le FCPA prévoit aussi la mise en cause de la responsabilité des entreprises pour des actes de corruption d'agents publics étrangers commis par des tiers, intervenant en tant qu'agents. C'est cette

menace permanente de responsabilité du fait d'autrui (responsabilité des actes de tiers) qui, peut-être plus que toute autre caractéristique du texte du FCPA, a suscité l'introduction de pratiques de contrôle préalable rigoureuses (*due diligence*) dans les grandes entreprises multinationales aux fins de la sélection de leurs agents locaux, de leurs partenaires et représentants commerciaux ainsi que du filtrage des partenaires d'entreprises conjointes susceptibles d'exposer les entreprises à d'éventuelles opérations occultes. Les examinateurs ont appris par un avocat « maison » d'un grand sous-traitant travaillant dans le secteur américain de l'armement que sa société avait pour règle d'avoir un entretien direct avec ses futurs représentants commerciaux dans des villes étrangères afin de vérifier s'ils connaissaient et respectaient bien les normes de comportement commercial nécessaires, qui reposent principalement sur le FCPA.

17. La possibilité d'être tenu pour responsable des agissements de filiales étrangères est également importante dans ce contexte. Une filiale étrangère d'une société américaine est une personne morale étrangère, ayant la nationalité du pays où elle est immatriculée et elle n'est donc techniquement pas soumise aux dispositions anti-corruption du FCPA, hormis pour les actes qu'elle commet sur le territoire des États-Unis. Cela étant, une société mère américaine peut voir sa responsabilité mise en cause s'il s'avère qu'elle a autorisé, commandé ou contrôlé une filiale étrangère en vue de la commission d'un acte de corruption. Même le constat d'un « aveuglement délibéré » ou d'une « imprudente négligence » de la part de la société mère suffit à mettre en cause sa responsabilité en l'absence d'autorisation expresse, bien que ce ne soit pas le cas pour la négligence en soi. De l'avis de membres du Barreau qui conseillent régulièrement de grandes sociétés clientes, cela signifie que toute forme de contrôle effectif sur les activités de la filiale suffit très probablement à engager la responsabilité de la société mère. Par voie de conséquence, les sociétés connaissant suffisamment le FCPA sont conscientes des risques, notamment, comme cela a été indiqué à l'équipe d'examineurs, dans des secteurs comme la défense, la construction ou le génie civil dans lesquels il est fait un large recours à des procédures de passation de marchés publics. Une société mère « émettrice » est tenue de faire respecter dans les filiales étrangères qu'elle contrôle les dispositions en matière de comptabilité et de tenue de registres prévues par le FCPA (voir plus loin, section B).



## **B LES ÉTATS-UNIS DISPOSENT-ILS DE MESURES EFFICACES POUR PRÉVENIR ET DÉTECTER LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ?**

### *a) Le rôle de la SEC et du Service des fraudes du DOJ dans la dissuasion et la prévention*

18. Le Service des fraudes de la Direction des affaires criminelles du DOJ s'est vu confier depuis 1994 l'entière responsabilité de la mise en œuvre du FCPA au pénal. Selon l'opinion communément admise parmi les membres du Barreau rencontrés par les examinateurs, la réputation de volonté de poursuivre les infractions que le Service des fraudes du DOJ a acquise au fil des années a été l'un des principaux facteurs dissuadant les entreprises de se livrer à la corruption. Les milieux d'affaires, ou à tout le moins les grandes sociétés, considèrent en effet que le Département a la volonté de dissuader la corruption d'agents publics étrangers. Bien qu'au cours des 25 dernières années il n'y ait eu que relativement peu de poursuites engagées, le bilan des efforts réguliers au fil des ans témoigne clairement de la volonté sérieuse et persévérante du Département de continuer ses actions en matière de détection et de poursuite dans des affaires de corruption. Des ressources ont été en permanence affectées au traitement des allégations d'infractions au FCPA. Les compétences des procureurs se sont développées et sont mobilisées sur le terrain.

19. La SEC passe, elle aussi, dans les milieux d'affaires pour être attachée à faire appliquer la loi. Traditionnellement, la SEC a mis l'accent sur les types de pratiques comptables de nature à faciliter la dissimulation d'actes de corruption en infraction au FCPA, en faisant appliquer les lois relevant de sa compétence, y compris celles qui imposent aux sociétés de diffuser les notes d'information et documents comptables appropriés.

20. Malgré l'abondance d'articles et de commentaires sur la question, il n'existe guère de directives officielles ou faisant autorité sur le respect de ce texte vieux de vingt-cinq ans. Peu d'affaires – civiles ou pénales – ont été portées devant les tribunaux et ont permis de mieux cerner les limites du champ d'application du FCPA ou de traiter des questions difficiles posées par le critère des « fins commerciales », les paiements à des tiers bénéficiaires, l'exercice de la compétence juridictionnelle fondée sur la nationalité, la portée de la définition de la notion d'agent public étranger et d'autres domaines sur lesquelles peut régner une incertitude. Une bonne partie des textes faisant autorité et des orientations concernant la loi émane des discours de représentants du DOJ et de la SEC, des avis du DOJ (*Opinions*), des plaintes déposées par le DOJ et la SEC, d'accords entre l'accusation et la défense et de discussions informelles entre les avocats d'entreprises et le DOJ ou la SEC. Quelques publications générales existent également. Il y a une brochure sur la lutte contre la corruption publiée par le Département d'État et une brochure donnant des orientations générales au regard de l'application du FCPA publiée par les Départements de la Justice et du Commerce, ainsi que des rapports annuels au Congrès établis par le Département d'État et le Département du Commerce qui comportent aussi une synthèse et une analyse des lois adoptées dans les différents pays en vue de l'application de la Convention de l'OCDE. Ces publications sont produites en consultation et coopération avec les autres institutions et administrations compétentes. Il existe aussi des informations sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin. Des experts juridiques et en matière de commerce international des Départements américains de la Justice et du Commerce, du Département d'État, ainsi que des sites Web de différents Départements, sont également là pour aider les sociétés américaines concernées par le FCPA. Le statut de ces différentes sources d'information n'est cependant pas toujours clair ; il pourrait être utile de les regrouper dans le cadre d'un seul et même document d'orientation.

## *La procédure d'avis du DOJ et la nécessité de lignes directives supplémentaires*

21. Le Département de la Justice administre depuis longtemps un mécanisme d'examen de l'application du FCPA (on parlait précédemment des *Review Letters*, et désormais des *Opinions*) aux termes duquel une entreprise sur le point de conclure une transaction susceptible de poser des problèmes vis-à-vis du FCPA peut solliciter l'avis du DOJ quant aux intentions de ce dernier en matière d'application de la loi. Le DOJ communique, si on le lui demande, un avis indiquant si, sur la base des faits qui lui ont été présentés, il engagerait une action. Ces avis ne constituent en aucun cas un précédent et s'en tiennent strictement aux éléments concrets de la transaction spécifiquement soumise et le DOJ n'explique que rarement son raisonnement.

22. Dans la pratique, cette procédure a rarement été employée. Depuis son lancement en 1980, le DOJ a en moyenne exprimé moins de deux avis par an. Comme on peut le penser, le DOJ a été assez prudent quant à ses assurances qu'il n'engagerait « aucune poursuite », même si ses récents avis ont témoigné d'une volonté d'adopter une démarche pratique dans l'examen de transactions internationales de plus en plus complexes, au point même de proposer des solutions de rechange acceptables. En l'absence de jurisprudence importante ou de quelconques directives, les avocats particulièrement familiers avec l'application du FCPA ont régulièrement étudié les avis du DOJ pour y trouver des orientations et la fonction et l'utilité de ces avis a fait l'objet de bien des discussions au cours de la mission sur place des examinateurs.

23. Il ressort apparemment des discussions avec les grandes sociétés et leurs avocats « maison » rencontrés par l'équipe d'examineurs, que les sociétés évaluent les avantages, les coûts et les risques lorsqu'elles formulent une demande d'avis. Premièrement, si la transaction n'est pas approuvée, le demandeur doit, selon toute vraisemblance, renoncer à la poursuivre selon les modalités initialement proposées : en effet, continuer dans ces conditions pourrait revenir à admettre avoir eu « connaissance » qu'un acte de corruption serait commis. En conséquence, une société ne sera guère encline à demander un avis si elle n'est pas prête à s'abstenir de poursuivre la transaction envisagée en cas d'avis « négatif ». Deuxièmement, les décisions du DOJ ne sont techniquement pas contraignantes pour les autres instances fédérales (bien que la SEC ait publiquement affirmé qu'elle s'abstiendrait de poursuivre les émetteurs qui ont obtenu un avis positif du DOJ, c'est-à-dire l'indication par le DOJ qu'il n'engagerait pas de recours dans le dossier traité dans l'avis<sup>2</sup>). Troisièmement, dans un monde commercial toujours en mouvement, le délai de trente jours dans lequel le DOJ doit rendre son avis peut parfois être trop long pour constituer une solution viable ; en fait, la procédure d'avis peut durer plus de trente jours car le DOJ peut demander un complément d'information après le dépôt de la requête initiale. Les observateurs admettent que le DOJ s'est montré sensible aux contraintes de temps d'une transaction commerciale et qu'il a accéléré son examen chaque fois que possible, jusqu'à avoir ramené en une occasion ses délais à cinq jours. Quatrièmement, bien que les documents soumis soient exonérés des obligations de communication aux termes du Freedom of Information Act (Loi sur la liberté de l'information), la confidentialité ne peut être garantie car le DOJ conserve le droit de publier une synthèse indiquant, en termes généraux, la nature de l'activité du demandeur, le pays étranger dans lequel la conduite proposée doit se matérialiser, ainsi que la nature générale et les conditions de cette conduite. Cinquièmement, les éléments factuels communiqués, s'ils se matérialisent, peuvent donner lieu à une enquête du DOJ. Les poursuites restent possibles même après qu'un avis positif a été rendu, car le fait d'obtenir le feu vert ne constitue qu'une « présomption simple que la conduite du demandeur... est conforme à ces dispositions du FCPA. ». Le risque est plus

---

2. Une notice interprétative de 1980 (No. 34-17099, Aug. 28, 1980) indique que la SEC n'engagerait pas de recours sur une transaction pour laquelle un émetteur à obtenu un Compte rendu d'examen (*Release Letter*) du Département de la Justice avant le 31 mai 1981. Une notice interprétative ultérieure (No. 34-18255, Nov. 12, 1981) a prorogé cette politique « jusqu'à nouvel ordre ». Cette déclaration d'orientation n'a pas été révoquée depuis 1981.

grand si les éléments factuels changent et que la transaction se poursuit sous une forme qui ne correspond pas exactement à la description fournie au DOJ et sur laquelle reposait l'avis.

24. Il n'est guère étonnant que, parmi les transactions proposées qui ont donné lieu à un avis du DOJ indiquant qu'il n'engagerait pas de poursuites, rares ont été celles qui constituaient manifestement des cas « limites ». Comme il a été indiqué à l'équipe d'examineurs, aucune société ne s'adresse au DOJ pour obtenir un examen d'une transaction susceptible d'impliquer clairement un paiement illégal. En conséquence, la procédure d'avis du DOJ n'apporte pas de contribution considérable à l'effort général de dissuasion. Cette procédure était innovante lorsqu'elle a été introduite, mais la dissuasion en tant que tel n'a jamais constitué son objectif. Malgré ces considérations, l'expérience de la procédure parmi les grandes sociétés et leurs avocats est généralement positive. De plus, des observations sur le terrain tendent à montrer que les agents du Service des fraudes sont disposés à examiner de façon informelle les problèmes et les solutions de rechange avec les avocats et représentants des sociétés dans des situations qui relèvent de zones grises, afin de mettre les sociétés plus à l'aise lorsqu'elles se posent des questions touchant au FCPA. Ce facteur, de même que le souhait d'un nombre croissant de sociétés d'obtenir des indications pour la structuration de leurs opérations internationales de fusion, d'acquisition ou d'entreprises conjointes de façon à minimiser le risque « d'hériter » d'une responsabilité, pourrait bien encourager à l'avenir un recours plus large à la procédure d'avis. L'accent mis par le DOJ sur la conception et la mise en œuvre par les entreprises de programmes de vigilance (*compliance programs*) visant à garantir l'application du FCPA, souvent présentés assez explicitement comme une condition pour obtenir un avis positif, pourrait être très utile pour la structuration de projets de partenariats internationaux. On peut aussi penser que cette procédure sera prise en compte par les avocats dans des domaines véritablement risqués, dans la mesure où un avis négatif du DOJ relèverait l'avocat de sa responsabilité de prendre des décisions éventuellement difficiles. Toutefois, étant donné qu'une société risquant de recevoir un avis négatif peut se retirer de la procédure et qu'on ne dispose pas de statistiques à cet égard, il est difficile d'évaluer si cette procédure est utilisée à cet effet et dans quelle mesure elle l'est.

25. Bien que la plupart, sinon toutes les entreprises ainsi que leurs avocats « maison » qui se sont entretenus avec l'équipe d'examineurs aimeraient bénéficier d'une plus grande clarté d'interprétation du FCPA, aucun d'entre eux ne semble cependant disposé à lancer un appel clair en faveur de la publication de lignes directrices. Il convient de mentionner à cet égard que, lorsqu'en 1988, le DOJ a sollicité l'avis des professionnels quant à la nécessité de publier de telles lignes directrices sur le FCPA, cela n'a pratiquement pas suscité d'intérêt. Du point de vue des États-Unis, les conditions du FCPA sont simples et reposent sur la jurisprudence solide de la loi sur la corruption d'agents publics nationaux. Lorsqu'une entreprise se trouve dans l'incertitude quant à l'application du texte à une transaction donnée, elle dispose de la procédure des avis du DOJ ; une société qui s'abstient de profiter de cette procédure encourt le risque que ses actes contreviennent à la loi. En fait, les opinions qui prévalent dans les sociétés et les cabinets d'avocats semblent diverger quant à savoir si des directives générales seraient utiles à la dissuasion. Selon un point de vue, ces lignes directrices reviendraient à donner « la marche à suivre pour échapper à la loi », tandis que pour d'autres, elles seraient utiles, notamment pour la préparation de futures opérations à l'étranger.

### *Commentaire*

*De l'avis des examineurs principaux, le moment est venu d'étudier de nouvelles formes d'orientations, principalement pour aider de nouveaux intervenants (PME) sur la scène internationale et pour apporter un instrument utile de gestion des risques permettant aux sociétés d'éviter certains pièges qui peuvent se présenter lors du montage de transactions internationales susceptibles de donner lieu à des poursuites au titre du FCPA. En outre, il convient d'envisager la publication de directives dans des domaines où une politique ou une*

*position claire s'est dessinée de façon à faire en sorte que les compétences existantes du DOJ soient conservées dans l'avenir.*

**b) Détection et enquête**

*Sources des allégations*

26. Dans l'ensemble, au cours des 25 dernières années, les allégations et autres soupçons d'infraction au FCPA ont été portées à l'attention des autorités américaines par un certain nombre de voies. Il n'existe pas de mécanisme central d'enregistrement, de suivi ou de compilation de statistiques sur les allégations de corruption ou sur les personnes qui les portent à la connaissance des autorités. Les allégations d'infraction au FCPA émanent de concurrents, d'anciens salariés, de sociétés qui disposent d'un processus de contrôle interne et qui ont découvert des paiements suspects, de sous-traitants, de partenaires d'entreprises conjointes, de mandataires, d'agents publics ou de représentants de partis politiques étrangers, de représentants des États-Unis à l'étranger, notamment d'agents du FBI en poste à l'étranger, ainsi que de journalistes. La toute première affaire relevant du FCPA a été déclenchée à la suite d'un article paru dans le *Los Angeles Times* à propos du Premier ministre des Îles Cook, accusé d'avoir reçu des financements pour sa campagne en vue de sa réélection de la part d'un homme d'affaires américain. Les allégations sont faites en personne, par téléphone, télécopie, courrier ou par le biais des lignes d'appel spécialement créées à cet effet par les Départements de la Justice et du Commerce (bien que celle du Département du Commerce soit avant tout destinée à permettre aux sociétés américaines de déclarer des allégations de corruption de la part de sociétés étrangères) ou auprès du Centre des plaintes de la SEC. L'Inspecteur général de chaque organisme fédéral a également une ligne téléphonique confidentielle permettant de faire part de soupçons de fraude ou d'abus.

27. Ces dernières années, les plaintes anonymes sont devenues une source croissante d'allégations d'infractions au FCPA. Lorsque l'identité du plaignant est connue, les services chargés de faire appliquer le FCPA ne peuvent pas garantir qu'elle ne sera pas divulguée au cours d'une enquête ou de poursuites. Les dénonciations anonymes sont faites directement auprès du Service des fraudes du DOJ, du FBI, de la SEC ou bien auprès d'autres organismes.

28. Selon un représentant d'un syndicat qui s'est entretenu avec l'équipe d'examineurs, les personnes qui révèlent des actes de corruption sont cependant découragées de déclarer les infractions au FCPA par l'absence de protection inhérente au droit américain du travail. La protection accordée à un salarié est au mieux de nature contractuelle et varie selon que le salarié est couvert ou non par une convention collective qui prévoit des procédures de doléance ou s'il dispose d'un contrat individuel prévoyant une rupture motivée ou non. Dans la grande majorité des cas, cependant, il peut être mis fin à l'emploi au gré de l'employeur et la protection est minimale. En revanche, pour les employés de l'État fédéral, le Whistleblower Protection Act et l'Inspector General Act de 1978 prévoient des mesures civiles de protection des employés contre les éventuelles représailles pour dénonciation de comportements qu'ils « considèrent raisonnablement comme des preuves d'une infraction à une quelconque loi ». Certains États ont adopté des textes analogues pour protéger leurs agents.

29. Des allégations d'infraction au FCPA sont formulées dans bien d'autres contextes, y compris à l'occasion de contrôles réalisés par des organismes fédéraux comme ceux qu'effectuent le Département de la Défense ou les Inspecteurs généraux d'autres organismes officiels. Par exemple, des affaires d'infractions au FCPA concernant des procédures étrangères de passation de marchés publics ont été portées à l'attention du DOJ par la Defense Contract Audit Agency (organisme de contrôle des marchés du secteur de la défense) au cours de contrôles de routine touchant à la passation de marchés publics dans le

secteur de la défense. Souvent, les enquêtes sur les infractions au FCPA naissent d'enquêtes pénales portant sur d'autres questions comme des infractions au droit de la concurrence.

30. Au cours de la mission sur place, il est apparu clairement que les sources d'allégations au titre du FCPA sont nombreuses et variées. Il est également apparu que, compte tenu de la diversité des sources d'allégations, le gouvernement peut se heurter à des problèmes de suivi en cas d'absence de processus formel de centralisation de l'information ou de collecte de statistiques sur les allégations d'infraction au FCPA, leur nombre, leur origine et les mesures éventuellement prises à cet effet. Le Département de la Justice l'a reconnu dans son *Attorney's Manual*, qui prévoit que toutes les informations relatives à une infraction possible aux dispositions de lutte contre la corruption ou aux dispositions comptables du FCPA « devaient être immédiatement portées à la connaissance du Service des fraudes de la Direction des affaires criminelles » (Dep't of Justice, United States Attorney's Manual, Policy Concerning Criminal Investigations and Prosecutions of the Foreign Corrupt Practices Act, 9-47.110 (2000)). L'élaboration et la tenue de statistiques sur les allégations d'infraction au FCPA pourraient aider à la détection de mécanismes ou techniques de corruption à caractère nouveau ou récurrent, ainsi qu'à l'identification des pays ou secteurs d'activité vulnérables. Cela pourrait aussi permettre de mieux cibler les efforts et les ressources consacrés aux enquêtes de façon à en maximiser les effets.

#### *Commentaire*

*Il est difficile d'apprécier l'efficacité des mécanismes existants pour la mise en évidence des actes de corruption d'agents publics étrangers. Les examinateurs principaux pensent que les enquêtes sur les affaires de corruption d'agents publics étrangers pourraient être renforcées par l'élaboration et la tenue de statistiques sur l'origine des informations en matière d'allégations d'infraction au FCPA et sur ce qu'il est fait de ces informations. En outre, les examinateurs principaux admettent que la question de la protection des personnes qui révèlent des actes de corruption est inextricablement liée à la question plus générale de la protection des témoins et qu'il ne s'agit pas d'un problème propre au FCPA.*

#### *Enquêtes*

31. Le FCPA répartit la responsabilité de sa mise en œuvre entre le Département de la Justice et la SEC. Toutefois, comme le FCPA couvre un très grand domaine, les infractions au FCPA peuvent intervenir dans de nombreux contextes. En conséquence, différentes autorités peuvent prendre part à une enquête sur des infractions au FCPA, en plus du DOJ et de la SEC.

32. Les allégations d'infractions *pénales* au FCPA donnent généralement lieu à une enquête du Federal Bureau of Investigation (FBI), sous la supervision du Service des fraudes de la Direction des affaires pénales du DOJ. Ayant ses bureaux au sein même du DOJ et tenu par son règlement intérieur de porter toutes les allégations d'infraction au FCPA à la connaissance de la Direction des affaires pénales, le FBI est de loin l'organisme le plus puissant des instances opérationnelles fédérales, doté de larges pouvoirs pour faire appliquer le FCPA et d'un budget annuel global dépassant deux milliards de dollars. Le FBI emploie actuellement près de 25 000 personnes, dont plus de 12 000 agents spéciaux répartis dans plus de 50 bureaux locaux aux États-Unis et dans 20 bureaux étrangers. Les agents du FBI sont formés et rompus aux enquêtes complexes sur des fraudes et ils utilisent les méthodes d'enquête les plus perfectionnées dans le domaine de la protection des témoins, de l'utilisation d'informateurs et des techniques de surveillance. Par exemple, dans l'affaire *Tannenbaum* (S.D.N.Y. 1998), le gouvernement a procédé à une infiltration pour prendre en flagrant délit l'une des personnes mises en accusation sachant qu'il était vraisemblable que cette personne prenne des mesures pour corrompre des agents publics étrangers : le FBI et les procureurs

du DOJ ont obtenu l'autorisation du Département de la Justice d'Argentine de permettre à un agent du FBI de se faire passer pour un agent public argentin.

33. Les allégations d'infractions *civiles* aux dispositions anti-corruption du FCPA par des *non-émetteurs* font aussi l'objet d'enquêtes du DOJ ; les enquêtes sur les allégations d'infractions civiles aux dispositions sur la comptabilité et la corruption du FCPA par des *émetteurs* sont, en revanche, du ressort de la SEC<sup>3</sup>. Les enquêtes de la SEC à l'encontre des émetteurs sont menées par des procureurs affectés à la Division of Enforcement (Direction des affaires opérationnelles) à Washington ainsi que par les juristes représentant la SEC et affectés à ses bureaux régionaux. Contrairement à la Division des affaires criminelles du DOJ qui peut s'appuyer sur les instruments de collecte de preuves plus importants mis à la disposition de ses procureurs pénalistes, la SEC est entravée dans ses actions, selon les éléments rapportés à l'équipe d'examineurs, par ses ressources opérationnelles limitées et, en conséquence, la SEC n'a effectué que peu d'enquêtes sur des infractions aux dispositions anti-corruption du FCPA.

34. D'autres instances d'enquête que le FBI et la Direction des affaires opérationnelles de la SEC ont participé à des enquêtes ou en ont assuré la direction, souvent lorsque l'allégation relative au FCPA a été portée durant une enquête en cours. Par exemple, l'Inspecteur général de l'USAID a pris part à l'enquête sur la corruption par Metcalf & Eddy d'un agent public égyptien ; de même la Direction des enquêtes criminelles de l'Environmental Protection Agency (EPA) a pris la direction de l'enquête sur le versement de pots-de-vin par Saybolt, Inc à des agents publics panaméens. Dans cette dernière affaire, Saybolt faisait l'objet d'une enquête de l'EPA concernant des accusations de falsification de données lorsque l'information concernant le paiement illicite a été découverte.

35. L'Internal Revenue Service (IRS), les services fiscaux américains, joue aussi un rôle important dans les enquêtes sur les paiements illicites. Les contrôleurs du fisc sont formés et rompus à la détection des paiements suspects et, comme il ressort de l'entretien de l'équipe d'examineurs avec les experts fiscaux, il apparaît que les États-Unis donnent des indications très précises à l'ensemble des contrôleurs du fisc pour les aider à détecter les paiements suspects ainsi que sur les techniques d'enquête. L'IRS peut solliciter un grand nombre de renseignements au cours d'une enquête sur la déductibilité des paiements à des agents publics étrangers. Les contrôleurs du fisc vérifient les dépenses d'exploitation, l'utilisation des comptes bancaires à l'étranger et l'existence de caisses noires. Les instructions qui gouvernent les contrôles fiscaux contiennent aussi des méthodes d'enquête spécifiques afin de permettre aux contrôleurs de détecter des paiements illégaux dans certains secteurs d'activité. De plus, pour obtenir des renseignements supplémentaires relatifs à l'existence de caisses noires, de pots-de-vin, ou bien au regard de contributions à des mouvements politiques et autres renseignements d'ordre fiscal, l'IRS a une liaison spéciale avec la SEC et le Financial Crimes Enforcement Network du Département du Trésor. En outre, même si, à la différence d'autres Parties à la Convention, les États-Unis n'ont pas de législation fiscale imposant une déclaration annuelle des commissions versées à des tiers, il existe, aux termes de l'Export

---

3. Aux fins de l'application du FCPA, on entend par non-émetteurs les « entreprises nationales autres que les émetteurs », c'est-à-dire toute personne morale, société de capitaux ou de personnes, association, fiducie industrielle ou commerciale, organisation non dotée de la personnalité morale ou entreprise individuelle qui a son établissement principal aux États-Unis ou qui est organisée selon la loi des États-Unis, d'un territoire, d'une possession ou d'une dépendance des États-Unis, ainsi que « toute personne autre qu'un émetteur ou une entreprise nationale », à savoir toute personne physique qui n'est pas un citoyen, un ressortissant ou un résident des États-Unis et toute entité industrielle ou commerciale qui est organisée selon la loi d'un pays étranger et dont les titres ne sont pas négociés sur une bourse des États-Unis.

Les « émetteurs » sont essentiellement les sociétés cotées – toute personne morale (nationale ou étrangère) qui a enregistré une catégorie de titres auprès de la SEC ou est tenue de fournir certains rapports à la SEC, par exemple toute société dont les actions, obligations ou « American depository receipts » sont négociés sur une bourse américaine ou au NASDAQ, ainsi que leurs dirigeants, administrateurs, salariés, agents et actionnaires agissant pour le compte de l'émetteur.

Control Act, une déclaration obligatoire auprès du Département d'État en cas d'exportation d'armements ; cette information est disponible pour l'IRS.

c) ***Importance des dispositions comptables du FCPA et des obligations de vérification comptable de l'Exchange Act***

*Observations générales*

36. Les dispositions d'ordre comptable contenues dans le FCPA (les dispositions relatives aux « livres et registres ») qui existent parallèlement aux dispositions anti-corruption sont un complément important au sens où elles constituent un puissant instrument aussi bien pour la dissuasion de la corruption d'agents publics étrangers que pour sa détection. La nécessité pour les émetteurs de conserver des pièces justificatives qui rendent exactement compte des transactions et de la disposition d'actifs de la société, tout comme l'existence de contrôles internes obligatoires des comptes, semblent exercer un fort pouvoir de dissuasion vis-à-vis du versement de pots-de-vin : avec de telles obligations, il devient dès lors difficile de travestir ou de dissimuler des transactions. De plus, la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de tenue des livres et registres est indépendante de l'infraction de corruption, elle n'exige pas de preuve d'intention et elle est en soi passible de sanctions. Il a été suggéré que l'effet dissuasif pourrait être renforcé en imposant aux dirigeants de rendre compte des contrôles internes dans le cadre d'un rapport accompagnant les états financiers, bien que le Financial Executives Institute ait indiqué que nombre de ses adhérents le font déjà.

37. Il existe différentes règles relatives à la possibilité d'appliquer les dispositions comptables du FCPA aux filiales étrangères d'émetteurs américains. Un émetteur est responsable de l'application de ces dispositions vis-à-vis d'une filiale dès lors qu'il en a le contrôle. Comme l'avait précisé l'ancien Président de la SEC, Harold Williams, dans une déclaration d'orientation formelle de janvier 1981 et comme cela a été codifié à l'article 78m(b) (6) des modifications de 1988 au FCPA, la SEC applique des critères pratiques pour déterminer si l'émetteur contrôle la filiale et se trouve tenu de ce fait de lui faire appliquer les dispositions comptables : « lorsque l'émetteur contrôle plus de 50 % des droits de vote de sa filiale, les dispositions doivent être respectées. C'est également le cas s'il détient le contrôle de 20 à 50 % du capital, sauf si l'émetteur apporte des éléments tendant à démontrer que cela n'équivaut pas à un contrôle. S'il détient moins de 20 % du capital, il nous appartient de démontrer de façon certaine qu'il exerce le contrôle. »

38. Les infractions aux dispositions sur les livres et registres sont une source très importante de renseignements permettant la détection de la corruption d'agents publics étrangers ; elles constituent aussi une base indépendante pour engager la responsabilité des sociétés dans des affaires pour lesquelles les dispositions anti-corruption ne peuvent pas être invoquées. Dans l'affaire *SEC v International Business Machines Inc.*, une société mère a été sanctionnée pour avoir consolidé dans ses états financiers un poste apparaissant dans les livres de sa filiale argentine, décrit comme un paiement au titre d'un contrat secondaire, qui s'est avéré être un pot-de-vin. Des enquêtes parallèles de la SEC et du Département de la Justice n'avaient révélé aucune preuve de connaissance des faits de la part de la société mère américaine (à savoir la preuve qu'elle avait autorisé, commandé ou contrôlé l'acte illégal) normalement nécessaire pour fonder une mise en accusation en application des dispositions anti-corruption du FCPA. Les examinateurs principaux ont été informés de deux autres affaires dans lesquelles la consolidation des comptes avait ouvert la voie à une action à l'encontre d'une société mère américaine.

## *Comptabilité*

39. Il est apparu aux examinateurs principaux que les professionnels de la comptabilité n'attachent que peu d'importance au FCPA. La grande majorité des comptables américains (quelque 340 000) sont liés par le Code of Ethics of Certified Public Accountants (AICPA – code de déontologie des experts-comptables agréés), mais ce document ne fait référence qu'en termes généraux aux concepts « d'intégrité » et « d'objectivité » et ne mentionne explicitement ni la corruption, ni le FCPA. Il existe des programmes de formation obligatoire sur l'éthique et l'indépendance sous les auspices des sociétés d'experts-comptables agréées dans les différents États, mais la formation sur la fraude est facultative. Lorsque des sanctions graves frappent des comptables pour violation des règles de la profession, leur publication – déjà bien répandue – devrait constituer la norme de façon à mieux sensibiliser la profession.

40. Un phénomène encourageant réside dans les progrès réalisés par les organismes professionnels qui travaillent à une harmonisation des normes comptables internationales. Pratiquement tous les intervenants sur le sujet de la comptabilité et de la vérification comptable ont également évoqué les conséquences à long terme du déroulement de la faillite d'Enron : à mesure que la profession va tirer les leçons de cette affaire, il est fort probable que les normes professionnelles imposeront des contrôles plus précis et plus rigoureux.

## *Vérification de comptes*

41. L'obligation pour les sociétés américaines cotées de se soumettre à une vérification comptable indépendante constitue une autre mesure de sauvegarde dans le dispositif de détection et de dissuasion des infractions au FCPA. Il convient néanmoins de formuler quelques réserves sur l'efficacité de ce dispositif. Les vérifications comptables doivent être réalisées conformément aux règles de la SEC et aux Generally Accepted Auditing Standards (GAAS – Normes de vérifications comptables généralement admises). Toutefois, il existe une prolifération de normes, de déclarations et de lignes directrices émanant de l'AICPA qui a semé une certaine confusion dans les esprits des professionnels quant aux normes précises qui doivent s'appliquer. La récente Déclaration sur les normes de vérification comptable (SAS 95) élaborée par l'Auditing Standards Board (Conseil de normalisation de la vérification comptable) de l'AICPA prévoit expressément que le vérificateur doit les appliquer avec discernement. Un phénomène encourageant est la publication récente par l'AICPA d'un texte, intitulé « Proposed Statement on Auditing Standards Consideration of Fraud in a Financial Audit » (Proposition de déclaration sur la prise en compte dans les normes de vérification comptable des fraudes dans le cadre d'une vérification financière), qui prévoit spécifiquement des lignes directrices sur la détection de déclarations comportant des erreurs significatives résultant de fraudes. Il est espéré que, si ce texte est adopté, cette solution s'avérera utile.

42. Aux termes du Securities Exchange Act (Loi sur les opérations boursières) un vérificateur est tenu de déclarer les actes illégaux dont il soupçonne l'existence à la direction de la société, de porter l'affaire devant le conseil d'administration si des mesures appropriées ne sont pas prises et de rendre compte de ses conclusions à la SEC uniquement dans le cas où le conseil d'administration s'abstiendrait d'agir et l'acte illégal revêt une importance significative pour les états financiers de la société et appelle une modification du rapport du vérificateur. Les examinateurs principaux craignent que l'obligation de déclaration faite aux vérificateurs ne soit à la fois compliquée et subjective. En ce qui concerne le caractère significatif des faits, de nombreux versements de pots-de-vin, illégaux aux termes du FCPA, risquent de ne pas être détectés dans la mesure où les sommes relativement modestes concernées ne seraient pas considérées comme « significatives » pour les états financiers d'une société cotée. La question de savoir si ces versements seront détectés dépend de la façon dont a été conçu le plan de vérification. Les indications informelles diffusées par les agents de la SEC sont d'une certaine utilité à cet égard. Le Staff Accounting Bulletin No. 99 publié en août 1999 exprime le point de vue des agents de la SEC selon lequel il ne



convient pas de s'en remettre exclusivement à des critères quantitatifs, et le caractère significatif des faits doit être apprécié par référence à l'ensemble des conditions ambiantes. Le bulletin indique que « parmi les considérations susceptibles de donner une importance significative à une fausse déclaration quantitativement petite dans des états financiers, on trouve... la question de savoir si la déclaration erronée va de pair avec la dissimulation d'une transaction illégale ».

43. De plus, l'obligation pour un vérificateur de rendre compte à la SEC n'intervient que si « aucune mesure de redressement » n'a été prise par le conseil d'administration, critère qui prête à diverses interprétations. Il peut y avoir des cas qui échappent complètement à cette procédure de notification à la SEC. Un professionnel de la comptabilité a fait observer que les vérificateurs sont naturellement réticents à assumer le rôle « d'organe de repression ». Leur priorité est de préserver une relation ouverte avec le client en matière de communication financière, et un élément important de cette relation est le devoir de confidentialité.

44. En ce qui concerne le contrôle exercé sur les vérificateurs, la profession est actuellement sous la tutelle de la SEC, de l'AICPA et des bureaux d'Etat de vérification des comptes (state accounting boards) qui délivrent les agréments aux individus comme aux cabinets. Les poursuites sont rares, à l'exception notable de l'action intentée par la SEC contre Arthur Andersen LLP qui a donné lieu à une sanction civile de 7 millions de dollars EU pour avoir fait des déclarations fausses et trompeuses d'une importance significative et pour avoir eu un comportement professionnel contraire à l'usage lors des vérifications comptables de Waste Management Inc. Des initiatives ont été prises au niveau de la SEC pour achever l'examen des dispositifs de conformité aux règles d'indépendance des cinq plus grands cabinets de vérification comptable. De plus, Transparence Internationale a proposé un processus de suivi annuel pour remplacer le système actuel d'examen mutuel mis en œuvre par la profession. De l'avis des examinateurs principaux, l'efficacité du FCPA va selon toute vraisemblance être renforcée sous l'effet de bouleversements de la profession de vérificateur qui ont peu ou même rien à voir avec la manière dont opère la loi elle-même.

45. Le principal souci des examinateurs principaux en ce qui concerne les dispositions en matière de comptabilité et de vérification de comptes, tient au fait que ces dispositions ne s'appliquent pas en tant que telles aux non-émetteurs. Toutes les sociétés américaines sont tenues par la législation fiscale fédérale de tenir des livres et enregistrement appropriés afin d'étayer les demandes de déductions qu'elles formulent dans leurs déclarations d'impôt. Toutefois, les sociétés qui ne sont pas « émettrices » aux fins du FCPA sont régies par un patchwork de textes de droit des sociétés, par la réglementation comptable des États fédérés ainsi que par des normes appliquées par la profession. L'ensemble de ces textes ne spécifie pas de forme unique sous laquelle doivent être tenus les comptes. Les quatre exemples de lois des États fournis aux examinateurs par les autorités américaines présentent des variations d'un État à l'autre et manquent de clarté quant aux sanctions pour non-respect de l'obligation de tenir des registres appropriés. En d'autres termes, il existe toute une population d'entreprises qui se trouve en dehors du champ couvert par les dispositions comptables du FCPA et les dispositions fédérales en matière de vérification comptable, et qui échappe par là-même aux contrôles qu'elles imposent. De plus, les opérations internationales de ces entreprises sont soumises aux dispositions légales de leur pays d'immatriculation. Or, les règles applicables peuvent ne pas systématiquement imposer une consolidation des comptes de nature à assurer que les traces des opérations locales apparaissent en dernier ressort sur les comptes de l'entité américaine. Même si les États-Unis ont intenté plusieurs actions contre des non-émetteurs pour infraction aux dispositions anti-corruption du FCPA, la détection de ces infractions est au mieux imprévisible, faute de transparence comptable et il n'est pas clair, de l'avis des examinateurs principaux, dans quelle mesure cela peut amoindrir l'effet dissuasif du FCPA.

## Commentaire

*Les examinateurs principaux sont conscients du rôle essentiel joué par les dispositions en matière de comptabilité et de vérification des comptes dans la dissuasion et la détection des infractions au FCPA parmi les émetteurs, et dans l'élargissement de l'éventail des actions juridiques qu'elles permettent. Ces mécanismes pourraient être renforcés par des mesures destinées à mieux sensibiliser les professionnels de la comptabilité au FCPA et par l'introduction de normes de vérification des comptes plus claires et de mesures de contrôle des vérificateurs plus rigoureuses. Les examinateurs principaux invitent aussi les États-Unis à envisager de soumettre les vérificateurs indépendants à une obligation claire, indépendamment du caractère significatif des faits incriminés ou des mesures prises par le conseil d'administration, de rendre compte à la SEC de toutes les observations qu'ils ont pu faire au cours d'une vérification qui soit de nature à indiquer la possibilité d'un acte illégal de corruption, conformément à la Partie V de la Recommandation révisée de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales. Surtout et nonobstant les préoccupations exprimées quant à l'instance la mieux à même de faire appliquer la loi, il convient d'étudier soigneusement la possibilité d'étendre le champ d'application des dispositions du FCPA sur les livres et registres, au moins aux catégories de non-émetteurs dont les activités internationales dépassent un certain niveau.*

### d) *Sanctions et effet de « dissuasion connexe »*

46. Un autre trait dissuasif du FCPA est qu'il prévoit des sanctions pénales susceptibles d'être vigoureuses.<sup>4</sup> Pour les infractions pénales aux dispositions anti-corruption du FCPA, les sociétés et autres entités commerciales sont passibles d'une amende maximale de 2 millions de dollars EU par infraction ; les cadres de direction, les administrateurs, les actionnaires, les salariés et les agents sont passibles d'une amende maximale de 100 000 de dollars EU et/ou d'une peine maximale de prison de 5 ans. De plus, si l'infraction pénale emporte un gain ou une perte pécuniaire, le droit américain autorise des amendes maximales de substitution égales à la plus forte des deux sommes correspondant à deux fois le gain brut ou deux fois la perte brute, et les amendes pour les personnes physiques peuvent être accrues.

47. Les directives applicables en matière de condamnation permettent aux tribunaux d'alourdir les sanctions pénales prévues pour les infractions au FCPA, ce qui ouvre la voie à de fortes amendes et la possibilité de peines de prison ferme. Un système de points sert à calculer les sanctions en application de ces directives, avec des facteurs d'atténuation qui contribuent à réduire le nombre total de points. Les antécédents criminels, les tentatives d'obstruction à la justice, la coopération volontaire à l'enquête, le fait de plaider coupable (accepter sa responsabilité) et la taille de la société sont autant de facteurs qui peuvent influencer dans un sens ou dans l'autre la sanction encourue par une société ou un particulier. Lors de l'affaire *Lockheed* en 1995, l'application de ces dispositions a abouti à une amende totale combinée de 21,8 millions de dollars EU. À ce jour, il s'agit de la plus forte peine d'amende jamais prononcée aux termes du FCPA.

48. Une étude rapide des poursuites pénales engagées à ce jour en application du FCPA et ayant abouti à des condamnations ou des mises en accusation connexes indique cependant que la plupart d'entre

---

4 . Les sanctions civiles ordonnées lors de poursuites par la SEC font apparaître un schéma un peu différent et ce sont des considérations différentes qui sont prises en compte. Voir la Section C ainsi que l'Annexe au présent rapport qui contient un tableau présentant les sanctions imposées dans les affaires civiles et pénales portées devant les tribunaux en application du FCPA et en relation avec la corruption d'agents publics étrangers.

elles ont abouti à des amendes assez modérées aussi bien pour les sociétés que pour les personnes physiques, et à des mises à l'épreuve ou à des peines de prison avec sursis au lieu de peines de prison ferme. Durant la période 1977-2001, 21 sociétés et 26 personnes physiques ont été condamnées pour des infractions pénales au FCPA. Les amendes imposées aux sociétés sont allées de 1 500 à 3,5 millions de dollars EU (la transaction acceptée par Lockheed en janvier 1995 de payer une amende record de 21,8 millions de dollars EU étant le seul cas de dépassement de cette fourchette). Les amendes imposées aux personnes physiques ont été de 2 500 à 309 000 dollars EU. Avant la condamnation en 1994 d'un dirigeant de Lockheed et d'un responsable des ventes internationales de General Electric à des peines respectives de prison de 18 et 84 mois, aucun administrateur, cadre de direction ou salarié d'une société n'avait été mis en prison pour infraction au FCPA. Depuis lors, deux personnes physiques ont été condamnées à de la prison, dans les affaires *U.S. vs. David H. Mead and Frerik Pluimers* (quatre mois) et *U.S. vs. Herbert Tannebaum* (un an), toutes les deux en 1998. La proposition actuelle de la U.S. Sentencing Commission visant à relever le statut de l'infraction de base dans l'échelle des peines pour l'aligner sur celle de la corruption nationale devrait produire un impact sur les poursuites à venir : les amendes vont très vraisemblablement augmenter et il est probable que les administrateurs d'entreprise et cadres de direction se verront imposer plus souvent des peines de prison ferme pour leur implication dans des affaires de corruption. Cette nouvelle infraction de base entrera en vigueur le 1er novembre 2002, sauf objections du Congrès exprimées avant cette date.

49. De l'avis des examinateurs, cependant, il existe un autre facteur – à savoir les conséquences connexes d'une enquête ou d'une condamnation aux termes du FCPA – dont il faut tenir compte pour tirer des conclusions au sujet des sanctions qui ont été effectivement imposées dans des affaires relatives à l'application du FCPA. Pour les entreprises, la contre-publicité, le lancement d'une enquête, l'inculpation et les poursuites constituent sans doute un facteur de dissuasion plus important que les amendes ou les peines de prison. L'annonce du lancement d'une enquête peut entraver les opérations commerciales d'une entreprise et peut s'avérer embarrassante ou préjudiciable aux relations commerciales dans le pays où l'acte supposé de corruption a eu lieu. Du point de vue des relations publiques, une allégation de corruption peut être désastreuse pour une société dès lors que les médias annoncent qu'une enquête est en cours au titre du FCPA. Les éventuelles conséquences d'une quelconque mise en cause pénale sont parfaitement illustrées par l'action intentée contre Arthur Andersen LLP à la suite de l'enquête criminelle sur l'affaire Enron.

50. Au-delà des questions de relations publiques, les coûts en termes de frais juridiques et de temps passé à organiser sa défense devant les tribunaux sont en soi loin d'être négligeables. Mais il y a pire, du point de vue de grandes sociétés privées et de leurs avocats, à savoir la menace de suspension de privilèges d'exportation, comme cela a été le cas en 1994 pour Lockheed Corporation, ou de retrait de la possibilité de se présenter aux procédures d'attribution de marchés publics ou bien encore le risque d'être écarté des programmes gouvernementaux. Une simple mise en accusation au titre d'une infraction au FCPA est un motif de suspension, comme cela s'est produit pour la Harris Corporation qui a été jugée – et acquittée – pour infraction au FCPA en 1991. Dès lors qu'un organisme public radie ou suspend une société d'opérations fédérales donnant lieu ou non à un marché public, les autres organismes publics sont alors tenus par le Code of Federal Regulations (Code des règlements fédéraux), titre 48 : *Federal Acquisition Regulations System* (Mécanisme de réglementation des achats fédéraux) d'exclure la société. En outre, les États-Unis ne se feront pas les promoteurs d'entreprises qui souhaitent gagner des marchés à l'étranger à moins que ces entreprises ne certifient qu'elles-mêmes et leurs filiales ne se livrent pas à la corruption d'agents publics étrangers en lien avec le marché et qu'elles ont pour politique d'interdire de tels actes de corruption. Les sociétés contrevenant au FCPA peuvent aussi être exclues de missions commerciales officielles.

51. Les comportements qui violent les dispositions du FCPA sur la corruption peuvent aussi donner lieu à l'engagement d'une action civile pour dommages et intérêts aux termes du Racketeer Influenced and

Corrupt Organizations Act [RICO ; 18 U.S.C. §§ 1962-1968 (1998)], ou à des poursuites en application d'autres lois fédérales ou des États fédérés. Par exemple, un recours peut être intenté au titre du RICO par un concurrent qui affirme que la corruption a permis à la société mise en cause d'emporter un contrat à l'étranger. Dans l'affaire *W.S. Kirkpatrick v. Environmental Tectonics* [110 S. Ct. 701 (1990)], la Cour suprême a estimé que la doctrine « de l'acte de gouvernement » n'interdit pas une action en justice au motif qu'un pot-de-vin a permis à l'accusé d'emporter un contrat à l'étranger. Une infraction au FCPA peut aussi donner lieu à des procès coûteux. Par exemple, après que le Département de la Justice ait poursuivi une société pour avoir corrompu des cadres dirigeants de la Pemex (la compagnie pétrolière nationale mexicaine), la société mexicaine engagea une importante action devant les tribunaux civils à l'encontre de 18 accusés nommément désignés « et d'autres conspirateurs inconnus » en vue d'obtenir plus de 45 millions de dollars EU de dommages directs aux termes du Sherman Act, du Robinson-Patman Act, du RICO, et pour d'autres chefs d'accusation de corruption et de fraude commerciales.

52. Tout cela pris en compte, les éventuelles conséquences connexes exercent une forte dissuasion vis-à-vis du risque de voir la société être mise en accusation, sans parler du risque que l'affaire soit portée devant les tribunaux. Les sociétés ont de nombreuses et fortes raisons de conclure un accord avec le Département de la Justice ou la SEC et c'est sans doute ce qui explique le pourcentage important d'affaires qui se terminent par un accord entre accusation et défense sur le plaidoyer (*plea agreements*).<sup>5</sup> Compte-tenu de l'impact commercial d'une accusation d'infraction au FCPA, les sociétés hésitent à courir le risque d'un procès. De fait, au moins un représentant du Barreau a exprimé ses regrets de constater que cela s'est traduit par un nombre limité de décisions judiciaires.

### *Commentaire*

***Les examinateurs principaux sont conscients de l'effet dissuasif des conséquences connexes d'une poursuite ou d'une condamnation en application du FCPA. Ils sont d'avis qu'il serait trompeur de ne retenir que le montant des amendes et le niveau des autres sanctions prévues par les textes.***

#### ***e) Le rôle et l'utilité des programmes de vigilance des entreprises***

53. Le FCPA a pour effet important d'encourager la mise au point, par les entreprises, de programmes de vigilance visant à assurer la conformité des modes opératoires de l'entreprise avec les dispositions du FCPA (*corporate compliance programmes*). Selon un membre du Barreau ayant l'expérience des affaires liées au FCPA, les programmes de vigilance des entreprises sont la mesure la plus importante prise en faveur de la prévention et de la dissuasion. Les examinateurs principaux ont noté l'abondance de documents disponibles sur le sujet aussi bien sous forme imprimée que sur l'Internet et la place accordée à la promotion de tels programmes non seulement par des avocats « maison » et le Barreau, mais aussi dans la jurisprudence et par le Département de la Justice dans ses avis et le Département du Commerce dans ses publications. Une pratique relativement récente consiste à imposer à la société mise en accusation de mettre en œuvre un tel programme à titre de condition pour négocier un accord sur le

---

5. Dans un tel accord entre défense et accusation, la défense accepte de plaider coupable, souvent en échange d'un accord sur les motifs de condamnation, ce qui lui assure plus de certitude quant à la sanction prononcée en dernier ressort et/ou une promesse du ministère public de ne pas chercher à obtenir la sanction maximale prévue par la loi. Les transactions s'inscrivent dans une fourchette prévue par les instructions gouvernant les condamnations, et elles sont soumises à l'approbation du tribunal. Dans la plupart des cas, la transaction est organisée par des avocats expérimentés et réputés des deux parties, elle est immédiatement approuvée par le tribunal et elle aboutit à une conclusion formelle à l'encontre de la défense. La pratique des transactions est répandue dans les juridictions américaines et elle est considérée par la Cour suprême comme une composante essentielle de l'administration de la justice.

plaidoyer avec le ministère public. À partir de l'affaire *Metcalf & Eddy*, le gouvernement a imposé des certifications annuelles adressées au DOJ et il a obligé la société elle-même à procéder à un examen périodique de son programme pour s'assurer que ce dispositif tenait compte des éventuels changements intervenus dans l'organisation et dans les activités de l'entreprise. Dans une affaire d'infraction au FCPA, l'existence d'un programme de vigilance constitue, d'après les instructions qui gouvernent le prononcé des peines, une circonstance atténuante.

54. Comme cela a été indiqué aux examinateurs principaux, plusieurs traits caractérisent un programme de vigilance : la forte volonté des dirigeants d'instaurer et de diffuser une « culture du respect de la loi », une formation régulière et approfondie du personnel de l'entreprise et une mise en œuvre cohérente de la loi au sein de l'entreprise. Parmi les composantes d'un tel programme, on retiendra l'instauration de contrôles internes associés à un examen par un comité d'audit interne, la mise en œuvre d'un principe d'interdiction des paiements discrétionnaires, la formation et la familiarisation des salariés aux principales dispositions du FCPA, l'obligation pour l'ensemble des salariés de signer régulièrement un engagement à respecter la culture anti-corruption de la société et le filtrage systématique (contrôle préalable) des capacités opérationnelles, des antécédents, des relations commerciales, politiques ou autres, de la réputation et de la stabilité financière de tout partenaire commercial étranger potentiel afin de réduire la probabilité d'actes de corruption dont la société pourrait être tenue pour responsable. Dans les grandes sociétés américaines, le programme de vigilance fait couramment partie d'une politique globale d'application de la loi à l'échelle de la société qui couvre également les délits d'initiés, le droit de la concurrence et la réglementation des exportations.

55. Actuellement, de tels programmes sont répandus et bien intégrés dans les grandes sociétés cotées, notamment celles qui opèrent dans des secteurs présentant une forte aversion au risque, comme les marchés publics pour la défense et autres secteurs concernés par les marchés publics dont l'accès est assorti de normes strictes et où la société court un risque de radiation. Les dommages indirects ou connexes que devraient supporter ces sociétés en cas d'inculpation pour infraction au FCPA agissent comme une puissante incitation à faire respecter la réglementation en vigueur dans toute leur organisation. De fait, les examinateurs principaux ont été informés que de nombreuses grandes sociétés font respecter une politique unique à l'échelle mondiale, qu'elles appliquent aussi bien à leurs filiales étrangères qu'à leurs établissements aux États-Unis.

56. Les examinateurs principaux ont été frappés par le fait que tous les représentants du secteur privé qui ont évoqué cette question provenaient de grandes sociétés multinationales opérant dans les secteurs de la défense et des télécommunications, secteurs dans lesquels la pratique de tels programmes est monnaie courante et dans lesquels il n'y a pas pénurie de ressources – notamment d'avocats – affectées à leur mise en œuvre. Le respect du FCPA est un domaine dynamique et en pleine expansion selon les spécialistes du Barreau. Les associés des cabinets juridiques qui ont eu l'occasion de représenter des clients de plus petites sociétés ont indiqué que la question des ressources était moins déterminante que celle de la volonté de la direction de l'entreprise et que les programmes de vigilance offraient des possibilités d'adaptation quasiment infinies au regard des besoins et du budget d'entreprises des plus diverses. Il est toutefois possible de craindre que ces politiques ne soient plus largement et plus intensément enseignées, comprises et appliquées aux États-Unis que sur le plan international où le problème de la corruption est le plus susceptible de se poser : un membre du Barreau a évoqué « l'énorme fossé » qui sépare l'application de la réglementation aux États-Unis et la volonté d'en faire autant en dehors du pays. Selon une enquête réalisée par Transparency International sur les principales pratiques en matière de gouvernement d'entreprise, les sociétés réalisent généralement moins, et non pas plus, d'opérations de suivi dans leurs établissements à l'étranger que dans leur pays. Cette étude a aussi montré que seuls 52 % des entreprises interrogées qui étaient dotées de codes de conduite disposaient de versions en plusieurs langues de ces codes et que 19 % seulement considéraient que leur code était extrêmement efficace.

57. Mais surtout, de l'avis des examinateurs principaux, l'important réside dans le nombre considérable de petites sociétés opérant sur le marché international – la grande majorité des PME, selon les estimations d'un avocat de Washington – qui travaillent sans être dotées d'un programme visant à garantir la conformité de leurs modes opératoires avec les exigences du FCPA. Le même intervenant a qualifié cette situation de « prélude à un futur accident ». Un avocat de l'USAID a expliqué aux examinateurs que l'USAID ne travaillait pas avec des sous-traitants qui n'étaient pas vraiment au fait du FCPA, et qu'il était « étonné » du nombre de fournisseurs potentiels qui n'étaient pas dotés d'un programme de vigilance. L'USAID a jugé utile de fournir elle-même une formation à plus de 3 000 sociétés de ce type qui opéraient dans une situation de « vulnérabilité incroyable ». Pour les examinateurs principaux, ce scénario constitue à tout le moins un facteur de risque de nature à porter préjudice à l'efficacité du FCPA.

### *Commentaire*

*Le problème de l'élargissement de l'utilisation des programmes de vigilance des entreprises au regard de la réglementation dans les domaines où ils sont particulièrement nécessaires n'est qu'un aspect des questions liées aux PME et aux jeunes entreprises (start-ups) qui sera abordé plus loin. Les examinateurs principaux se félicitent de la volonté des États-Unis d'élaborer et de promouvoir de tels programmes, ou des lignes directrices pour leur conception et leur mise en œuvre en fonction des besoins spécifiques d'une population internationale plus vaste de sociétés. De plus, il convient de saluer, dans les affaires où la mise en place de tels programmes est prescrite à titre de condition pour un accord entre l'accusation et la défense sur le plaidoyer, l'inclusion de procédures formelles d'un suivi périodique, comme cela a récemment été le cas.*

#### *f) Le FCPA, les petites et moyennes entreprises et les jeunes entreprises*

58. À mesure que les examinateurs principaux ont pu acquérir une idée d'ensemble, lors de l'examen de la Phase 2, des modalités d'application du FCPA, ils se sont préoccupés des petites et moyennes entreprises (PME) et des jeunes entreprises (*start-ups*) américaines. Aux fins du présent document, il n'est pas utile de définir précisément ces termes, pas plus qu'on ne peut estimer le nombre de ces entreprises. Ces sociétés peuvent être des émetteurs ou des non-émetteurs au sens du FCPA ; leur taille fait que la plupart des PME entrent dans la catégorie des non-émetteurs. Leurs problèmes particuliers sont apparus plus nettement à la suite des entretiens qui ont eu lieu durant la mission sur place. Ces entretiens ont confirmé l'impression d'ensemble que les PME sont une catégorie d'entreprises particulièrement vulnérables dont les besoins ne sont pas convenablement couverts par le schéma actuel de mise en œuvre de la loi. Nombre de facteurs évoqués dans ce rapport et qui contribuent à la détection et la dissuasion efficaces des infractions au FCPA de la part de grosses entreprises n'ont pas le même impact sur les PME. Leur taille même – notamment dans le cas des jeunes entreprises disposant de très peu de ressources – tend à les rendre vulnérables. Pourtant, de telles sociétés se livrent à des opérations internationales d'une ampleur croissante, parfois dans des pays où la corruption constitue un risque reconnu. À titre d'illustration de ce problème, on notera qu'en 1997 82 % des exportateurs américains à destination de la Chine étaient des PME, selon les statistiques officielles américaines.

59. En partant de l'hypothèse que la plupart des PME sont des non-émetteurs, même si elles sont soumises aux dispositions du FCPA sur la corruption, elles ne sont pas soumises aux dispositions comptables de ce texte ni aux dispositions en matière de vérification des comptes de l'Exchange Act, et la SEC n'est pas compétente vis-à-vis de ces entreprises. Les protections offertes par ces textes en termes de dissuasion et de détection qui ont été évoquées précédemment, ne sont pas applicables à des PME ayant le statut de non-émetteurs. Les programmes de vigilance élaborés par les entreprises pour se conformer aux dispositions du FCPA et qui semblent si bien fonctionner dans les grandes multinationales sont

généralement moins bien compris, moins développés et mal appliqués, voire inexistantes chez les petites sociétés qui ont moins d'expérience, sont moins sensibilisées aux problèmes et qui disposent de ressources plus limitées. Le problème est exacerbé là où les PME opèrent à l'international – c'est-à-dire les lieux mêmes où la corruption est la plus susceptible de se manifester et la moins susceptible d'être détectée. On pourrait penser que l'effet décrit précédemment de « dissuasion connexe » – à savoir le préjudice porté à l'entreprise du fait du lancement d'une enquête ou d'une inculpation liée au FCPA – serait plus important dans le cas de petites entreprises pour lesquelles une inculpation pourrait revenir à un arrêt de mort de l'entreprise. En réalité, cet effet est vraisemblablement largement compensé par la conjugaison de l'ignorance et des faibles chances que l'acte de corruption soit un jour découvert. De plus, toutes les PME n'ont pas nécessairement facilement accès à un avocat spécialisé extérieur à l'entreprise et elles n'ont généralement pas les ressources pour ce faire, et elles ne sont sans doute pas au fait de la procédure des avis du DOJ ou suffisamment informées pour pouvoir s'en servir.

60. C'est au niveau des PME ayant le statut de non-émetteurs que le dispositif de mise en application du FCPA est sans doute le moins efficace. Pour diverses raisons, ces sociétés semblent être en mesure d'échapper aux mailles du filet. Les examinateurs n'ont pas manqué de conclure qu'il existe sans doute une corruption d'agents publics étrangers non détectée et d'une certaine ampleur dans les activités internationales de ces PME ayant le statut de non-émetteurs, simplement faute de programmes de vigilance suffisants ou d'autres dispositifs permettant de dissuader la corruption ainsi que de mécanismes comptables, de vérification des comptes ou d'autres contrôles pour la détecter.

61. À ce stade, il convient d'établir une distinction entre les filiales à l'étranger de sociétés américaines, en tant que catégorie, et les PME qui opèrent aussi bien aux États-Unis qu'en dehors de ce pays. Les filiales immatriculées à l'étranger des grandes multinationales américaines, même si elles ne sont techniquement pas soumises au FCPA, ne sont pas à l'abri des problèmes spécifiques posés par le fait de réaliser des opérations commerciales dans un contexte étranger. Toutefois, malgré des inquiétudes initiales de la part de l'équipe d'examineurs, il est apparu que ces entités bénéficient souvent, par l'intermédiaire de leur maison mère, de la visibilité offerte par les règles de comptabilité et les normes de vérifications des comptes ainsi que les programmes de vigilance souvent très élaborés mis en œuvre avec plus ou moins de rigueur par le siège de la société. La maison mère américaine a tout intérêt à faire respecter ces programmes dans toutes les entités étrangères sur lesquels elle exerce un contrôle effectif. En outre, il y a à tout le moins un avocat disponible, si ce n'est pour apporter ses conseils en personne, au moins pour formuler le problème et solliciter l'avis d'une source qualifiée : ces sociétés sont celles là mêmes qui peuvent facilement accéder aux grands cabinets juridiques spécialisés ayant une bonne expérience du FCPA.

### *Commentaire*

*S'agissant des dispositions du FCPA sur la tenue des livres et registres, actuellement obligatoires pour les seuls émetteurs, les examinateurs principaux invitent les États-Unis à envisager des modalités d'élargissement de leur champ d'application aux non-émetteurs dont les activités internationales dépassent un certain niveau. De plus, les examinateurs principaux encouragent les États-Unis à poursuivre et à renforcer les précieux efforts de communication entrepris par le Département d'État et celui du Commerce afin de mieux sensibiliser les entreprises au FCPA et à la Convention, en s'attachant plus particulièrement aux petites entreprises effectuant des transactions commerciales à l'étranger. Le Département de la Justice a un rôle majeur à jouer à cet égard en étudiant de nouvelles formes de lignes directrices qu'il pourrait diffuser pour faire en sorte que les PME et les jeunes entreprises aient accès à son expertise. Aux États-Unis, les cabinets juridiques ayant une bonne expérience du FCPA devraient s'assurer que les avocats de leurs bureaux à l'étranger ont une connaissance approfondie du FCPA et sont à même de donner des conseils directs et pertinents*

*au niveau local. Les cabinets ayant déjà une clientèle de PME sont encouragés à redoubler d'efforts pour mettre au point et diffuser des programmes de vigilance adaptés aux besoins des petites sociétés.*

**g) *Le rôle des mesures de prévention et de détection de la déduction fiscale des pots-de-vin***

62. Le dispositif américain destiné à prévenir la déduction fiscale des pots-de-vin, qui existe parallèlement au FCPA, et complète ce texte en apportant un moyen supplémentaire servant aussi bien de facteur de dissuasion de la corruption d'agents publics étrangers que de mécanisme pour sa détection. Les États-Unis sont dotés depuis de nombreuses années de dispositions fiscales traitant des pots-de-vin versés tant par des sociétés américaines que par leurs filiales étrangères. Le principe de non-déductibilité est inscrit à l'article 162(c)(1) de l'Internal Revenue Code (Code des impôts) interdisant les déductions de paiements illégaux à des agents publics ou employés de *tout* gouvernement. Il existe deux exceptions à ce principe : les paiements de facilitation et les paiements qui sont légaux aux termes du droit local du pays étranger. Ceux-ci peuvent être déduits à des fins fiscales. Le Trésor a la charge de prouver au moyen d'éléments clairs et convaincants que le paiement est illégal aux termes du FCPA. Toutefois, dans le cas où le contribuable prétend que le paiement est un paiement de facilitation ou qu'il est légal aux termes de la loi du pays étranger, c'est à lui que revient la charge de la preuve.

63. En ce qui concerne les filiales étrangères, aux termes des dispositions du sous-chapitre F de l'Internal Revenue Code, les règles d'interdiction des reports d'imposition s'appliquent aux revenus concernés par cette partie du Code, qui couvre tous les pots-de-vin, bakchichs et autres paiements illégaux (dont la déduction est refusée aux termes des dispositions relatives aux paiements illégaux) effectués par ou pour le compte d'une société étrangère contrôlée à un agent public, salarié ou « agent de fait » d'une administration publique (Internal Revenue Code §952(a)(4)). En outre, les sommes versées à titre de pot-de-vin ne doivent pas venir en déduction des gains et bénéfices de toute société versant un pot-de-vin à l'étranger qui n'est pas déductible (comme les paiements qui seraient illégaux aux termes du Foreign Corrupt Practices Act s'ils sont versés à une personne assujettie au droit américain). Conformément à l'article 941 IRC, « les revenus commerciaux étrangers éligibles » sont admis à un traitement fiscal favorable. Selon la réglementation applicable du Département du Trésor, les « revenus commerciaux étrangers éligibles » ne comprennent aucun pot-de-vin, bakchich ou autre paiement illégal au sens de l'article 162 (c) versé directement ou indirectement par ou pour le compte du contribuable à un agent public, salarié ou « agent de fait » d'une administration publique.

64. Dans l'ensemble, les examinateurs principaux ont estimé que les États-Unis étaient dotés de dispositions fiscales cohérentes concernant la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin à des agents publics étrangers. Ces dispositions couvrent également la question des versements de pots-de-vin effectués par des sociétés étrangères contrôlées par des sociétés américaines.

*Problèmes spécifiques liés aux pots-de-vin détectés lorsqu'un contribuable a demandé un accord de fixation préalable de prix*

65. Un accord de fixation préalable de prix est un accord qui permet de déterminer préalablement la méthodologie à utiliser pour fixer les prix de transfert interentreprises dans des transactions entre parties liées. Il suppose des négociations entre le contribuable et une ou plusieurs administrations fiscales. Le contribuable doit soumettre des documents permettant d'étayer la méthodologie présentée à l'administration fiscale. Les inspecteurs intervenant généralement dans un dossier d'accord de fixation préalable connaissent ces questions et ont reçu une formation, même si elle n'a pas porté spécifiquement sur la question des pots-de-vin illégaux. Si l'équipe chargée des accords de fixation préalable au sein de



l'IRS dispose d'informations qui indiquent qu'un pot-de-vin illégal (ou un quelconque délit) a pu intervenir, elle en réfère à la direction concernée. Les accords de fixation préalable ne traiteront pas un acte délictueux de la même façon que d'autres informations non factuelles reçues ; en d'autres termes, les renseignements concernant un acte délictueux sont communiqués en interne et un accord de fixation préalable n'est normalement pas censé protéger de l'utilisation de ces renseignements dans d'autres procédures.

#### *Problèmes spécifiques liés à des pots-de-vin versés par des sociétés étrangères contrôlées par des sociétés américaines*

66. En ce qui concerne la législation sur les sociétés étrangères contrôlées, les représentants aussi bien de l'IRS que du secteur privé ont indiqué qu'il était difficile dans la pratique de mettre en évidence les pots-de-vin versés par des sociétés étrangères contrôlées. Les inspecteurs s'en remettent pour l'essentiel à une analyse des risques et ils ont la possibilité de demander à l'administration centrale de procéder à un contrôle fiscal à l'étranger qui facilite en outre l'obtention de renseignements sur le traitement fiscal des pots-de-vin à l'étranger. Les représentants du secteur privé ont souligné l'importance des politiques internes et des codes de conduite des sociétés comme éléments de dissuasion à l'encontre de la corruption, notamment lorsque les dirigeants locaux des filiales sont soumis aux mêmes normes que les dirigeants de la société mère.

#### ***h) Le rôle des mesures de prévention du blanchiment de capitaux***

67. Le dispositif américain de prévention du blanchiment de capitaux, qui existe parallèlement au FCPA, apporte un autre complément à ce texte, au sens où, lui aussi, constitue un instrument supplémentaire servant tant la dissuasion que la détection de la corruption d'agents publics étrangers. Plusieurs modifications sont intervenues pour renforcer la législation en vigueur avec la promulgation, en réaction aux événements du 11 septembre 2001, du Patriot Act le 26 octobre 2001. On notera en particulier qu'il est désormais prévu une réglementation prévoyant les normes minimales d'identification du client lors de l'ouverture d'un compte par les « institutions financières », notion qui répond à une définition large. Les sociétés de remise de fonds sont désormais couvertes par les obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux. En outre, les entreprises d'investissement seront soumises à ces obligations en 2002. Les casinos entreront dans le champ d'application du dispositif anti-blanchiment, mais cela ne se fera pas avant 2003. Les sociétés d'assurance ne sont pas censées être couvertes par les obligations de déclaration d'opérations suspectes.

68. Le Patriot Act prévoit par ailleurs l'interdiction des comptes de correspondant aux États-Unis auprès de banques étrangères n'ayant pas de présence physique et énonce des dispositions de renforcement des procédures de « contrôle préalable » aussi bien pour les relations de correspondant bancaire que pour les activités de banque privée. Les normes minimales en matière de banque privée comprendront la vérification de l'identité du propriétaire apparent et du propriétaire réel ainsi que de l'origine des fonds. Ces dispositions doivent entrer en vigueur d'ici la fin 2002 aux termes des règlements d'application de la loi. Le contenu des règlements était encore en cours d'examen lors de la visite des examinateurs. De même, des dispositions sont prévues pour prévenir les services indirects auprès de banques boîtes à lettre à l'étranger. Le Secrétaire au Trésor est habilité à édicter des règlements pour définir les « mesures raisonnables nécessaires » pour se conformer à cette règle et le contenu de ces règlements est en cours d'élaboration.

69. Autre évolution marquante, du point de vue de l'équipe d'examineurs, l'imposition de nouvelles obligations aux institutions financières afin qu'elles surveillent de plus près les comptes de

personnalités politiques étrangères, par suite de la publication l'an dernier d'instructions et de la promulgation du Patriot Act. En janvier 2001, le Département du Trésor, dans le cadre d'un groupe d'étude réunissant différents organismes publics, a publié des instructions sur le renforcement de la surveillance des opérations susceptibles d'impliquer le produit d'actes de corruption d'agents publics étrangers. Ces instructions imposent de nouvelles responsabilités aux institutions financières afin qu'elles mettent fin ou limitent leurs opérations avec des représentants politiques de premier plan à moins que ces derniers ne démontrent la légalité de leurs actes. Les comptes ouverts à de tels agents publics et leur famille proche ou leurs associés immédiats qui sont habilités à effectuer des opérations pour le compte de ces agents publics doivent être surveillés et les banques doivent adopter une démarche volontariste de mise en conformité de ces comptes. Bien que ces instructions n'aient pas le statut de texte législatif ou réglementaire fédéral et qu'elles n'aient donc pas de caractère obligatoire pour les institutions financières, ces dernières sont néanmoins désormais tenues, depuis la promulgation du Patriot Act, de « procéder à des contrôles renforcés de ces comptes dont l'ouverture ou la tenue est sollicitée par ou pour le compte d'une personnalité politique étrangère de premier plan, ces contrôles étant raisonnablement conçus pour détecter et rendre compte de transactions susceptibles de concerner le produit d'actes de corruption d'agents publics étrangers ».

70. L'article 5322 du Titre 31 du Code fédéral, qui prévoit les sanctions pénales et civiles en matière d'obligations des institutions financières nationales de tenue de compte et de déclaration sur les « transactions au moyen d'instruments monétaires », introduit une autre mesure de protection dans le système de dissuasion et de détection. Cette disposition n'est cependant censée couvrir que les manquements volontaires à l'obligation de déclaration des opérations suspectes (*suspicious activity reports* – SARS) ou des opérations en espèces. Même si les poursuites pénales ont été jusqu'ici peu nombreuses dans ce domaine, les examinateurs principaux ont été informés que certaines actions contre des institutions financières étaient en cours, les autorités étant de plus en plus conscientes qu'une augmentation des poursuites pénales dans ce domaine contribuerait au renforcement du dispositif de lutte contre le blanchiment. Il ne semble pas qu'il existe de données donnant des informations complètes sur le niveau des sanctions pour non-déclaration d'opérations suspectes. Toutefois, d'après ce que les examinateurs ont pu observer en matière de poursuites pour ce motif à l'encontre d'institutions financières, les sanctions pécuniaires imposées ne semblent pas en soi très dissuasives.

71. Dans l'ensemble, les modifications apportées dans le Patriot Act apparaissent comme des mesures importantes pour la dissuasion et la détection de la corruption d'agents publics étrangers. On peut cependant rester préoccupé par le fait que de nombreuses entreprises – en dehors des sociétés entrant dans la catégorie des émetteurs aux termes du FCPA – semblent ne pas être soumises à une obligation de tenir des livres et registres de nature à leur permettre de répondre aux demandes des autorités compétentes de reconstitution d'opérations nationales à des fins d'enquêtes, comme le prévoit la Recommandation n° 12 du GAFI. Il semble que le Patriot Act habilite le Secrétaire au Trésor à édicter des règlements en matière de comptabilité et de déclaration de transactions concernant au premier chef des pays ou territoires étrangers. Au moment de la visite des examinateurs, l'étendue de ces prérogatives, leurs modalités d'application et la question de savoir si elles s'appliqueraient de façon générale à des sociétés de taille moyenne réalisant des transactions commerciales internationales n'étaient cependant pas encore précisées.

### *Commentaire*

***Les examinateurs encouragent les autorités américaines, dans les cas appropriés, à envisager d'engager plus de poursuites pénales pour non-déclaration d'opérations suspectes, afin de mettre en relief l'importance du respect de ce dispositif de déclaration. Il conviendrait en outre d'étudier plus avant la possibilité de sanctionner au pénal la non-déclaration par négligence, dans la mesure où la norme actuelle en matière d'élément intentionnel définie par la notion de « non-déclaration volontaire » fait reposer une charge de la preuve considérable sur le***

*ministère public. Les examinateurs principaux encouragent en outre les autorités américaines à rassembler des informations statistiques pertinentes en vue d'une évaluation future.*

**C LES ÉTATS-UNIS SONT-ILS DOTÉS DE MÉCANISMES APPROPRIÉS POUR ENGAGER DES POURSUITES EFFICACES À L'ENCONTRE DES INFRACTIONS DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ET DES INFRACTIONS CONNEXES EN MATIÈRE DE COMPTABILITÉ ET DE BLANCHIMENT DE CAPITAUX ?**

**1. POURSUITES DES ACTES DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS**

**a) *Fonctionnement des principaux organismes en charge de faire appliquer la loi : la SEC et le DOJ***

*L'action de la SEC*

72. En ce qui concerne le FCPA, les responsabilités au regard de l'application de la loi se répartissent entre le Département de la Justice et la SEC. Le Département de la Justice est responsable de la mise en œuvre au pénal des dispositions du FCPA ainsi que de la mise en œuvre au civil des dispositions du FCPA de lutte contre la corruption vis-à-vis des entreprises nationales et des sociétés et ressortissants étrangers. Pour sa part, la SEC est responsable de la mise en œuvre civile des dispositions anti-corruption et des dispositions comptables vis-à-vis des émetteurs. De façon générale, c'est la SEC qui fait appliquer les dispositions du FCPA en matière de tenue de registres et de comptabilité, tandis que le DOJ fait appliquer la composante anti-corruption. Dans la pratique, la SEC fait valoir le droit vis-à-vis des entités relevant de sa compétence, y compris les textes imposant aux sociétés de transmettre les notices d'information requises et de communiquer les informations appropriées. Si, au cours de son action, la SEC considère que la société a commis un acte susceptible de constituer une infraction au FCPA, elle ajoutera ce chef d'accusation aux motifs de poursuite à l'encontre de ladite société.

73. Lors de la promulgation du FCPA en 1977, ses dispositions en matière de comptabilité et de tenue de registres ont été intégrées dans le Securities Exchange Act of 1934, et ces normes sont ainsi devenues partie intégrante du droit applicable à l'ensemble des émetteurs, qu'ils interviennent ou non dans de quelconques opérations transnationales ou qu'ils traitent ou non avec des agents publics étrangers qu'ils pourraient corrompre. En conséquence, la majorité des affaires concernant les normes de comptabilité et de tenue de registres du FCPA, telles qu'elles sont intégrées dans le Securities Exchange Act of 1934, ne présentent pas de composante de corruption transnationale. Elles concernent fréquemment divers autres mécanismes par lesquels des salariés ou dirigeants de sociétés commettent des fraudes comptables. Toutefois, après une dizaine d'années de hiatus durant lesquelles pratiquement aucune affaire intentée en application des dispositions du FCPA en matière de comptabilité et de tenue de registres n'a concerné la corruption, la SEC a engagé en relativement peu de temps des poursuites dans quatre affaires ayant une composante de corruption durant la période 2000-01.<sup>6</sup> Comme il n'y avait eu que sept affaires auparavant, nombre de spécialistes en matière de criminalité en col blanc ont déclaré durant la visite des examinateurs qu'ils s'attendent à ce que les pressions se poursuivent dans la mesure où les États-Unis cherchent à faire appliquer la Convention de l'OCDE à l'échelle internationale.

74. Comme on l'a vu, la SEC est habilitée, et elle a fait usage de cette prérogative à l'occasion, à engager des actions civiles à l'encontre d'une société au seul motif d'une infraction aux dispositions anti-corruption du FCPA. Ces affaires sont assez rares : la SEC a édicté des injonctions (ou ordonnances de ne pas faire) aux termes de l'article 30A, à savoir les dispositions anti-corruption du Securities Exchange Act,

---

6. Voir *SEC v. International Business Machines, Corp.* (D.D.C. 2000) ; *In the Matter of American Bank Note Holographics, Inc.* (2001) ; *United States and SEC v. KPMG-Siddharta Siddharta & Harsono and Sonny Harsono* (1999) ; *SEC v. Chiquita Brands International, Inc.* (D.D.C. 2001).

à cinq occasions de 1977 à 2002.<sup>7</sup> Par exemple, dans l'affaire *Katy Industries* (1978), malgré la présence de certains éléments d'infraction aux dispositions comptables, l'accent a surtout été mis par la SEC sur les accusations à l'encontre de Katy d'avoir employé en lien avec un contrat de partage de production de pétrole un consultant qui était un proche d'un agent public du gouvernement indonésien, en sachant ou en ayant des raisons de savoir que les paiements effectués au consultant seraient rétrocédés à l'agent public.

75. La norme pertinente pour l'action de la SEC est énoncée dans le discours d'orientation prononcé en 1981 par le Président de la SEC de l'époque, Harold Williams. Soucieux d'apaiser les inquiétudes des milieux d'affaires sur le risque que les dispositions comptables du FCPA puissent donner lieu à des infractions commises par inadvertance, le Président avait affirmé que « l'objectif [de la Commission] consiste à permettre à une entreprise, agissant de bonne foi, de se conformer aux dispositions comptables de la loi selon des modalités innovantes et efficaces et en améliorant son sens des responsabilités juridiques ... On ne peut attendre d'aucun système de registres et de contrôles – quelle que soit l'efficacité de sa conception ou la conscience avec laquelle il est appliqué – qu'il empêche toutes les utilisations d'actifs erronées ou irrégulières ». Il avait conclu que sanctionner les infractions aux dispositions comptables commises par inadvertance n'était pas le but premier de la SEC. Lorsque la SEC rencontre des problèmes comptables qui ne sont pas liés à des paiements irréguliers, elle ordonne généralement à la société de se conformer aux dispositions des textes législatifs et réglementaires fédéraux en matière de comptabilité et de tenue de registres.

#### *Commentaire*

***Les examinateurs principaux ont noté positivement la volonté désormais plus affirmée de la SEC d'engager des poursuites à l'encontre des infractions de fond au FCPA. Toutefois, en l'absence de déclaration récente de caractère définitif, il y a un certain manque de transparence entourant la politique et les priorités en matière de poursuites au sein de cette instance. Cet aspect, conjugué à la forte rotation du personnel de la SEC observée récemment, risque de porter préjudice à la cohérence et à l'efficacité de son rôle vital dans la mise en œuvre du FCPA.***

#### *L'action du DOJ*

76. Depuis la promulgation du FCPA, le Département de la Justice n'a engagé qu'un nombre relativement limité de poursuites et lorsqu'il l'a fait, cela concernait généralement des accusations d'infractions aux articles 78dd-1 et 78dd-2 du FCPA (paiements de pots-de-vin par un émetteur ou une entreprise nationale) : environ 32 poursuites pénales et 7 actions au civil ont été engagées par le DOJ en application des dispositions anti-corruption du FCPA. Dans quelques cas seulement, le Département de la Justice a engagé des poursuites pour infractions aux dispositions comptables, en dehors de son rôle de poursuite des infractions aux dispositions du FCPA sur la corruption. Parmi les affaires ne concernant pas la corruption, on retiendra *United States v. Duquette* (D. Conn 1984), *United States v. Lewis* (S.D.N.Y. 1988), *United States v. UNC/Lear Services* (W.D. Ky. 2000) et *United States v. Daniel Rothrock* (W.D. Tex. 2001). Comme seulement une trentaine de cas de corruption ont fait l'objet de poursuites en 25 ans d'application du FCPA, il est difficile de tirer des conclusions générales sur l'application de la loi. Il n'y a pas de statistiques ou autres informations disponibles qui permettraient de connaître le nombre d'allégations reçues, le nombre d'enquêtes commencées, terminées ou abandonnées ou qui permettraient d'éclairer les raisons qui ont conduit aux décisions de ne pas engager des poursuites.

---

7. Voir *SEC v. Katy Indus., Inc* (N.D. 1978), *SEC v. Sam P. Wallace Co., Inc.*, (D.D.C. 1981), *SEC v. Ashland Oil, Inc.* (D.D.C. 1986), *SEC v. Triton Energy Corp.*, (D.D.C. 1997) et *United States and SEC v. KPMG-Siddharta Siddharta & Harsono and Sonny Harsono* (1999).

77. Malgré le nombre relativement limité de poursuites engagées au cours de ces 25 ans, la volonté constante du DOJ de poursuivre dans les affaires de corruption a été immédiatement perceptible au cours de la mission sur place. Elle est en outre soutenue par le souci de poursuivre des sociétés pour infractions au FCPA autant que faire ce peut, sachant, comme cela est écrit dans les instructions aux procureurs, que la poursuite d'entreprises constitue une « chance unique de dissuasion à très grande échelle ».

78. En 1994, l'action pénale à l'encontre des infractions au FCPA a été centralisée sous le seul contrôle du Service des fraudes de la Direction des affaires criminelles, afin d'assurer la cohérence du traitement de ces affaires. Cela a permis de se doter d'un corps de procureurs très formés au dossier du FCPA pour diriger les équipes du ministère public dans chaque affaire. C'est particulièrement important pour des poursuites engagées devant des tribunaux fédéraux en dehors de la capitale où les procureurs fédéraux locaux ont ainsi l'avantage de travailler à chaque occasion avec un spécialiste expérimenté.

79. En ce qui concerne les ressources dont il dispose, le Service des fraudes se compose d'une soixantaine de procureurs. Au moment de la mission, onze travaillaient sur des affaires liées au FCPA, tout en traitant simultanément, pour la plupart d'entre eux d'autres types d'affaires. D'autres procureurs disposent également des compétences nécessaires. L'équipe d'examineurs a été informée que la priorité était donnée aux affaires concernant le FCPA lors de l'affectation du personnel et que des mesures sont prises pour faire en sorte que de jeunes procureurs travaillent sur le FCPA. Les compétences en matière de poursuites s'acquièrent au moyen de formations régulières portant sur les techniques complexes de criminalité en col blanc. La cohésion du Service des fraudes a bénéficié de la faible rotation de son personnel. Son budget est suffisamment important pour permettre des tournées dans les districts judiciaires du pays ainsi que des voyages à l'étranger pour rassembler des éléments de preuve. Les examineurs principaux ont été informés par des représentants du DOJ qu'ils n'avaient jamais dû abandonner un dossier concernant une infraction potentielle au FCPA en raison d'un manque de ressources humaines ou financières.

80. La situation concernant les priorités en matière de poursuites est moins claire. Des procureurs du DOJ ont expliqué à l'équipe d'examineurs que malgré les indications contraires figurant dans le manuel des procureurs qui précise les principes de poursuite, il n'y a en fait pas de priorité clairement définie au sein du DOJ déterminant le choix des affaires sur lesquelles sont engagées des poursuites. De façon générale, le DOJ, lorsqu'il décide de mettre en examen une société ou un particulier, vérifie, avant toute autre chose, si les éléments de preuve sont suffisants et quelles sont les chances de l'emporter. Il s'ensuit que la principale norme de mise en examen appliquée de façon générale par les procureurs du Service des fraudes consiste à savoir si les procureurs pensent que sur la base des éléments de preuve réunis, les accusés seront condamnés.

81. Toutefois, ce tableau est un peu terni par l'existence d'une déclaration antérieure sur les priorités en matière de poursuite qui semble aller à l'encontre de la position affirmée par les procureurs actuels. En novembre 1979, peu après l'entrée en vigueur du FCPA, une déclaration publique a en effet été faite par l'Attorney General adjoint de l'époque, M. Philip Heymann, sur les « priorités en matière de poursuite » devant être appliquées par le Département de la Justice en ce qui concerne les dispositions anti-corruption du FCPA. Dans cette déclaration, il mettait l'accent sur un certain nombre de facteurs de nature à « accroître la probabilité » du lancement d'une enquête ou de poursuites, notamment (i) le versement de paiements illicites ou des dons dans des pays où les seuls autres concurrents sont des sociétés américaines ; (ii) les situations dans lesquelles il n'y a pas de concurrents américains, mais où une société américaine est la seule à se livrer à des pratiques de corruption ; enfin (iii) le fait qu'une nation étrangère fasse des efforts pour éradiquer les pratiques de corruption. Les autres situations considérées comme affectant la probabilité de poursuites étaient les suivantes : l'importance du paiement, l'importance de la transaction, les antécédents des personnes ou entités impliquées, la participation de membres de la direction et le poids des éléments de preuve disponibles.

82. La déclaration de M. Heymann sur les priorités des poursuites concernant le FCPA a été faite il y a plus de vingt ans, alors qu'il n'y avait guère eu de poursuites significatives dans ce domaine, et à une époque antérieure à la négociation et la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE. Toutefois, au moment où elle a été faite, elle était porteuse du poids de l'autorité et les membres du Barreau y font encore référence.<sup>8</sup> Les examinateurs principaux notent qu'elle n'a jamais été formellement réfutée ni remplacée par une déclaration claire quant aux critères qui régissent désormais le choix des dossiers sur lesquels des poursuites sont engagées. Les représentants du DOJ ont indiqué à l'équipe d'examineurs que chaque accusation de corruption est évaluée avant tout en fonction de la qualité et de la quantité des preuves disponibles et de la probabilité d'une condamnation si l'affaire est portée devant les tribunaux ; ils ont en outre précisé que la seule raison pour les États-Unis de refuser de poursuivre est l'absence de preuves suffisantes ou disponibles. Une déclaration à cet effet destinée à un plus large public pourrait venir clarifier à point nommé ce qui constitue à l'heure actuelle la position du DOJ quant à ses priorités en matière d'exécution du FCPA.

83. À l'issue de leur mission, les examinateurs principaux ont acquis une forte impression d'ensemble selon laquelle le système des poursuites pénales à l'encontre des infractions aux FCPA fonctionne bien. Toutefois, ce bon fonctionnement actuel semblerait peut-être trop dépendre de critères subjectifs qui ne reposent guère sur un cadre structurel objectif. En l'absence de déclaration claire sur les priorités actuelles en matière de poursuites, l'équipe d'examineurs n'a reçu que des assurances des procureurs en exercice. La même préoccupation pourrait s'exprimer quant aux modalités de réception et de traitement des soupçons d'infractions au FCPA, aux motifs pour lesquels des enquêtes sont lancées et d'autres sont interrompues, aux modalités de partage et de transmission des compétences au sein du Département et à la façon dont est abordée l'interaction avec d'autres organismes officiels, notamment la SEC (voir ci-après la section sur la coopération entre organismes officiels). Comme on l'a vu précédemment, il n'existe pratiquement aucune statistique interne sur les modalités de traitement des soupçons d'infraction et donc peu d'instruments pour faciliter une analyse de la gestion des dossiers, un contrôle interne et une évaluation des besoins budgétaires.

84. Tant que l'équipe actuelle de procureurs consciencieux et expérimentés restera en place, les examinateurs principaux ont la conviction que le système d'exécution du FCPA administré par le Service des fraudes continuera de bien fonctionner. Mais en matière de principe organisationnel et de responsabilité, il y a des risques inhérents à laisser s'instaurer une situation dans laquelle l'essentiel du capital intellectuel d'une unité chargée des poursuites – non seulement en termes de compétence, mais surtout en termes de mémoire institutionnelle à long terme – est le fait d'une petite équipe de spécialistes et n'est pas complété par des statistiques, des documents et des processus objectifs.

### *Commentaire*

***Les examinateurs principaux invitent les États-Unis à faire une déclaration publique sur leurs priorités actuelles d'exécution du FCPA à la lumière de la Convention de l'OCDE. Les examinateurs invitent aussi les États-Unis à étudier les techniques, que ce soit sous forme de déclarations d'orientation, d'instructions internes sur les pratiques à suivre, de statistiques, etc. qui pourraient servir à saisir, protéger et entretenir, sous une forme objective, visible et adaptée, les trésors de mémoire institutionnelle et de compétences quant aux poursuites concernant le FCPA qui sont actuellement entre les mains de l'équipe de procureurs du Service des fraudes, afin de renforcer l'infrastructure organisationnelle nécessaire pour poursuivre la lutte contre la corruption et en assurer la continuité.***

---

8. Voir Donald R. Cruver, *Complying With the Foreign Corrupt Practices Act. A Guide for U.S. Firms Doing Business in the International Market Place* (Chicago, Illinois: American Bar Association, 1999), p. 61.

## *Coopération entre organismes officiels*

85. Les poursuites engagées au titre des dispositions anti-corruption et comptables du FCPA dépendent dans une large mesure de la coopération et de l'échange de renseignements entre les différents organismes gouvernementaux. Comme le FCPA couvre un très grand spectre d'activités, le gouvernement peut être confronté à des problèmes opérationnels complexes ainsi qu'à des questions de compétence. Comme on l'a vu précédemment, le FCPA répartit les responsabilités d'exécution de la loi entre le Département de la Justice et la SEC.

86. Le DOJ et la SEC, en raison du recoupement de leurs champs de compétence, coopèrent et échangent des renseignements chaque fois que possible. La SEC a l'habitude de transmettre au DOJ tout renseignement qui n'est pas le produit concret de son travail généré au cours d'une enquête. Le DOJ en fait de même. En fait, dans l'affaire *SEC v. Dresser Industries, Inc.* (D.C. Cir. 1980), la Cour d'appel des États-Unis pour le District de Columbia (Court of Appeals for the District of Columbia) a estimé que la SEC et le Département de la Justice étaient libres de partager les fruits de leurs investigations « au tout premier stade d'une quelconque enquête ». Une exception existe toutefois pour les affaires pour lesquelles un grand jury fédéral doit être constitué, et dans lesquelles c'est le DOJ qui engage les poursuites. Les preuves données au grand jury sont soumises à des règles de confidentialité strictes et ne peuvent pas être communiquées à d'autres organismes officiels, sauf si le DOJ obtient une ordonnance du tribunal autorisant cette diffusion. Le commencement d'une enquête sous l'autorité d'un grand jury n'empêche pas la SEC de fournir des renseignements ou des preuves au DOJ. Dans d'autres affaires, le DOJ, peut inviter – et il le fait – la SEC à participer à une audition conjointe des témoins.

87. D'autres formes de coopération entre le DOJ et la SEC se manifestent dans les relations avec les procureurs étrangers et les autorités étrangères auprès desquels le DOJ et la SEC doivent se rendre pour recueillir des preuves se trouvant en dehors du territoire des États-Unis. La SEC a mis au point des mécanismes lui permettant d'obtenir et de partager des renseignements avec les institutions pénales de certains pays. Dans d'autres en revanche, la SEC doit s'en remettre aux traités et accords d'entraide judiciaire qui existent entre le Département de la Justice et d'autres instances pénales étrangères ; dans ces situations, le DOJ s'assure généralement la coopération des autorités étrangères, par exemple en obtenant leur accord pour communiquer à la SEC les renseignements recueillis au cours de l'enquête. La coordination peut aussi intervenir lors de l'engagement d'une action, comme cela a été le cas en 2001 pour l'affaire *American Banknote Holographics, Inc.* Dans cette affaire, l'engagement par la SEC d'une action pour fraude financière qui allait de pair avec des allégations de corruption d'agents publics étrangers a été coordonné avec des accusations à caractère pénal portées par le Département de la Justice.

88. Il est apparu clairement au cours de la visite des examinateurs que l'ampleur de la coopération entre le DOJ et la SEC va bien au-delà de ce que laissait entrevoir le fait que les deux instances n'ont jusqu'à maintenant engagé conjointement qu'une seule action formelle, dans l'affaire *Baker Hughes*. Toutefois, les examinateurs ont remarqué que leur interaction est pour l'essentiel informelle, qu'elle ne repose sur aucun processus consigné par écrit, et qu'elle dépend fortement des relations personnelles qui se sont nouées au fil d'années de travail commun. Lors de la rencontre avec des représentants de la SEC, ils ont noté qu'il y avait une certaine méconnaissance de la déclaration publique d'orientation de la SEC dans laquelle cette dernière affirmait son intention de s'abstenir de poursuivre une enquête sur une affaire dans laquelle le DOJ avait donné un avis positif aux termes de sa procédure d'avis. Le caractère informel de ces échanges entre organismes officiels peut être mis en regard de l'existence, selon le Rapport annuel de la SEC pour 2001, de plus de 30 Conventions formelles d'échanges de renseignements conclues entre la SEC et ses homologues étrangères. Certaines des procédures employées dans la coopération internationale pourraient, de l'avis des examinateurs principaux, être utilement adaptées pour servir dans la sphère nationale.



89. Tous les représentants des différents organismes gouvernementaux, y compris de l'administration fiscale, qui ont discuté avec l'équipe d'examineurs, ont déclaré qu'ils devaient déclarer et qu'ils déclareraient effectivement au DOJ tous leurs soupçons d'infractions au FCPA, tout en admettant que cette démarche relevait d'un devoir général incombant à l'ensemble des agents de l'État fédéral de déclarer les infractions qu'ils soupçonnent, et non d'une quelconque obligation de déclaration à caractère législatif ou réglementaire ou encore consignée par écrit. Il semble qu'en dehors de l'obligation formelle pour le FBI de porter tous les cas de corruption d'agents publics étrangers à la connaissance du DOJ, les déclarations se font de façon informelle, de manière *ad hoc* et qu'il n'y a aucune procédure inter-organisme qui viendrait faciliter la révélation d'actes de corruption tel qu'un memorandum d'accord, que ce soit entre le DOJ et la SEC ou entre le DOJ et tout autre organisme officiel. Le DOJ a expliqué que le FCPA, si important soit-il, n'emporte pas de conditions d'application particulières et que sa mise en œuvre doit être appréciée dans le contexte de la pratique des organismes officiels concernés s'agissant de toute infraction pénale. Ce point de vue ne tient pas compte, de l'avis des examinateurs principaux, d'une dimension importante de l'application de la loi qui fait que, depuis la Convention de l'OCDE, la mise en œuvre du FCPA est devenue une question d'obligation internationale aussi bien que nationale. De fait, les examinateurs principaux ont été avisés qu'un groupe informel inter-organisme a été mis en place pour évaluer la mise en œuvre de la législation de lutte contre la corruption adoptée par les autres Parties à la Convention de l'OCDE.

#### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux ont noté l'absence de processus formel, clair et explicite entre organismes officiels pour asseoir les échanges essentiels de renseignements et la révélation de soupçons sur des infractions, de même que l'absence correspondante de statistiques. Ces absences se traduisent par un manque de transparence et de données qui, si elles étaient saisies, pourraient servir à des fins analytiques utiles pour évaluer les rouages du FCPA. Il est proposé de renforcer l'efficacité de la coopération entre organismes officiels par l'introduction de processus plus clairs tout en sachant que les États-Unis ne sont pas favorables à l'utilisation d'instructions formelles à cette fin. En outre, l'ensemble du dispositif pourrait bénéficier de l'instauration d'un mécanisme d'examen périodique du processus de mise en œuvre opérationnelle du FCPA, depuis la prévention jusqu'aux poursuites. Un tel mécanisme, sans pour autant faire partie de la fonction de décision, pourrait constituer un moyen de déterminer quels sont les aspects du dispositif opérationnel pour lesquels il y a un besoin de conserver des statistiques parlantes.*

#### *b) Mécanismes de collecte de preuves se trouvant à l'étranger*

90. Les enquêtes et poursuites aux termes du FCPA, aussi bien au pénal qu'au civil, dépendent souvent de preuves qui se trouvent à l'étranger. Dans presque toutes les situations que le Département de la Justice a examinées, il a constaté qu'une bonne partie, sinon la totalité des preuves essentielles se trouvaient en dehors du territoire des États-Unis. En d'autres termes, il est primordial d'entretenir une coopération efficace avec les procureurs étrangers et leur administration de tutelle.

91. Bien que le DOJ et la SEC apparaissent familiers avec les pratiques d'octroi d'une entraide judiciaire aux termes de conventions existantes, d'accords formels d'échanges de renseignements dans le cadre de la SEC, de mémorandums d'accord et de contacts opérationnels à l'étranger, la principale difficulté pour enquêter et engager des poursuites sur des affaires de corruption d'agents publics étrangers a jusqu'ici résidé dans l'absence de coopération pour obtenir des preuves se trouvant en dehors des États-Unis. Dans certains cas, pour surmonter un manque apparent de réciprocité ou l'absence de convention d'entraide judiciaire, le Département de la Justice a élaboré des « accords dits Lockheed » ou des accords

mutuels d'entraide judiciaire, qui se négocient au cas par cas. Néanmoins, même si certains pays, comme le Niger ou la Syrie, ont autorisé l'audition de témoins ou l'extradition d'accusés, d'autres, invoquant l'absence de réciprocité, n'ont pas fourni de preuves à fin de poursuites au titre du FCPA. Les États-Unis ont également rencontré des problèmes de double qualification pénale lorsqu'ils ont voulu obtenir des preuves auprès d'institutions financières étrangères. Par exemple, dans l'affaire *U.S. v. General Electric Company* (Cr. No. 1-92-87, S.D. Ohio 1992), le gouvernement suisse, qui n'avait pas encore adopté de loi sur la corruption d'agents publics étrangers, avait dans un premier temps décliné la demande des autorités américaines en invoquant l'absence de double qualification pénale. Les États-Unis avaient alors revu leur demande et leurs motifs de poursuites pour mettre cette fois-ci l'accent sur une fraude connexe vis-à-vis du gouvernement américain concernant la non-divulgence de « commissions » payées par la société ; le gouvernement suisse avait alors pu fournir les éléments de preuve en vue de leur utilisation pour des poursuites à l'encontre de cette infraction. Depuis la signature et la ratification ultérieure de la Convention de l'OCDE, la question de la réciprocité pose moins de problème, même si elle intervient à l'évidence lorsqu'il s'agit d'obtenir des preuves auprès de pays qui ne sont pas Parties à la Convention.

92. La Convention passe en effet pour avoir ouvert l'accès à de nouvelles sources de preuve aussi bien pour le Département américain de la Justice que pour la Securities and Exchange Commission, dans la mesure où la Convention oblige les signataires à fournir « une entraide judiciaire prompt et efficace » aux autres Parties aux fins des enquêtes et des procédures (Article 9). Avec le développement actuel de la coopération en matière d'application de la loi au titre de la Convention, la possibilité de recueillir des preuves à l'étranger s'accroît. Selon les représentants du DOJ, le résultat de l'adoption de la Convention de l'OCDE par 35 pays est synonyme d'accroissement de la capacité des procureurs américains d'obtenir auprès d'autorités étrangères des documents aussi divers que des registres d'entreprises et des relevés bancaires, ainsi que des témoignages de la part de sociétés et de particuliers résidant à l'étranger. Avec les Parties à la Convention les États-Unis vont sans doute pouvoir obtenir plus facilement l'extradition de personnes dont ils souhaitent se saisir pour des infractions au FCPA, toute obligation de double qualification pénale sera réputée satisfaite et ils pourront obtenir des preuves sans rencontrer d'obstacles majeurs.

93. Le gouvernement américain souhaite aussi de plus en plus porter l'existence de pots-de-vin à l'attention des autres Parties à la Convention. Non seulement le gouvernement américain exerce des pressions substantielles pour encourager les autres Parties à intenter des actions, mais le Département de la Justice utilise désormais de plus en plus l'article 9 de la Convention pour fournir des preuves aux autorités compétentes des autres Parties à la Convention concernant la corruption d'agents publics étrangers. Lorsque le Département de la Justice a connaissance d'informations crédibles indiquant qu'une société étrangère a enfreint la législation sur la corruption d'agents publics étrangers d'un autre pays, il transmet généralement ces informations aux services étrangers compétents. Il le fait par de multiples voies, notamment les transmissions spontanées aux termes de conventions bilatérales ou multilatérales d'entraide judiciaire ou par l'intermédiaire de contacts avec ces services étrangers. Le gouvernement a établi à cet effet un groupe de travail comportant des représentants des Départements d'État, du Commerce et de la Justice ainsi que d'autres organismes officiels, pour s'assurer que toutes les plaintes pour une infraction commise par des sociétés étrangères, quel que soit l'organisme officiel qui a été le premier à recevoir l'information, soient transmises au Département de la Justice en vue d'en informer éventuellement les autorités étrangères compétentes.

### **c) Délai de prescription**

94. Les dispositions anti-corruption du FCPA ne prévoient pas de délai de prescription spécifique pour les poursuites au pénal. En conséquence, le délai de prescription général de cinq ans en vigueur au niveau fédéral que prévoit l'article 18 U.S.C para. 3282 s'applique pour la mise en accusation. Ce délai

peut être prolongé de trois ans à la demande d'un procureur et si un tribunal conclut que ce délai supplémentaire est nécessaire pour la collecte de preuves à l'étranger. Toutefois, le délai n'est pas interrompu par un quelconque acte d'enquête préalable à la mise en accusation.

95. Pour répondre aux préoccupations exprimées quant à la brièveté du délai de prescription prévu par le droit fédéral des États-Unis en comparaison à celui qui s'applique dans certaines autres Parties à la Convention, les procureurs du DOJ ont informé les examinateurs principaux que, dans les affaires pour lesquelles des preuves se trouvant à l'étranger seront probablement nécessaires pour étayer une mise en accusation aux termes du FCPA, la pratique consiste d'emblée à déposer automatiquement une requête en prolongation de trois ans du délai de prescription dès le début de l'enquête. Cette prolongation est invariablement accordée, car la décision n'est pas laissée à la discrétion de l'autorité compétente. En effet, lorsqu'il statue sur une demande de prolongation ou de suspension du délai de prescription, un tribunal ne doit pas se prononcer sur l'importance de la preuve pour l'affaire faisant l'objet de poursuites. Les textes n'imposent que la constatation par le tribunal de deux éléments : que le ministère public a déposé une requête officielle et qu'il apparaît que la preuve se trouve, ou se trouvait à l'étranger. Les textes ne donnent aucune indication sur la question de savoir si le tribunal doit s'assurer que la preuve est significative, substantielle, ou importante.

96. Le Département de la Justice a souligné que, dans la pratique, les pots-de-vin sont habituellement versés de façon échelonnée, ce qui reporte le moment où le dernier acte de la corruption a été commis et qui correspond à la date à partir de laquelle commence à courir le délai de prescription. Selon le DOJ, le délai de prescription n'a jamais jusqu'ici constitué un obstacle à une mise en accusation. Même si aucun procureur ne se risque à décider d'une mise en accusation en l'absence de preuves suffisantes pour assurer la condamnation, les délais dont disposent les procureurs ont jusqu'ici suffi pour mener à bien la procédure de mise en accusation. On notera à cet égard que les procureurs du DOJ ont rappelé qu'il est arrivé que la défense conclue un accord avec le DOJ en vue de la suspension du délai de prescription, renonçant ainsi au droit d'invoquer ce délai pour interdire toute poursuite ultérieure, afin de ne pas courir le risque d'une mise en accusation imminente lorsque la date butoir approche et d'éviter ainsi les conséquences connexes qui en résulteraient. Les procureurs du DOJ ont cependant admis que l'on pouvait « concevoir » que le délai de cinq ans puisse poser des problèmes à l'avenir.

#### *Commentaire*

*La longueur et les modalités d'application des délais de prescriptions avaient été identifiées dans la Phase 1 comme un problème générique pour de nombreux signataires de la Convention. Les examinateurs principaux ont noté les assurances données par le DOJ que le délai de prescription relativement bref pour une inculpation n'a pas, à ce jour, posé de problème aux États-Unis. Néanmoins, il n'existe aucune base de référence qui permettrait de suivre ou de vérifier l'évolution de cette situation en l'absence de quelconques données statistiques sur les modalités de préparation des poursuites engagées aux termes du FCPA et sur les types de difficultés le plus souvent rencontrées pour l'obtention des éléments de preuve. Compte tenu de la complexité croissante des techniques déployées pour verser et dissimuler des pots-de-vin, la possibilité que des preuves restent dissimulées pendant plusieurs années est manifeste et cela peut porter préjudice à l'efficacité de la mise en application de la loi.*

#### *d) Éléments de l'infraction*

97. Comme on l'a vu, il n'y a que quelques affaires portées devant les tribunaux – civils ou criminels – qui permettent de tester les limites du champ d'application du FCPA ou qui règlent des questions telles que celles concernant la relation entre un « avantage indu » et « l'obtention ou la

conservation d'un marché », le traitement des paiements à des tiers bénéficiaires, l'exercice de la compétence juridictionnelle fondée sur la nationalité, le critère du rattachement au commerce inter-États, ou la portée de la définition d'un « agent public étranger ». Nombre de ces questions ont été étudiées lors de l'examen de la Phase 1, mais elles continuent de donner lieu à des incertitudes parce que leur portée n'a pas encore été testée à l'occasion de décisions de justice, à l'exception de la disposition du FCPA concernant « l'obtention ou la conservation d'un marché ».

« *Obtenir ou conserver un marché* »

98. Chercher à influencer des décisions gouvernementales en vue d'obtenir un traitement favorable peut poser des problèmes vis-à-vis du FCPA. Par exemple, si une société américaine paie des agents publics étrangers pour obtenir une réduction de droits de douane ou d'impôts, peut-on parler d'une infraction au FCPA ? Cette question implique l'un des éléments essentiels d'une infraction au FCPA, à savoir le critère commercial. Aux termes du texte, l'objectif ultime du versement d'un pot-de-vin doit être d'obtenir, de conserver ou d'attribuer un marché à une personne quelconque. Des représentants du Barreau ont affirmé qu'une tentative d'influencer des décisions gouvernementales d'ordre général était bien trop éloignée de l'objectif d'obtenir un marché pour tomber sous le coup du FCPA.

99. Le Congrès s'est penché sur cette ambiguïté lors de ses débats de 1988 sur les amendements au FCPA. La formulation définitive a spécifiquement rejeté une proposition de la Chambre des représentants qui aurait interdit les paiements destinés à obtenir une « action législative, judiciaire, réglementaire ou autre en vue de bénéficier d'un traitement plus favorable de la part d'un gouvernement étranger », même si le rapport de la commission parlementaire sur la version finale du texte (*Conference report*) a indiqué que le FCPA interdit les versements de pots-de-vin en vue de « réaliser un marché existant, comme les paiements visant à... obtenir un traitement fiscal plus favorable. Voir, par exemple, l'affaire *United Brands* ». (Dans l'affaire *United Brands*, antérieure au FCPA, il y avait eu corruption d'un ministre hondurien afin d'obtenir une réduction de la taxe générale sur les exportations qui aurait bénéficié à la société américaine. La SEC a obtenu une injonction par consentement au motif de la non-divulgaration des pots-de-vin dans les états financiers de la société et l'affaire avait joué un rôle important dans l'adoption du FCPA.) Les amendements de 1998 visant à se conformer à la Convention de l'OCDE n'ont guère contribué à clarifier la question. L'article 1 de la Convention interdit la corruption d'un agent public étranger « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Mais le Congrès n'a pas retenu la formule « un avantage indu » à titre d'alternative à la formule « en vue d'obtenir ou conserver un marché » du FCPA. Le Congrès a préféré ajouter la formule « un avantage indu » dans la liste des différents types de contreparties couverts par le FCPA. En d'autres termes, la loi interdit les paiements à un agent public étranger en vue « ... (i) d'influencer un quelconque acte ou une quelconque décision dudit agent public dans l'exercice de ses fonctions officielles, (ii) d'inciter ledit agent public à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un quelconque acte en violation de ses obligations légales, ou (iii) de s'assurer un avantage indu ... pour aider [une telle personne] à obtenir ou conserver un marché pour ou avec une quelconque personne ou d'attribuer un tel marché à une quelconque personne. »

100. Le Congrès a apparemment inséré « un avantage indu » dans la liste des contreparties parce que les services américains chargés de faire respecter la loi étaient réticents à modifier la formule « obtenir ou conserver un marché » du FCPA dont ils ont toujours soutenu qu'elle devait être interprétée dans un sens large, comme en témoignent, par exemple, le libellé de la plainte et les motifs de la poursuite dans l'affaire *Sec v. Triton Energy Corp.* (D.D.C. 27 février 1997) ou dans l'argumentaire du ministère public dans l'affaire *US v David Kay and Douglas Murphy* (16 avril 2002).

101. Le risque que la formulation du FCPA s'avère ambiguë et qu'elle puisse être interprétée dans un sens aboutissant à restreindre le champ de l'infraction par rapport à ce qu'envisage la Convention, a été

évoqué lors de l'examen de la Phase 1 et a été confirmé par le jugement rendu le 16 avril 2002 dans l'affaire *US v David Kay and Douglas Murphy*, dans lequel le Tribunal de District pour le Texas du Sud a privilégié l'interprétation restrictive. Ce tribunal – dont l'arrêt n'est pas contraignant pour un quelconque autre tribunal des États-Unis – a en effet rejeté les chefs d'accusation pénale en application du FCPA au motif que les paiements effectués par les accusés à un agent des douanes haïtien en vue de bénéficier d'une réduction de droits de douane n'étaient pas assimilables à des paiements effectués « pour obtenir ou conserver un marché ». Le tribunal a estimé – rejetant l'argumentation du ministère public en faveur d'une interprétation large – qu'en 1988 comme en 1998, le Congrès avait « examiné et rejeté une formulation du texte qui aurait élargi le champ d'application du FCPA tendant à couvrir la conduite visée ». Les États-Unis ont fait appel dans cette affaire et l'évolution du dossier sera examinée au cours du processus de suivi.

102. Le même problème s'est posé dans l'affaire *SEC v Mattson*, une affaire civile indépendante portée devant ce même tribunal. La SEC a accusé deux anciens représentants de Baker Hughes Incorporation d'avoir enfreint les dispositions anti-corruption du FCPA en autorisant une entité indonésienne contrôlée par Baker Hughes à effectuer un paiement illicite au profit d'un agent du fisc local en échange d'une promesse de réduction de l'impôt à acquitter par ladite entité indonésienne. La défense a affirmé que la formule « obtenir ou conserver un marché » ne recouvrait pas les paiements effectués pour obtenir une réduction d'impôt. Quel que soit l'aboutissement de cette seconde affaire, les examinateurs notent que l'interprétation traditionnellement large préconisée par le DOJ et la SEC, qui serait conforme aux exigences de la Convention, a désormais été battue en brèche par un tribunal de district.

#### *Rattachement au commerce inter-États*

103. La loi impose, dans le cas des « émetteurs » et des « entreprises nationales » ou de leurs agents qui commettent un acte de corruption aux États-Unis, la présence d'un rattachement au commerce inter-États. En général, cela recouvre des transactions, du commerce, des transports ou des communications entre les États fédérés ou entre un pays étranger quelconque et un État fédéré ou encore entre un quelconque État fédéré et un quelconque lieu ou navire en dehors dudit État. Cette condition que l'on désigne comme la condition du « rattachement au commerce inter-États », ne s'applique pas aux ressortissants et entreprises non américains commettant un acte de corruption aux États-Unis, ni aux ressortissants et entreprises américains commettant un acte de corruption à l'étranger, dans la mesure où ces cas comportent, par définition, un élément de commerce international. Le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption a considéré lors de la Phase 1 que la condition du « rattachement au commerce inter-États » pouvait poser un problème de preuve lorsqu'un pot-de-vin est proposé en personne.

104. De l'avis des autorités américaines, il n'y a pas de véritable difficulté pour respecter la condition du « rattachement au commerce inter-États » : il peut suffire d'un simple instrument (lettre, télécopie, communication téléphonique, télex ou billet d'avion) ayant contribué à la réalisation d'un paiement interdit. Dans l'affaire *Sam P. Wallace Co.* (D.P.R. 1983), par exemple, l'envoi par la poste de chèques a été qualifié « d'utilisation de moyens et d'instruments de commerce inter-États, en l'occurrence de procédures de traitement entre États et avec une banque étrangère ». Dans l'affaire *United States v. Harry G Carpenter* (Information Criminelle No. 85-353 1985), un télex international de la Western Union a été qualifié d'utilisation d'un moyen ou d'un instrument de commerce inter-États aux fins du FCPA. Dans l'affaire *United States v. Reitz* (W.D. Mo, 2001), le réquisitoire a affirmé que pour commettre l'acte de corruption, l'accusé et d'autres conspirateurs ont communiqué par messages électroniques et télécopies et ont procédé à de nombreuses conversations téléphoniques. Les examinateurs principaux ont été informés par les autorités américaines que dans toutes ces affaires, qui ont été réglées par un accord entre défense et accusation sur le plaidoyer, le gouvernement a été appelé à établir la preuve du « rattachement au commerce inter-États » avant que le tribunal n'accepte cet accord et ne prenne un jugement de condamnation. Pour les affaires qui ont donné lieu à un procès, le gouvernement a aussi prouvé l'existence

d'un « rattachement au commerce inter-États ». Par exemple, dans l'affaire *U.S. v. Mead* (D.N.J. 1998), « le rattachement au commerce inter-États » a été prouvé par l'utilisation de messages électroniques et des voyages internationaux.

105. Il y a cependant eu au moins un cas dans lequel le parquet n'est pas parvenu à établir le « rattachement au commerce inter-États ». Dans l'affaire *SEC v. Montedison* (D.D.C. 1996), la SEC n'a pas motivé son action contre la société pour une infraction aux dispositions anti-corruption du FCPA, puisque « la plainte n'a pas accusé Montedison d'avoir utilisé les messages électroniques ni aucun moyen ou instrument de commerce inter-États en vue de corrompre un agent public étranger » aux termes du FCPA.<sup>9</sup> La SEC a en fait intenté une action civile en injonction accusant Montedison, société italienne cotée à la Bourse de New York, d'avoir commis une fraude financière en falsifiant des documents pour dissimuler des pots-de-vin d'un montant total de près de 400 millions de dollars EU. Il semblerait aussi que dans au moins deux cas, hypothétiques, la condition du « rattachement au commerce inter-États » ne puisse pas être satisfaite, comme l'ont reconnu des procureurs affectés au DOJ et à la SEC : quand un message électronique n'a été transmis que longtemps après le versement du pot-de-vin, même s'il évoque l'acte de corruption désormais réalisé, et lorsqu'un coursier privé est utilisé, s'il ne franchit pas les limites de l'État et ne peut pas être considéré comme un « instrument de commerce inter-États ». De l'avis des États-Unis cependant, même dans ces cas, il est fort peu probable qu'un agent public étranger puisse être corrompu sans recourir à un quelconque autre instrument du commerce inter-États.

#### *Paiements à des tiers bénéficiaires*

106. Un autre domaine d'incertitude réside dans le cas où un avantage est conféré à un tiers par un agent public étranger. Le FCPA ne couvre pas expressément cette situation et il n'y a pas de jurisprudence pour conforter l'affirmation des États-Unis selon laquelle cette situation serait couverte dans la pratique. Au cours de la Phase 1, le Groupe de travail s'était inquiété du manque de clarté à cet égard et avait recommandé que cette question soit réexaminée lors de la Phase 2. Dans l'affaire *U.S. v. Kenny* (U.S. Dist. Crt., 1979), le représentant personnel du Premier ministre des Îles Cook avait sollicité un paiement au bénéfice du Cook Islands Party (qu'il dirigeait) pour assurer le renouvellement de l'accord de distribution de timbres entre Kenny International et le gouvernement. Au lieu d'engager les poursuites en considérant que l'avantage était destiné à un tiers (le Cook Islands Party) par un agent public étranger (le Premier ministre), le Département de la Justice avait choisi d'invoquer la disposition du FCPA relative aux partis politiques. Toutefois, il ne ressort pas clairement de l'accord entre défense et accusation sur le plaidoyer que le parti politique a influencé le Premier ministre.

#### *Définition de « l'agent public étranger »*

107. La notion d'agent public étranger est définie en termes assez généraux par le FCPA et couvre « tout agent ou salarié d'une autorité publique étrangère ou d'un de ses organismes, ou d'une organisation internationale publique, ou toute personne agissant officiellement au nom ou pour le compte d'une telle autorité publique ou d'un tel organisme, ou au nom ou pour le compte d'une telle organisation publique internationale ». Contrairement à l'article 1 de la Convention de l'OCDE, la définition de la notion d'agent public étranger figurant dans le FCPA ne mentionne pas les personnes détenant un mandat judiciaire dans un pays étranger. Lors de la Phase 1, les autorités américaines avaient affirmé que la définition devait également couvrir les juges. Malgré l'absence de toute jurisprudence sur la question, les procureurs du Département de la Justice ont maintenu cette position lors de la mission sur place au titre de la Phase 2.

---

9. Voir Arthur Aronoff, Senior Counsel for International Trade and Finance in Antibribery Provisions of the FCPA (<http://www.ita.doc.gov/legal/fcpa.html>).

108. Un autre aspect du FCPA pouvant susciter des incertitudes concerne les agents exerçant une fonction pour une entreprise publique. Ces entreprises sont couvertes dans la loi américaine en tant qu' « organismes d'une autorité publique étrangère » (*instrumentalities*), ce qui assimile leurs dirigeants, administrateurs, salariés, etc. à des « agents publics étrangers » aux termes du FCPA. Or, ni le texte, ni son historique ne définissent le terme d' « organismes d'une autorité publique étrangère », ce qui fait qu'il appartient aux sociétés américaines de déterminer si une entreprise constitue ou non une telle entité. Cela peut parfois être difficile. Par exemple, doit-on considérer comme « organismes d'une autorité publique étrangère » uniquement les entreprises qui sont entièrement ou majoritairement détenues par un gouvernement étranger ? Le terme d' « organismes d'une autorité publique étrangère » s'applique-t-il aux entreprises contrôlées par le gouvernement ou à des entités en cours de privatisation ? Si d'autres lois américaines peuvent contenir des indications sur une possible définition du terme, la plupart s'inscrivent cependant dans le contexte national et risquent donc d'être d'une pertinence limitée. Par exemple, le Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) définit de tels organismes d'un État étranger comme des entités « dont la majorité des actions ou autres intérêts appartiennent à un État étranger ou à une de ses subdivisions politiques ».

109. L'équipe d'examineurs a obtenu des exemples de poursuites en application du FCPA dans lesquels des pots-de-vin avaient été versés à des dirigeants de compagnies étatiques pétrolières et de transport, d'agences de services aux collectivités, de sociétés étatiques de négoce, de banques ou organes de recouvrement de l'impôt appartenant à l'État. Toutefois, ces cas n'indiquent pas si, conformément au commentaire 14 de la Convention, le FCPA s'applique lorsqu'il y a contrôle indirect de l'entreprise en question ou, dans le cas où le gouvernement étranger exerce un contrôle de fait sur une entreprise, sans qu'il détienne, par exemple, plus de 50 % des droits de vote. Durant la Phase 1, le DOJ avait expliqué qu'il prend en considération, entre autres facteurs, la caractérisation par l'État étranger lui-même de l'entreprise et de ses salariés ainsi que l'ampleur du contrôle exercé sur l'entreprise par le gouvernement étranger. Une interprétation large est favorisée par le DOJ qui a traité les entités appartenant à un gouvernement étranger ou contrôlées par lui comme des « organismes d'une autorité publique étrangère ».

#### *Compétence fondée sur la nationalité*

110. Le FCPA établit la compétence juridictionnelle fondée sur la nationalité au regard des « émetteurs » ainsi que de « toute personne assujettie au droit des États-Unis » conformément aux dispositions intitulées « alternative jurisdiction » (compétence alternative). Les autorités américaines estiment que le FCPA couvre aussi les actes commis par un agent américain pour le compte d'une entreprise nationale, à savoir un non-émetteur, ainsi que les actes d'une personne assujettie au droit des États-Unis agissant à l'étranger pour le compte d'une société étrangère. En l'état actuel des choses, il n'est pas clair si, dans la pratique, la compétence fondée sur la nationalité établie par les amendements de 1998 au FCPA sera interprétée de façon à couvrir les deux situations, dans la mesure où les États-Unis n'ont pas encore engagé de poursuites dans de telles conditions.

#### *Absence de sanctions*

111. Des doutes subsistent quant à la possibilité pratique de sanctionner, au titre du FCPA, des personnes qui sont des « entreprises nationales autres qu'un émetteur » et qui n'ont pas commis un acte de corruption au nom d'une « entreprise nationale autre qu'un émetteur » ou d'un « émetteur », dans la mesure où le FCPA ne prévoit aucune sanction pénale ou civile pour ce type de situation. En d'autres termes, si un non-émetteur corrompt un agent public étranger pour son propre compte et s'il n'intervient pas à titre d'agent, il n'y a pas de sanction prévue bien que son acte constitue une infraction. Selon les autorités américaines, il est hautement improbable qu'un tel cas de figure se présente, compte tenu de la

définition large de l' « entreprise nationale autre qu'un émetteur ». Il n'existe cependant pas de jurisprudence traitant de cette question.

#### *Utilisation d'autres textes*

112. Les autorités américaines qui se sont entretenues avec l'équipe d'examineurs ont expliqué que les lacunes éventuelles des infractions au FCPA peuvent généralement être comblées en déposant des demandes de mise en accusation aux termes d'autres textes législatifs. Elles ont expliqué, par exemple, que des textes comme le Mail Fraud Statute, le Wire Fraud Statute, l'Interstate and Foreign Travel or Transportation in aid of Racketeering Enterprises Act (ITAR) et le RICO ont été invoqués parallèlement au FCPA pour traiter des affaires de corruption d'agents publics étrangers. Il semblerait néanmoins que ces textes ne comblent qu'en partie les lacunes du FCPA, dans la mesure où eux-mêmes ne sont pas complets du point de vue de leur application à la corruption d'agents publics étrangers. A titre d'illustration, ces textes emportent un élément intentionnel différent de celui que prévoient les infractions aux termes du FCPA (par exemple, le Mail Statute et le Wire Fraud Statute imposent l'existence d'une intention frauduleuse). De plus, ces textes ne semblent pas prévoir de compétence fondée sur la nationalité.

#### *Commentaire*

*La définition actuelle de la corruption aux termes du FCPA a récemment été interprétée par un tribunal comme exigeant que les actes soient effectués en vue « d'obtenir ou conserver un marché » et le fait de chercher à obtenir un avantage indu ne constituerait pas en soi un motif alternatif d'acte d'accusation. Cette interprétation a donné lieu à un appel. Si elle devait être confirmée, cela se traduirait par l'exclusion du champ de l'infraction des éventuels paiements illicites destinés à se procurer quelque avantage – comme un traitement fiscal ou douanier favorable – qu'une société n'est manifestement pas en droit de recevoir. Une telle interprétation serait plus restrictive que les dispositions de la Convention. Le DOJ a confirmé que les États-Unis étudieront la possibilité de modifier le FCPA pour clarifier que le fait d'offrir, de promettre ou d'octroyer un pots-de-vin « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » constitue une infraction.*

*En ce qui concerne les autres zones d'ombre potentielles mises en évidence plus haut dans les infractions au FCPA, les examinateurs principaux recommandent d'en assurer le suivi à mesure de l'évolution de la jurisprudence. Plus particulièrement, la nécessité de prouver un « rattachement au commerce inter-États » en ce qui concerne les ressortissants et les sociétés américaines est préoccupante dans la mesure où l'on n'a pas encore eu l'exemple d'application de la compétence fondée sur la nationalité (disposition qui n'impose pas cet élément). De même, pour les raisons invoquées plus haut, le fait de s'en remettre à d'autres textes législatifs risque de ne pas toujours suffire à compléter le FCPA dans ces domaines.*

#### *e) Interprétation des exceptions et moyens de défense*

113. Le FCPA prévoit une exception qui permet les « paiements de facilitation » à des agents publics étrangers et deux moyens de défense affirmative vis-à-vis d'éventuelles infractions. De multiples conseils juridiques sur la conformité au FCPA sont prodigués au regard de l'interprétation de ces exceptions et moyens de défense, qui n'apparaissent pas dans le texte initial du FCPA mais qui ont été introduits en 1988. En conséquence, ils ont été longuement évoqués lors de la mission des examinateurs aux États-Unis.



### *L'exception des paiements de facilitation*

114. La formulation du FCPA, qui exclut de la définition de la corruption les paiements nécessaires pour faciliter la réalisation d'actes administratifs de routine, ne se limite pas à des « petits » paiements de facilitation comme le fait la Convention. Il convient en outre de noter que cette exception n'est pas prévue dans le texte régissant la corruption nationale (18 U.S.C. § 201). Dans la mesure où cette exception peut donner lieu à interprétation, elle peut être vue comme porteuse de risques ou comme pouvant aboutir à des abus, comme l'avait noté l'évaluation des États-Unis au titre de la Phase 1.

115. Il n'existe pas la moindre indication claire publiée quant à la signification des termes et aux limites de la notion. La loi ne prévoit en soi aucune limite quant au montant du paiement et s'attache plutôt à son objet. Aucun tribunal n'a interprété l'application de cette exception et il n'y a pas eu de dossier ayant fait l'objet d'un règlement qui aurait permis de marquer la frontière entre des paiements acceptables et inacceptables. Il n'existe pas non plus d'avis pertinent du DOJ. Selon ce qui a été rapporté aux examinateurs principaux, si une société demande un avis informel au DOJ ou déclare un paiement, le DOJ va parfois immédiatement déterminer, en fonction de sa faculté d'appréciation et de l'expérience, si ce paiement relève de l'exception et si tel est le cas, il ne prendra aucune mesure. Cela revient à une sorte de règle 'de minimis' informelle, non inscrite dans les textes.

116. Les sociétés ont élaboré différentes stratégies pour traiter les paiements de facilitation. Au moins une grande société interviewée impose une politique, applicable à l'échelle mondiale, qui, indépendamment de l'existence de l'exception, interdit tout paiement discrétionnaire sans approbation expresse, de façon à limiter les erreurs d'appréciation par des salariés locaux. L'ampleur des préoccupations que suscite cette disposition du FCPA a aussi été exprimée par un autre avocat « maison », qui, lorsqu'il participe à des actions de formation sur le FCPA, s'abstient soigneusement de toute référence à l'existence de cette exception.

#### ***Commentaire***

***Les examinateurs principaux estiment qu'il peut être utile que le DOJ publie des indications pour expliquer les critères qu'il applique dans la pratique pour l'interprétation de cette exception. Autre solution, il pourrait être envisagé d'amender la formulation du texte législatif pour préciser, dans l'intérêt général, que seuls les paiements mineurs peuvent bénéficier de l'exception.***

#### *Le moyen de défense affirmative de « la dépense raisonnable et de bonne foi »*

117. Les frais de voyage et d'hébergement d'agents publics étrangers constituent une autre difficulté récurrente pour les sociétés et les individus américains traitant avec des agents publics étrangers. Contrairement à la Convention qui ne comporte aucune disposition permettant expressément la prise en charge de frais non excessifs, le FCPA admet le paiement de frais raisonnables et de bonne foi afin de permettre à un agent public étranger de mieux connaître la société hôte ou qui sont en lien direct avec « l'exécution ou la réalisation d'un contrat ». Le point de vue du DOJ est que ce moyen de défense ne déroge pas aux dispositions strictes du FCPA pas plus qu'il ne porte préjudice à la conformité de ce texte avec la Convention : il amplifie au contraire la condition relative à l'élément intentionnel commun à toutes les lois d'application de la Convention, à savoir celui de l'intention de corrompre. Toutefois, dans la mesure où la formulation du moyen de défense se prête à des interprétations divergentes, il passe auprès des sociétés et de leurs avocats « maison » qui ont évoqué la question avec l'équipe d'examineurs comme un élément pouvant donner lieu à des abus.

118. D'une certaine manière, cette exception ne constitue pas un véritable moyen de défense affirmative puisqu'il ne peut pas, par définition, s'appliquer lorsque les éléments fondamentaux de l'infraction de corruption sont réunis. Comme en témoigne l'histoire législative de cette disposition et comme l'a confirmé le DOJ à l'équipe d'examineurs, il autorise uniquement des paiements raisonnables et de bonne foi à des fins promotionnelles lorsqu'il n'y a aucune intention de corrompre. En conséquence, le critère d'application consiste à distinguer les authentiques versements de pots-de-vin effectués pour obtenir ou conserver un marché, des frais promotionnels légitimes sans intention de corrompre. En 1981, par exemple, le DOJ a approuvé une proposition d'un fabricant américain de viande préemballée de donner un échantillon de ses produits à des agents d'un organisme du gouvernement soviétique responsables de l'attribution des marchés publics concernant de tels produits. Le DOJ a noté que l'objet de l'échantillon était de permettre un contrôle et des tests techniques et que la valeur de l'échantillon était limitée par rapport à la valeur du contrat éventuel.

119. Pourtant, des cas sensibles peuvent se présenter lorsque des sociétés organisent des voyages promotionnels pour des agents publics étrangers et que le programme de ces voyages comporte des distractions. Bien que le DOJ, par le biais de sa procédure de communication d'avis, ait approuvé des voyages promotionnels à plusieurs occasions, comportant le paiement des distractions d'un agent public étranger et de son conjoint, il ne s'est pas exprimé sur la nature ou le coût de ces distractions : les avis indiquent seulement que le DOJ admet l'intérêt commercial d'inclure certaines distractions dans les opérations de promotion. De même, aucun tribunal ne s'est prononcé sur l'application de ce moyen de défense. L'affaire *Metcalf & Eddy* (S.D. Ohio, 1998), à l'occasion de laquelle le Département de la Justice a considéré que le règlement de billets d'avion et de frais de séjour ainsi que l'octroi « d'argent de poche » à un agent public égyptien et à sa famille au cours de voyages d'affaires aux États-Unis allaient au-delà du niveau légitime de frais promotionnels de bonne foi, tend uniquement à montrer que le DOJ permettrait de telles dépenses lorsque leur niveau est raisonnable et que les paiements sont assortis de pièces justificatives et sont soumis à un contrôle.

120. Outre les activités promotionnelles, les dépenses de bonne foi directement liées à « l'exécution ou la réalisation d'un contrat avec un gouvernement ou un organisme officiel étranger » peuvent aussi poser un problème délicat aux sociétés. Les avis du DOJ concernant cette disposition comprennent l'approbation d'une proposition d'une entreprise américaine visant à faire venir des agents publics français aux États-Unis pour leur faire voir une usine analogue à celle que l'entreprise se proposait de construire en France, ainsi que l'approbation d'une proposition d'une compagnie pétrolière américaine visant à assurer la formation de salariés d'un gouvernement étranger dans la mesure où cette formation était imposée par le droit local. Dans aucun de ces cas cependant, l'avis publié n'indique les critères appliqués par le DOJ pour décider de ne pas engager de poursuite.

121. L'existence de préoccupations quant au sens des termes et aux limites à ne pas franchir est démontrée par le fait que des compagnies consacrent des ressources importantes pour obtenir l'avis d'un conseil juridique sur cette question. Les avocats « maison » ou de cabinets extérieurs privilégient la prudence dans l'interprétation de cette disposition, en recommandant aux sociétés d'agir « raisonnablement », en d'autres termes de s'assurer que l'achat de billets d'avion, la couverture de frais de séjour ou d'hébergement, l'octroi d'indemnités journalières, la fourniture d'échantillons, l'organisation de distractions, etc. sont liés au caractère promotionnel de l'opération et que les sommes en jeu sont raisonnables et non extravagantes. Comme il ne s'agit pas d'un véritable moyen de défense affirmative – puisqu'il ne s'applique pas lorsque l'élément intentionnel de l'infraction de corruption a été établi et qu'en tant que tel, il est déjà inhérent à la formulation du FCPA – un des avocats « maison » au moins s'est demandé si ce moyen de défense avait une quelconque utilité.

## *Commentaire*

***Les examinateurs principaux estiment que ce moyen de défense n'est pas juridiquement nécessaire et que les possibilités d'interprétation qu'il ouvre introduisent une forme d'incertitude. S'il est maintenu, les examinateurs principaux pensent que le DOJ pourrait utilement publier des directives ou des indications pour expliquer plus en détail les critères qu'il applique dans la pratique et pour faciliter l'interprétation de ce moyen de défense.***

*Le moyen de défense affirmative de la « légalité aux termes du droit écrit du pays étranger »*

122. Le FCPA considère qu'il y a un moyen de défense affirmative dès lors que le paiement, le don ou l'offre de paiement était « légal aux termes des textes législatifs et réglementaires du pays de l'agent public étranger ». Ce moyen de défense apparemment large laisse ouverte la question de ce qui est « légal » aux termes du droit écrit d'un pays. Ce moyen de défense a été introduit dans le FCPA lorsqu'il a été amendé en 1988, dans l'intention de « codifier » la pratique antérieure du DOJ comme le montre une série de Comptes rendus d'examen adressés aux sociétés qui avaient posé la question dans le cadre de la procédure d'examen alors en vigueur. L'étude de plusieurs de ces comptes rendus datant des années 80 montre que la formulation la plus fréquemment utilisée par le DOJ pour expliquer sa décision de ne pas intervenir était que la conduite visée « ne contrevenait pas » au droit local ou « n'était pas en infraction » avec lui. Cela ne contribue guère à lever l'ambiguïté. Le Département d'État n'est pas non plus en mesure de donner des indications spécifiques. Sa brochure, « Fighting Global Corruption – Business Risk Management » [Combattre la corruption dans le monde – la gestion des risques commerciaux], élaborée en consultation avec les autres administrations compétentes, affirme en page 28 de l'édition actuelle, que « la question de savoir si un paiement est légal aux termes du droit écrit d'un pays étranger peut s'avérer difficile à trancher. Il vaut mieux solliciter l'avis d'un avocat ou utiliser la procédure d'avis du Département de la Justice sur l'application du Foreign Corrupt Practices Act lorsque vous êtes confrontés à un problème de légalité de tels paiements. »

123. Dans la pratique, les sociétés et leurs avocats ont évité d'invoquer ce moyen de défense pour échapper à leur responsabilité ; les procureurs du DOJ n'ont connaissance d'aucune poursuite aux termes du FCPA ayant donné lieu à l'invocation de ce moyen de défense. Il peut y avoir plusieurs raisons à cela. Il serait rare que le droit d'un pays autorise de tels paiements, même lorsque la corruption y est monnaie courante. Aucune personne ayant évoqué ce moyen de défense avec l'équipe d'examineurs n'a pu désigner un pays dont le droit écrit permet la corruption de ses agents publics. En outre et en particulier dans le cas de certains pays en développement dont le droit pourrait être fluctuant, s'en remettre à un droit local incertain et en mutation permanente, même en bénéficiant de l'avis d'un avocat local, serait extrêmement risqué pour la société. De fait, l'ampleur du débat juridique entourant ce moyen de défense semble sans commune mesure avec son utilisation.

## 2. *POURSUITES À L'ENCONTRE DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX*

124. Avec la promulgation du Patriot Act le 26 octobre 2001, la corruption d'agent publics étrangers est devenue une infraction principale spécifique aux fins de l'application de la législation sur le blanchiment de capitaux aux États-Unis. Néanmoins, avant cette date, les États-Unis étaient dotés de mécanismes permettant d'engager des poursuites pour blanchiment du produit de la corruption d'agents publics étrangers. L'ajout de la corruption d'agent public étranger et du détournement de fonds publics dans la liste des infractions principales de blanchiment de capitaux a clarifié la capacité du droit américain à combattre le blanchiment de capitaux dans de tels cas.

125. Il semble qu'il n'y ait, actuellement, que quelques affaires en cours de blanchiment en relation avec des actes de corruption d'agents publics étrangers, même si de toute évidence les aspects relatifs au blanchiment de capitaux ou à la confiscation dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers feraient l'objet de poursuites dans le cas où il serait estimé que des actifs sont disponibles. Les États-Unis sont dotés d'un système de confiscation du produit délictueux de nombreuses infractions qui comporte des procédures de confiscation pénale, civile et administrative. En 2000, le produit d'infractions principales de blanchiment de capitaux, y compris au titre du FCPA, est devenu directement confiscable, alors qu'il fallait auparavant démontrer la présence d'une opération distincte de blanchiment de capitaux. En outre, en 2001, les infractions de corruption d'agents publics étrangers sont devenues des infractions principales de blanchiment de capitaux de sorte que le produit de telles infractions est devenu directement confiscable. Conformément aux principes constitutionnels américains, la confiscation du produit n'est normalement possible qu'à raison d'infractions commises après l'entrée en vigueur de la législation sur la confiscation. Toutefois, dans certains cas précis, les tribunaux des États-Unis ont appliqué la confiscation de façon rétroactive à des actes commis avant la date de promulgation de la loi lorsque le prévenu n'avait aucun droit légitime sur le bien. Au moment de la mission sur place, les examinateurs n'ont pas été avisés d'une quelconque procédure de saisie qui aurait pu être entreprise dans une affaire de corruption d'agents publics étrangers en vue de la confiscation éventuelle d'actifs. Les examinateurs ont reçu l'assurance que cela s'expliquait par l'absence d'actifs disponibles dans ces affaires et non par le manque de volonté d'appliquer les dispositions en matière de saisie. Depuis lors, les États-Unis ont obtenu une ordonnance de confiscation de près de 16 millions de dollars EU sur les actifs bloqués de Victor Alberto Venero, un associé de Vladimiro Montesinos.

126. La plupart des poursuites pour blanchiment de capitaux étaient jusqu'ici engagées en application de l'article 1956 du Code fédéral. Les infractions correspondantes reposent sur une liste très large d'infractions principales. Ces infractions principales peuvent être établies dans les procédures relatives au blanchiment de capitaux par des éléments de preuve indépendants et il est entendu qu'une condamnation pour l'infraction principale n'est pas obligatoire. Toutefois, en l'absence de statistiques claires permettant une ventilation des différents types de poursuites pour blanchiment de capitaux engagées aux États-Unis, il ressort des observations sur place que la grande majorité des affaires de blanchiment de capitaux sont engagées dans le cadre des mêmes procédures de poursuite que celles qui concernent les agissements criminels sous-jacents. L'équipe d'examineurs n'a donc pas pu savoir combien de poursuites « indépendantes » au titre du blanchiment de capitaux sont engagées contre des professionnels du blanchiment, agissant pour le compte d'autres personnes.

## D RECOMMANDATIONS

127. En conclusion, sur la base des conclusions du Groupe de travail concernant l'application par les États-Unis de la Convention et de la Recommandation révisée, le Groupe de travail formule les recommandations suivantes à l'intention des États-Unis. En outre, le Groupe de travail recommande que certaines questions soient réexaminées en fonction de l'évolution de la jurisprudence.

### a) *Recommandations*

*Recommandations en vue d'assurer l'efficacité des mesures de prévention et de détection de la corruption d'agents publics étrangers*

128. En ce qui concerne les actions de sensibilisation visant à promouvoir la mise en œuvre du FCPA, le Groupe de travail recommande aux États-Unis :

1. de renforcer leurs efforts actuels pour toucher les petites et moyennes entreprises qui exercent leurs activités à l'échelle internationale, aussi bien pour les sensibiliser au FCPA que pour les doter d'instruments et d'informations spécifiquement adaptés à leurs besoins et leurs ressources. (Recommandation révisée, Article 1)
2. d'entreprendre de nouvelles actions de sensibilisation en vue d'accroître le niveau de connaissance du FCPA au sein de la profession comptable. (Recommandation révisée, Article 1)

129. En ce qui concerne les autres mesures préventives, le Groupe de travail recommande aux États-Unis, en s'appuyant sur les compétences acquises durant des années d'application et d'interprétation du FCPA :

3. d'envisager la publication d'orientations officielles, que ce soit sous forme de lignes directrices ou autre, de nature à aider les entreprises à se conformer au FCPA en général et à les doter plus particulièrement d'instruments de gestion des risques utiles pour le montage de transactions internationales. (Recommandation révisée, Article 1)
4. d'envisager l'élaboration d'instructions spécifiques en ce qui concerne l'exception des paiements de facilitation (Convention, Commentaire 9 ; Évaluation de la Phase 1, paragraphe 1.3).
5. En ce qui concerne le moyen de défense de la dépense raisonnable et de bonne foi se pose la question de la nécessité de ce moyen de défense. S'il doit être maintenu, le Groupe de travail recommande que des lignes directrices appropriées soient fournies (Évaluation de la Phase 1, paragraphe 1.3).

130. Le Groupe de travail recommande en outre aux États-Unis :

6. d'encourager l'élaboration et l'adoption de programmes de vigilance par les entreprises au regard du FCPA adaptés aux besoins des PME qui exercent leurs activités à l'échelle internationale. (Recommandation révisée, Article V. C (i))
7. d'envisager d'étendre l'application des dispositions du FCPA sur les livres et registres à certains non-émetteurs en fonction de l'ampleur de leurs transactions commerciales avec l'étranger, de façon à pouvoir éventuellement améliorer la dissuasion et la détection des infractions au FCPA. (Convention, Article 8 ; Recommandation révisée, Article V)

131. En ce qui concerne la détection, le Groupe de travail recommande aux États-Unis :

8. de favoriser une clarification des normes de vérification de comptes, notamment en ce qui concerne le caractère significatif des opérations, et de renforcer les mesures de contrôle sur les vérificateurs en vue d'améliorer la détection de la corruption d'agents publics étrangers. (Convention, Article 8 ; Recommandation révisée, Article V)
9. d'organiser la tenue de statistiques quant au nombre, aux sources et au traitement ultérieur des allégations d'infractions au FCPA afin de mettre en place des mesures visant à renforcer la capacité des États-Unis à détecter les actes de corruption d'agents publics étrangers. (Recommandation révisée, Article 1 ; Annexe de la Recommandation révisée, paragraphe 6)

*Recommandations en vue d'assurer le fonctionnement de mécanismes permettant de poursuivre efficacement les infractions de corruption d'agents publics étrangers ainsi que les infractions connexes relatives à la comptabilité et au blanchiment de capitaux*

132. Le Groupe de travail recommande aux États-Unis :

10. de faire une déclaration publique claire, à la lumière de la Convention de l'OCDE, précisant les critères appliqués pour définir les priorités en matière de poursuites dans des affaires touchant au FCPA aussi bien de la part du Département de la Justice que de la Securities and Exchange Commission. (Convention, Article 5)
11. de renforcer l'infrastructure organisationnelle de mise en œuvre de la loi en se dotant d'un mécanisme, comportant l'établissement de statistiques pertinentes, destiné à examiner et évaluer périodiquement l'ensemble des efforts d'application du FCPA. (Convention, Article 5)
12. d'étudier s'il ne faut pas accorder plus d'importance aux poursuites pénales dans le cadre de la législation anti-blanchiment pour manquement à l'obligation de déclaration d'opérations suspectes, de façon à renforcer l'efficacité globale du FCPA. (Convention, Article 7)
13. de vérifier si le délai de prescription applicable à l'infraction de corruption d'agent public étranger, ainsi qu'aux autres infractions pénales impliquant la collecte de preuves se trouvant à l'étranger, laisse suffisamment de temps pour procéder aux enquêtes et engager les poursuites et, si nécessaire, de prendre des mesures en vue d'allonger ce délai dans des proportions appropriées. (Convention, Article 6)
14. d'envisager des modifications au FCPA pour clarifier que le fait d'offrir, de promettre ou d'octroyer un pot-de-vin « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » est une infraction. (Convention, Article 1 ; Évaluation de la Phase 1, paragraphe 1.4)

**b) *Suivi par le Groupe de travail***

133. Le Groupe de travail effectuera un suivi des questions ci-après, en fonction de l'évolution de la jurisprudence, afin de vérifier :

15. si des amendements au FCPA sont nécessaires pour compléter ou clarifier le langage existant définissant les infractions de corruption d'agents publics étrangers, s'agissant (i) des affaires dans lesquelles un avantage est octroyé à un tiers par un agent public étranger et (ii) de la portée de la

définition de la notion d' « agent public étranger », en particulier en ce qui concerne les personnes détenant un mandat judiciaire ainsi que les administrateurs, dirigeants et salariés des entreprises contrôlées par l'État (Convention, Article 1 ; Évaluation de la Phase 1, paragraphe 1.2)

16. si la base actuelle de la compétence fondée sur la nationalité, telle qu'elle a été établie par les amendements de 1998 au FCPA, est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers. (Convention, Article 4)

134. Le Groupe de travail procédera en outre à un suivi des évolutions dans le domaine suivant en vue de vérifier :

17. si, d'ici novembre 2002, le statut de l'infraction de base de corruption d'agents publics étrangers a été relevé dans l'échelle des condamnations, de façon à ce que les sanctions soient comparables à celles prononcées à l'encontre de la corruption nationale. (Convention, Article 3 ; Évaluation de la Phase 1, paragraphe 2.1)

\*\*\*

**ANNEXE :<sup>10</sup>**

**AFFAIRES RELATIVES À LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS AUX  
TERMES DU FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT DE 1977  
(1977-2002)**

---

10 . Les informations figurant dans l'Annexe s'appuient sur le « Digest of Cases and Review Releases relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt Practices Act of 1997 » à la date du 31 janvier 2002 (Danforth Newcomb, Partner, Shearman & Sterling, New York, 2002), fourni par les États-Unis au Secrétariat. Ces informations ont été mises à jour par le Secrétariat en consultation avec les États-Unis de façon à couvrir la période janvier-juillet 2002.



**Section 1 : POURSUITES PÉNALES POUR CORRUPTION D'AGENT PUBLIC ÉTRANGER EN APPLICATION DU FCPA**

			Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
#	Date	Affaire	Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
1	1979	U.S. v. Kenny Int'l Corp.	\$50 000	NZ\$337 000 (R)	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	-	Président du CA	-	-	-	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA ; Accord de coopération avec le gouvernement étranger (Îles Cook.)	
2	1982	U.S. v. Crawford Enterprise, Inc.	\$3,45 millions	-	-	-	Complot et complicité	Président + propriétaire de CEI	\$309 000	-	-	-	-	Complot et complicité
								Directeur général adjoint	\$150 000	-	-	-	-	idem
								Intermédiaire	\$75 000	-	-	-	-	idem
								Responsable des achats	\$5 000	-	-	-	-	idem
								Responsable des achats	\$5 000	-	-	-	-	idem
								Intermédiaire	en fuite	-	-	-	-	idem
								Intermédiaire	en fuite	-	-	-	-	idem
Vice-président du sous-traitant du vendeur	acquitté de l'accusation de complot	-	-	-	-	idem								

#	Date	Affaire	Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
			Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
3	1982 1983	U.S. v. C.E. Miller Corp.; U.S. v. Marquis King	\$20 000	-	-	-	Complicité	Président, Président du CA, principal actionnaire de CEMCO (sous-traitant)	-	-	-	3	500 heures de travaux d'intérêt général	-
								Cadre, Directeur, CEMCO	-	-	-	1.17	Accord de coopération, \$5 000 frais de procédure	Infraction au Currency and Foreign Transactions Reporting Act (CFTRA), (chef d'accusation visé par l'acte)
4	1982	U.S. v. Ruston Gas Turbines Inc.	\$750 000	-	-	-	-	Président	\$5 000	-	-	-	-	-
								Vice-président	\$5 000	-	-	-	-	-
5	1982 1985 1987	U.S. v. Int'l Harvester Co. (S.D. Tex. 1982); U.S. v. McLean; McLean v. Int'l Harvester Co.	\$10 000	-	-	\$40 000 de frais de procédure	Complot en, vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte)	Vice-président d'une division du vendeur	-	-	-	-	-	Complot, complicité (chefs d'accusation visés par l'acte), poursuites impossibles faute de condamnation de l'employeur (vendeur)
								Directeur régional d'une division du vendeur	-	-	1 an suspendu et commué en mise à l'épreuve	1	-	Complot, complicité (chefs d'accusation visés par l'acte)

#	Date	Affaire	Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
			Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
6	1982	U.S. v. Appl. Process Products Overseas Inc.; U.S. v. Gary Bateman	\$5 000	-	-	Accord de coopération, injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	voir personnes physiques	Président du CA, Président, unique actionnaire	-	-	-	3	Accord de coopération, injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA, \$229 512 sanction civile, \$300 000 sanction civile fiscale, \$5 000 frais de procédure	Infraction au Currency and Foreign Transactions Reporting Act (CFTRA), en lien avec un mécanisme de corruption (chefs d'accusation visés par l'acte)
7	1983	U.S. v. Sam P. Wallace Co.; U.S. v. Alfonso A. Rodriguez	\$30 000	-	-	-	Infraction au Currency and Foreign Transactions Reporting Act (CFTRA), (amendes : \$500 000) ; Recours de la SEC	Président	\$10 000	-	-	3	-	-
8	1985 1990	U.S. v. Harry G. Carpenter and W.S. Kirkpatrick Inc.; U.S. v. Carpenter; Environmental Tectonics Corp Intl. v. W.S. Kirkpatrick & Co. Inc.	\$75 000	-	-	-	-	Ancien Président du CA, Directeur général	\$10 000	-	suspendue	3	Travaux d'intérêt général	-

			Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
#	Date	Affaire	Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
9	1985	U.S. v. Silicon Contractors Inc.	\$150 000	-	-	injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	-	3 cadres	Information non disponible	Information non disponible	Information non disponible	Information non disponible	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	-
10	1989 1991	U.S. v. Napco Intl Inc. and Venturian Corp.; U.S. v. Liebo	\$785 000 (amende globale pour 3 chefs d'accusation dont 1 pour corruption d'agent public étranger l)	-	-	\$140 000 au titre de la responsabilité civile, \$75 000 au titre de la responsabilité civile fiscale	Complot de fraudes multiples au détriment des États-Unis ; préparation de fausses déclarations d'impôt	Vice-président DANS UNE AFFAIRE CONNEXE	-	-	1.5 suspendue	3 (dont 60 jours d'assignation à résidence)	600 heures de travaux d'intérêt général	Fausse déclarations
11	1989	U.S. v. Goodyear Int'l Corp	\$250 000	-	-	-	-	néant						
12	1989	U.S. v. Joaquin Pou, Alfred G. Duran et Jose Guarsch	pas de société en accusation					Président, unique actionnaire	Information non disponible	Information non disponible	Information non disponible	Information non disponible	Information non disponible	Complot en vue de violer le FCPA
								Intermédiaire	en fuite					idem
								Intermédiaire	acquitté					idem
13	1990 1994	U.S. v. Young & Rubicam Inc.; Abrahams v. Young & Rubicam Inc.	\$500 000	-	-	-	Complot (passible de sanctions pénales) ; infractions au RICO, parjure, 33 accusations d'actes de racket	Abandon des poursuites						

			Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
#	Date	Affaire	Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
14	1990 1991	U.S. v. Morton; U.S. v. Blondek et al.; U.S. v. Eagle Bus.; U.S. v. Castle et al.	-	-	-	recours civil : injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	voir personnes physiques	Agent canadien du vendeur	-	-	-	3	-	Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte)
								2 cadres canadiens : abandon (le FCPA ne s'applique pas aux fonctionnaires étrangers)						
								2 cadres de la société, acquittés lors du procès						
15	1990	U.S. v. F.G. Mason Eng'g Inc. et Francis G. Mason	\$75 000 (de façon conjointe avec la personne physique)	\$160 000 (R)	-	Accord de coopération	Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte)	Président, unique actionnaire	\$75 000 (de façon conjointe avec la société.)	-	-	5	Accord de coopération	Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte)
16	1990	U.S. v. Harris Corp.	acquitté				Complot en vue de falsifier des livres et registres, complicité	Vice-président	acquitté					Complot, faux en écritures comptables, complicité
								DRH	acquitté					Idem

			Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
#	Date	Affaire	Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
17	1994	U.S. v. Steindler et al.	GE: \$69 000 (amendes pénales et civiles)	-	-	-	Revendication fallacieuse (objet des amendes)	Directeurs des ventes internationales de GE	-	\$1,741,453 (C)	7	-	-	Complot, utilisation de réseaux de transmission à des fins frauduleuses, blanchiment (chefs d'accusation visés par l'acte)
			National Airmotive Corp. : \$1.25 mio. (amendes pénales), \$1.75 (amendes civiles)	-	-	-	Accusations connexes (objet des amendes)	Agent public étranger	en fuite	-	-	-	-	Complot de détournement de fonds publics ; utilisation du système postal à des fins frauduleuses ; utilisation de réseaux de transmission à des fins frauduleuses ; blanchiment
				-	-	-		Intermédiaire	en fuite	-	-	-	-	-
18	1993 1994	U.S. v. Vitusa Corp.; U.S. v. Herzberg	\$20 000	-	-	Accord de coopération	-	Président, Directeur général, unique actionnaire	\$5 000	-	-	2	-	-

			Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
#	Date	Affaire	Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
19	1994	U.S. v. Lockheed Corp.; U.S. v. Love; U.S. v. Nassar	\$21.8 mio. (peine d'amende de substitution)	-	-	Accord de coopération, \$3 mio. à titre de responsabilité civile	Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte), complot de fraude aux programmes de financement de la coopération militaire du gouvernement des États-Unis	Vice-président régional Lockheed Int'l	-	-	1.5	-	-	-
								Directeur des ventes de Lockheed Aeronautical DANS UNE AFFAIRE CONNEXE	\$20 000	-	-	-	-	parjure
20	1998	U.S. v. Saybolt North America Inc.; U.S. Saybolt Inc.; U.S. v. David H. Mead; U.S. v. Frerik Pluimers	\$1.5mio.	-	5 chacun	\$800 de dommages-intérêts, programme de vigilance et accord de coopération avec le DoJ etc.	Falsification de données (\$3.4 mio., 5 ans de mise à l'épreuve, \$800 de dommages-intérêts), complot en vue de falsifier des déclarations et des résultats de tests au titre du Clean Air Act, complot en vue de violer le FCPA, utilisation de réseaux de transmission à des fins frauduleuses	Président, Directeur général, Directeur général adjoint	\$20 000		0.33	3	4 mois de détention à domicile	Complot en vue de violer le FCPA, utilisation de facilités de commerce extérieur en vue de favoriser un racket, complicité
								Président du CA	en fuite, demande d'extradition refusée, décision en appel					idem

#	Date	Affaire	Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
			Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
21	1998	U.S. v. Herbert Tannebaum	pas de société en accusation					Président	\$15 000	-	1	-	-	Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte)
22	1998	U.S. v. Control Systems Specialist Inc.; U.S. v. Darrold Richard Crites	\$1,500		1			Président	\$50 (transaction pénale)	Restitution intégrale	non précisée, commuée en mise à l'épreuve	3	\$100 pour corruption d'agent public américain, 150 heures de travaux d'intérêt général, Accord de coopération avec le DoJ	Complot en vue de violer le FCPA, corruption d'agent public des États-Unis.
23	1999	U.S. v. Int'l Material Solutions Corp. et Donald K. Qualey	\$1 000	-	1	-	Complot en vue de violer le FCPA	Président	\$5 000	-	-	3	4 mois d'assignation à résidence, 150 heures de travaux d'intérêt général	Complot en vue de violer le FCPA
24	2001	U.S. v. Cantor	pas de société en accusation					Ancien Directeur général adjoint, GM, Président et Directeur ultérieurs	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	en cours d'examen
25	2001	U.S. v. Daniel Ray Rothrock	pas de société en accusation					Vice-président	-	-	-	1	\$100 de de dommages-intérêts	-



			Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
#	Date	Affaire	Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
26	2001	U.S. v. R. K. Halford; U.S. v. A.F. Reitz; U.S. v. R.R. King; U.S. v. P.B. Hernandez	Pas de société en accusation					Actionnaire, Directeur financier	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte), fraude fiscale
								Vice-président, secrétaire, salarié, actionnaire	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	En cours d'examen	Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte), utilisation frauduleuse du système postal utilisation de faux nom et adresse, déclarations fausses et frauduleuses à des agents enquêteurs et au titre de l'impôt fédéral
								Actionnaire, Cadre	Condamnation pour complot et violation du FCPA attendue en septembre. 2002	voir ci-contre	voir ci-contre	voir ci-contre	voir ci-contre	Complot de fraude au Travel Act (chef d'accusation abandonné)
								Salarié	En fuite					Idem

			Mise en accusation de personnes morales					Mise en accusation de personnes physiques						
#	Date	Affaire	Amendes	Restitution ou confiscation	Mise à l'épreuve (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Restitution ou confiscation	Empri-sonnement (années)	Mise à l'épreuve et sursis (années)	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation
27	2001	U.S. v. David Kay	Pas de société en accusation					Vice-président	Accusation abandonnée pour des motifs de droit [appel en cours d'examen]					
								Directeur général	idem					
28	2002	U.S. v. Sengupta						Ancien salarié de la Banque mondiale	en cours d'examen	Restitution intégrale de \$127 000	en cours d'examen		en cours d'examen	

**Section 2 : ACTIONS AU CIVIL POUR CORRUPTION D'AGENT PUBLIC ÉTRANGER INTENTÉES PAR LE DÉPARTEMENT DE LA JUSTICE EN APPLICATION DU fcpa**

			Mise en accusation de personnes morales			Mise en accusation de personnes physiques			
#	Date	Affaire	Amendes	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Sanctions		Autres chefs d'accusation
1	1979	U.S. v. Carver et al.	Pas de société en accusation			Cadre, actionnaire	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA		-
						Cadre, actionnaire	idem		-
2	1990	U.S. v. Dornier GmbH	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	-	néant			
3	1993	U.S. v. American Totalisator Co.	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	-	néant			
4	1999	U.S. v. Metcalf & Eddy	\$400 000	\$50 000 au titre des frais d'enquête ; application du programme de vigilance spécifié ; mise en œuvre des mesures de contrôles financiers et comptables ; enquête et rapport immédiat de soupçons de violation du FCPA dans l'avenir ; introduire dans les futurs contrats d'entreprises conjointes les engagements de chaque partie vis-à-vis des questions couvertes par le FCPA ; 5 ans de vérifications annuelles et de certificats de conformité vis-à-vis des questions couvertes par le FCPA ; examens périodiques au moins tous les cinq ans des mesures et programmes de la société concernant le FCPA ; engagement de coopérer à une nouvelle enquête et ordre permanent de ne plus enfreindre le FCPA					

### SECTION 3 : ACTIONS DE LA SEC CONCERNANT LA CORRUPTION D'AGENT PUBLIC ÉTRANGER

			Mise en accusation de personnes morales			Mise en accusation de personnes physiques		
#	Date	Affaire	Amendes	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Sanctions
1	1978	SEC. v. Page Airways Inc.	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	-	6 cadres et/ou administrateurs	accusation abandonnée	
2	1978	SEC. v. Katy Indus. Inc.	-	Compromis judiciaire : Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA ; modification des plaintes, mise en place d'une commission spéciale de contrôle des administrateurs indépendants devant rendre compte au Conseil d'administration	-	2 administrateurs	-	Compromis judiciaire : Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA
3	1979	SEC. v. Int'l Systems & Controls Corp.	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA ; modification des plaintes, nomination d'une Commission d'audit et d'un Agent spécial	-	2 cadres	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA
4	1980	SEC. v. Tesoro Petroleum Corp.	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA ; nomination d'un nouvel administrateur ; tenue de livres et registres exacts.	-	néant		
5	1981	SEC. v. Sam P. Wallace Co.	-	Injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA ; mise en place d'une commission indépendante du Conseil d'administration chargée de procéder à une enquête interne et de rendre compte à la SEC.	-	néant		
6	1986 1987 1988	SEC. v. Ashland Oil Inc.; Howes v. Atkins; Williams v. Hall	-	Injonction permanente interdisant à la société d'utiliser des fonds sociaux à des fins de contributions illégales à des campagnes politiques ou autres fins illicites du même ordre.	-	PDG	-	Injonction permanente interdisant à la société d'utiliser des fonds sociaux à des fins de contributions illégales à des campagnes politiques ou autres fins illicites du même ordre

			Mise en accusation de personnes morales			Mise en accusation de personnes physiques		
#	Date	Affaire	Amendes	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Sanctions
7	1996	SEC. v. Montedison, S.P.A.	na	na	Fraude financière, violation des articles du Securities Exchange Act de 1934 sur la communication des sociétés, les livres et registres et les contrôles internes	néant		
8	1997	SEC. v. Triton Energy Corp.	\$300 000 de sanction	Injonction à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA	-	Ancien cadre dirigeant	\$50 000 de sanction	Injonction à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA
						Ancien cadre dirigeant	Information non disponible	Information non disponible
						4 anciens dirigeants	-	Ordonnance de ne pas faire les enjoignant à s'abstenir de provoquer de nouvelles infractions
9	2000	SEC. v. IBM Corporation	\$300 000 d'amende civile	Ordonnance de ne pas faire concernant la disposition relative aux livres et registres		néant		

			Mise en accusation de personnes morales			Mise en accusation de personnes physiques		
#	Date	Affaire	Amendes	Autres sanctions	Autres chefs d'accusation	Fonction	Amendes	Sanctions
10	2001	SEC v. Weissman, Cantor, Gorman et Gentile; SEC v. Weissman, Cantor, Gorman et Gentile; SEC v. American Bank Note Holographics Inc.	\$75 000 de sanction civile	Ordonnance requérant la société de s'abstenir de commettre ou de susciter une quelconque violation, immédiate ou future, du FCPA et d'autres mesures de contrôle des comptes aux termes des procédures de la SEC ; injonction permanente de s'abstenir de violer les dispositions de la législation fédérale sur les valeurs mobilières en matière de lutte contre les fraudes, de communication financière périodique, de tenue de registres et de contrôle interne.		"certains cadres non impliqués directement"	-	actions civiles, ordonnance permanente de s'abstenir de violer les dispositions de la législation sur les valeurs mobilières en matière de lutte contre les fraudes, de communication financière périodique, de tenue de registres, de contrôle interne et de mensonge aux vérificateurs des comptes et injonctions leur interdisant provisoirement de comparaître ou d'exercer devant la Commission en tant que comptables.
						2 cadres dirigeants	\$20 000 de sanction civile chacun	Ordonnance et injonction permanentes de s'abstenir de violer et de se rendre complice de violations dispositions de la législation sur les valeurs mobilières en matière de lutte contre les fraudes, de communication financière périodique, de tenue de registres, de contrôle interne et de mensonge aux vérificateurs des comptes.
11	2001	SEC v. KPMG-SSH; SEC v. Eric L. Mattson et James W. Harris	-	Injonction permanente à l'encontre des violations et de la complicité de violation des dispositions anti-corruption du FCPA et des dispositions sur les livres et registres de l'Exchange Act ; Ordonnance de ne pas faire concernant les dispositions sur les contrôles internes et les livres et registres de l'Exchange Act		néant		
12	2001	SEC v. Chiquita Brands Int'l, Inc.	\$100 000 de sanction civile	Ordonnance de ne pas faire à l'encontre des violations des dispositions du FCPA relatives aux livres et registres et aux contrôles internes		néant		
13	2002	SEC v. BellSouth Corporation	néant	Ordonnance de ne pas faire à l'encontre des violations des dispositions du FCPA relatives aux livres et registres et aux contrôles internes		néant		